ICC Mexico

# Pauta 113
## Arbitraje & ADR

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

# Pauta 113: Arbitraje & ADR

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

**ABRIL 2025**


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: 04-2022-011114105400-203 Especie: DIFUSIÓN VÍA RED DE CÓMPUTO. Género: Difusiones periódicas Domicilio de la publicación y del distribuidor: PRADO SUR 274 001 LOMAS DE CHAPULTEPEC MIGUEL HIDALGO CP: 11000 CIUDAD DE MÉXICO, MEXICO Teléfonos: (52) 5687 2203, 5687 2207, 5687 2321 5687 2507, 5687 2601. Título: ICC MEXICO PAUTA BOLETIN INFORMATIVO DEL CAPITULO MEXICANO DE LA CAMARA INTERNACIONAL DE COMERCIO A.C.



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



Género: Difusiones Periódicas
Especie: Difusión vía red de computo

# Índice


4. Conoce a nuestros autores

7. Carta del Presidente de ICC México

10. El Arbitraje en el nuevo régimen de energía

16. Del agandalle al acuerdo

25. El caso de los contratos FIDIC y su resistencia silenciosa en America Latina: Efectos sobre la prevención y resolución efectiva de disputas

30. Forjando el futuro del arbitraje: Iniciativas pioneras en Quintana Roo y Yucatán

41. ¿Por qué Macao no es ni ha sido plaza arbitral de referencia?

58. Arbitraje internacional y peritaje: Cómo dominar el juego

67. Ilegalidad de suspensiones judiciales de arbitrajes

71. Laudo arbitral: El control difuso bajo el derecho mexicano

83. Impacto del regulatory chill en la formulación de políticas a través del arbitraje de inversión

86. La distribución de costas como técnica de manejo eficiente del arbitraje

98. El límite de la flexibilidad arbitral: inaplicación de disposiciones normativas y su viabilidad en México

# Conoce a  nuestros autores

**Francisco González de Cossío**
Vicepresidente de la Comisión de Arbitraje de ICC México
Socio de González de Cossío Abogados

**Enrique A. Hernández-Villegas**
Vicepresidente del Comité de Mediación de ICC México
Fundador de Solución de Conflictos Legales, S.C.

**Roberto Hernández García**
Socio Director
COMAD, S.C.

**Jorge Carlos Toledo Sauri**
Presidente del Comité de Arbitraje Sureste de ICC México

**Jordi Sellares**
Secretario General
ICC España

# Conoce a  nuestros autores

**Valeria Fioraso**
Becaria
ICC España

**Aitor Cordero**
Becario
ICC España

**Ana Sofía Mosqueda Gutiérrez**
Asociada
Galicia Abogados

**Mariana Alejandra Ávila Valladares**
Asociada
González de Castilla y Ávila Abogados, S.C.

**Alfonso Cortez-Hernández**
Socio
Baker & McKenzie Abogados, S.C.

# Conoce a  nuestros autores

**Mauricio Contró Rodríguez**
Asociado
Baker & McKenzie Abogados, S.C.

**Rodrigo de la Peza López Figueroa**
Investigador y profesor titular
Escuela Libre de Derecho

**Salvador Alvarado**
Socio
Ancla Abogados

# Carta del Presidente de ICC México

## Pauta 113: Arbitraje & ADR

La creación de la Corte Internacional de Arbitraje de la ICC en 1923 es considerada una de las mayores aportaciones de la International Chamber of Commerce al sistema de comercio global, al poner a disposición de las empresas de todo el mundo una amplia oferta de servicios para la resolución de conflictos de forma rápida, neutra y lo menos costosa posible.

Esta edición de Pauta es especial, porque contiene ensayos de los alumnos egresados del trigésimo quinto Diplomado de Arbitraje Comercial de ICC que obtuvieron mención especial por la excelencia en sus trabajos.

El artículo “El límite de la flexibilidad arbitral: inaplicación de disposiciones normativas y su viabilidad en México” plantea que el arbitraje, como mecanismo alternativo de resolución de controversias, se basa en un principio fundamental: la autonomía de la voluntad de las partes; en ese contexto se analizan las implicaciones de conferir a los árbitros la facultad de inaplicar disposiciones normativas.

Otro trabajo reconocido en el diplomado, “La distribución de costas como técnica de manejo eficiente del Arbitraje” analiza el concepto de buena fe en el ordenamiento jurídico y su aplicabilidad en el arbitraje, abordando la facultad del tribunal arbitral para determinar la distribución de costas, con el fin de evitar que las partes, en contra del deber de buena fe, incurran en prácticas dilatorias o que disminuyan la eficacia en los costos del procedimiento.

En el ensayo “Laudo arbitral: El control difuso bajo el derecho mexicano” se ofrece un minucioso análisis del marco jurídico mexicano, la jurisprudencia, la doctrina y el derecho comparado y se argumenta que los árbitros en México no tienen la facultad de ejercer control difuso, postura que resguarda la integridad y la eficiencia del arbitraje en el país, garantizando su función como un mecanismo eficaz de resolución de controversias.

El texto “La falibilidad de la memoria humana: ¿Cómo tener pruebas testimoniales más confiables en el arbitraje? aborda un tema relevante, la prueba testimonial, uno de los medios de prueba más usados, sobre el cual descansan muchas decisiones. Se explican algunas técnicas y herramientas que pueden ser aplicadas en las distintas etapas de los procedimientos arbitrales para minimizar el riesgo de distorsión y mejorar la fiabilidad de los testimonios.

De gran interés, el artículo “El caso de los contratos FIDIC y su resistencia silenciosa en América Latina: Efectos sobre la prevención y resolución efectiva de disputas”, explica los alcances de esos instrumentos utilizados en proyectos de infraestructura financiados por el Banco Interamericano de Desarrollo, que ofrecen beneficios y procedimientos claros para la administración de cambios y resolución de disputas, con transparencia y equidad entre las partes. Se analizan las causas de la resistencia a su uso en América Latina, debido a la falta de comprensión de nuevos roles introducidos, que podrían implicar gastos adicionales.

En el artículo “Impacto del regulatory chill en la formulación de políticas a través del arbitraje de inversión” se explica cómo el temor de posibles disputas puede llevar a los gobiernos a no adoptar las medidas regulatorias necesarias para proteger derechos de su población, ilustrando así el concepto del regulatory chill, que podría denotarse como “enfriamiento regulatorio”, alrededor de la delicada balanza entre la implementación de políticas públicas y los derechos de los inversionistas. En el tema energético se presenta el ensayo “El arbitraje en el nuevo régimen de energía”, en el cual se explican las leyes secundarias aprobadas en febrero de 2025, regulación que abre posibilidades para la utilización del arbitraje y los medios alternativos de solución de controversias en las leyes de la reforma energéticas, lo que manda un mensaje de madurez e institucionalidad.

**Carta del Presidente de ICC México**
Pauta 113: Arbitraje & ADR

Sobre la consolidación de sedes de arbitraje se presenta el texto “¿Por qué Macao no es ni ha sido plaza arbitral de referencia?”, el cual analiza por qué ese territorio situado en la costa sur de China, a pesar de su desarrollo económico y jurídico y su histórico rol como puente entre China y los países de habla portuguesa, ha tenido una presencia prácticamente nula en el arbitraje internacional.

En contraste, el ensayo “Forjando el Futuro del Arbitraje: Iniciativas Pioneras en Quintana Roo y Yucatán” relata la iniciativa pionera del Capítulo Sureste de Arbitraje & ADR de ICC México, con la creación del Centro de Arbitraje de Cancún, en Quintana Roo, y el proyecto de Juzgado Especializado en Medios Alternativos de Solución de Controversias, el Estado de Yucatán. En esa región de gran dinamismo industrial se está creando un sistema sólido, que tiene todo para convertirse en un punto estratégico dentro del arbitraje internacional, con gran impacto positivo en la seguridad jurídica y la inversión.

Presentamos la posición de la Comisión de Arbitraje “La ilegalidad de suspensiones judiciales de arbitrajes”, explicando que la parte que solicita este tipo de órdenes busca evadir el acuerdo arbitral a través de la presentación de una demanda ante los tribunales jurisdiccionales, lo que es ilegal. Si un juez dicta medidas cautelares que ordenan suspender un arbitraje o los efectos de una cláusula arbitral, viola la Constitución y la ley arbitral mexicana, que incluye a los tratados internacionales.

Esperamos que esta edición de Pauta contribuya a enriquecer la visión del rol fundamental que ha desempeñado la ICC desde hace 102 años al crear la Corte Internacional de Arbitraje: proporcionar acceso a la justicia y al Estado de Derecho a todo el mundo, todos los días y en todas partes.

Un saludo afectuoso
Claus von Wobeser

ICC Mexico

# Taller: Navegando el Nuevo Panorama de Protección a Inversiones

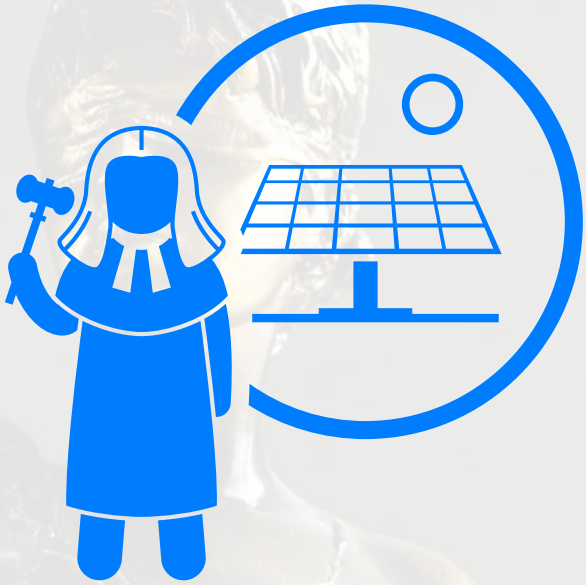
## Desafíos Estratégicos ante Reformas Estructurales Multisectoriales

Hotel Four Seasons

**19** | JUNIO 2025

**¡Regístrate!**

# El Arbitraje en el nuevo régimen de Energía



**Francisco González de Cossío**
Vicepresidente de la Comisión de Arbitraje
ICC México

El 26 de febrero de 2025 la Cámara de Senadores aprobó y turnó a la cámara revisora un paquete legislativo de leyes que modifican el régimen de energía de México. De lo que se observa, todo parece indicar que dicho régimen verá la luz de día en breve. Hay mucho que puede decirse sobre ello. Esta nota se enfoca en una sola cuestión: la utilización del arbitraje y los mecanismos alternativos de solución de controversias ("Masc") y lo que ello comunica a la luz del contexto en que ocurre.

**I. La Reforma, en resumen**

Se reformaran ciertas leyes y se expiden leyes diversas. Las leyes a ser reformadas son:

1. Ley de Ingresos Sobre Hidrocarburos;
2. Ley del Fondo Mexicano del Petróleo sobre la Estabilización y el Desarrollo; y
3. Ley Orgánica de la Administración Pública Federal.

Se expiden las siguientes leyes:

1. Ley de la Empresa Pública del Estado, Comisión Federal de Electricidad;
2. Ley de la Empresa Pública del Estado, Petróleos Mexicanos;
3. Ley del Sector Eléctrico;
4. Ley del Sector del Hidrocarburos;
5. Ley de Planeación y Transición Energética;
6. Ley de Biocombustibles;
7. Ley de Geotermia; y
8. Ley de la Comisión Nacional de Energía.

El paquete regulatorio descrito hace una refundación total de la industria de energía en México (la "Reforma Energética").

**Consulta aquí las referencias bibliográficas**

## II. EL ARBITRAJE EN LA REFORMA ENERGÉTICA

Después de un periodo de oscuridad (que incluyó paralización y regresión), la industria de energía por fin vé luz al final del túnel. La Reforma Energética abre posibilidades otrora cerradas y presenta opciones para lograr propósitos dirigidos al camino correcto. Y brinda herramientas inteligentes para lograrlo. Un caso particular de la apreciación es la utilización del arbitraje y los MASC. A continuación se comenta porqué ello es loable (§A) además de lo que la industria necesita (§B) y algunos pasos que pueden darse para lograr de mejor manera los propósitos deseados (§C).

### A. la solución de problemas en base a principios

Los actores sociales hacen bien en confiar sus problemas al arbitraje. La tentación de no hacerlo se observa, particularmente cuando ante problemas importantes—especialmente los politizados. O cuando se recibe un laudo que no le da la razón a una parte convencida de, o cegada por, su verdad, particularmente cuando las consecuencias son serias. Los sentimientos que ello evoca suelen transformarse en motivos para resistir utilizar los mecanismos de solución de controversias. Como suele suceder, la ira es mala consejera. En el caso de nuestra materia, resistir la tentación habla de madurez. De recordar aquella lección vivida una y otra vez: hay mucho que ganar cuando se es institucional. En el caso del arbitraje y los MASC, se imbuye de credibilidad a la palabra dada. Ello incrementa la confiabilidad del marco institucional. Genera confianza. Y la confianza es el lubricante de la actividad económica.

Quienes están inmersos ya sea en el proceso de creación de valor o en el proceso político necesitan poder hacer pactos creíbles.Confiables. Ello posibilita lograr objetivos—los que sean. Es el árbol de levas de la acción colectiva: permite aglomerar y canalizar fuerzas sociales en un sentido. Sin ello, la actuación individual es dispersa y errática.Logra poco, a veces nada, con frecuencia cancelándose mutuamente. Por ello, el efecto práctico de no poder efectuar pactos es que se cierran puertas; se vedan opciones; se desincentiva actuación secuencial. Se priva a los actores económicos y políticos de elementos que necesitan para llevar a cabo sus tareas.

El contrato es un mecanismo de cooperación. Sin el mismo, la actividad economica se ceñiría al trueque.Y entre más se sofistica la actividad económica, más se requiere contar con actuación secuenciada—del género que requiere promesas. Ello es el leitmotif de los contratos: dar tranquilidad y cerciorar que la palabra empeñada será respetada. Dicho valor es el que posibilita que proyectos complejos, sofisticados o que requieren capital importante ocurran: porque reducen el oportunismo.

Lo anterior es lo que debe (debería) ser recordado cuando surge un problema o cuando alguien recibe un laudo adverso: los beneficios de la institucionalidad. Sin ésta, no se puede construir.

La experiencia enseña sin embargo que ante un problema los actores involucrados desean que su voluntad se siga a toda costa. Y olvidan los beneficios de encausar institucionalmente su solución. Esto puede arrojar beneficios inmediatos, pero precluye beneficios mediatos: muy rápidamente se sabrá que no son confiables—ese es el papel de la reputación (desde la perspectiva económica): comunica el riesgo de tratar con ciertas personas. Y entre más riesgo, menos actividad económica.

Es por ello que la postura madura, sofisticada, cuando ante un problema es considerar todo lo que se gana cuando se respeta el proceso y su resultado. Esto se observa con la Reforma Energética. Al permitir usar arbitraje y los MASC se manda justamente este mensaje: madurez e institucionalidad. Por ello, merece aplauso.[1]

[1]. Especialmente ante las voces que se oponían.

B. Las solución sofisticada de controversias: una necesidad de la industría de energía

México es un país petrolero. México tiene todo para ser un líder mundial no sólo en petróleo, sino en energía en general.[2] Todo excepto las políticas públicas correctas. Es ello lo que explica que, teniendo todo, estamos estancados. En ruinas en opinión de algunos. El elemento más trascendente para la riqueza de una nación no es contar con materia prima bruta, sino seguir las lecciones que la experiencia y ciencia enseña.[3]

Hay mucho por hacer en México en materia de energía. Pero ello requiere capital, tecnología y un marco institucional que no solo permita, propicie, actividad económica en la industria energética. Sin cualquiera de los tres elementos indicados, no se logra el objetivo. De entre estos tres, el último recibe un espaldarazo importante con la Reforma Energética: la inclusión del arbitraje y los MASC en las leyes que conforman la Reforma Energética. Destacan:

(1) El artículo 128 de la Ley de la Empresa Pública del Estado, CFE, al establecer que, aunque los tribunales federales son competentes respecto de las controversias que involucren a CFE, puede pactarse el arbitraje y los MASC "cuando convenga al mejor cumplimiento de su objeto". La última oración es clave. Como se explica en esta reflexión, pactar arbitraje y MASC conviene al mejor complimiento de su objeto.

(2) El artículo 90 de la Ley de la Empresa Pública del Estado que autoriza a PEMEX a pactar arbitraje y MASC.

(3) El artículo 7 fracción XVI de la Ley de la Comisión Nacional de Energía al establecer que puede coadyuvar en mediaciones y arbitrajes.

(4) El artículo 112 de la Ley del Sector Eléctrico conforme al cual las Reglas del Mercado deben establecer los requisitos mínimos para ser Participante del Mercado, determinar los derechos y obligaciones de los Participantes del Mercado y definir mecanismos para la resolución de controversias.

(5) El artículo 44 de la Ley de Biocombustibles expresa que las controversias sobre la métrica de la biomasa se han de resolver através del servicio nacional de arbitraje.[4]

(6) El artículo 48 de la Ley del Sector Hidrocarburos permite pactar arbitraje, sujeto a los siguientes lineamientos:

(a) La aplicación de Derecho mexicano. Se indica que "no se sometan en ningún caso" a leyes extranjeras;
(b) Que la sede sea la Ciudad de México;
(c) Que el idioma sea español; y
(d) Que el laudo es "obligatorio y firme" y debe dictarse en "estricto derecho".

Los preceptos indicados merecen encomio. Primero y principalmente porque constituyen un régimen permisivo. Segundo, porque permitir la utilización de arbitraje y los MASC abre la puerta a la colaboración y acción colectiva dirigida a lograr una finalidad deseada: desarrollar la industria. Oxigenarla.

Permitir que otros entren propicia el desarrollo de la industria de la energía pues establece los incentivos correctos: los que permiten acción colectiva. Y la acción colectiva es el mecanismo que los líderes preparados del futuro utilizarán para enfrentar con éxito los (enormes) retos que enfrenta la humanidad.[5]

[2] La apreciación genérica tiene ejemplos específicos diversos: petroleo, gas natural, energía eólica, energía hídrica. Los recursos naturales de México, además de su situación geográfica, lo posicionan para jugar un papel importante en el juego mundial de la transición energética del mundo.
[3] Esta es la gran idea que Deidre McCloskey lleva años (y obras) defendiendo: el progreso y bienestar de ciertos países proviene de un intangible: la adhesión, consecución y defensa de valores e ideales liberales. (vid The Bourgeois Virtues: Ethics for an Age of Commerce, The University of Chicago Press, Chicago/London, 2006; Bourgeois Dignity: Why Economics Can't Explain the Modern World, The University of Chicago Press, Chicago/London, 2010; y The Bourgeois Equality: How Ideas, not Capital or Institutions, Enriched the World, The University of Chicago Press, Chicago/London, 2016). La idea merece eco, especialmente por lo que se observa en la coyuntura nacional y mundial.
[4] No queda claro qué significa esto. Se propone que se entienda que, como en las otras leyes que conforman la Reforma Energética, se permite pactar arbitraje.
[5] La visión estatista y autárquica está condenada a quedarse corta ante la realidad. Entre antes lo entendamos, antes detonaremos fuerzas diversas que pueden propiciar el desarrollo requerido para enfrentar los muchos retos que enfrentamos. Ejemplifican el punto el cambio climático, la pérdida de biodiversidad, el crecimiento exponencial de la demanda de energía que empieza a generar el crecimiento poblacional del mundo ante la creciente integración de sectores sociales otrora marginados.

Utilizar los MASC encausa acción colectiva. El motivo: brinda certeza jurídica. Abre la posibilidad de que los problemas que inevitablemente surgirán sean diestramente manejados. Que el riesgo jurídico no hunda la actividad. Que sea mejor manejado.

Esto es clave para esta industria. La decisión de compartir tecnología y verter capital necesariamente considera el tiempo que tomará amortizar la inversión, lo cual en estos proyectos suele ser largo. Y conforme el tiempo pasa, los problemas surgen. *Ello es* ***riesgo***. De no ser debidamente gerenciado, ello suele ser motivo suficiente para que no ocurra. Es el cáncer de un proyecto.

C. Sugerencias

Deseo hacer dos sugerencias: la posibilidad de mover la sede (§2), y pasos específicos para fomentar los Masc (§3), no sin antes hacer un comentario sobre contexto (§1).

1. Antecedente

Desde la perspectiva de Derecho arbitral, todas las directrices adoptadas por la Reforma Energética son correctas. Una sin embargo merece comentario a la luz del contexto: exigir que la sede sea México.[6] Los motivos por los que ello se exigió están abiertos a interpretación. Y no puede obviarse que los regímenes anteriores también lo exigían.

Pero su deseabilidad tiene que medirse conforme a las implicaciones, opciones y consecuencias de hacerlo. La aclaración es pertinente pues la experiencia enseña que los negociadores de contratos con frecuencia escogen la sede por motivos diversos—a veces distintos a los que en verdad deberían guiar la decisión.[7]

Las consecuencias jurídicas de la determinación de la sede son (i) se hace aplicable cierto derecho arbitral; (ii) se hacen competentes los tribunales judiciales. La primer consecuencia es un buen paso: México contiene Derecho arbitral de punta.

La segunda solía también ser positiva: desde la adopción de un régimen arbitral moderno (1993), los tribunales mexicanos se han caracterizado por una tendencia correcta; constructiva; inteligente.Una que entiende que en arbitraje, el papel del poder judicial es concentrado; no ejercen una jurisdicción universal.

El Poder Judicial mexicano hizo una gran labor en la confección de sus criterios respecto de la interpretación y concepción de derecho arbitral mexicano. Como toda labor humana, no fue perfecta. Un área de oportunidad fue el tiempo. Pero en justicia debe reconocerse que el problema es multi-factorial. Los juzgados no fueron la causa de las demoras, fueron una causa de las mismas. Otra importante fue la enorme cantidad de chicanería observable en la práctica litigiosa mexicana. Ello incluye la cantidad de personajes que recurren al proceso como forma de entorpecer, o de extirpar valor a sus clientes. Y, aunque sea duro admitirlo, ninguna prognosis puede desconocerlo: la corrupción.

Pero en lo que concierne a la interpretación y aplicación del Derecho arbitral, los miembros del poder judicial fueron como regla atinados.[8] Con la Reforma Judicial sin embargo no hay garantía de que ello continúe.[9] Desarrollos recientes en el proceso de su implementación exigen concluir que la Reforma Judicial no solo está mal concebida, está mal implementada. Inclusive hay eventos que suscitan la sospecha que en la práctica el proceso de elección de juzgadores será una farsa.

6. El artículo 48 de la Ley del Sector Hidrocarburos cita “la Ciudad de México”. Sin embargo, dado que la sede es el punto de conexidad entre un derecho arbitral y tribunal arbitral, y que en México el Derecho arbitral es federal, el efecto jurídico de citar cualquier lugar de la república como “sede” significa que se hace aplicable el mismo cuerpo normativo: el título IV, Libro V, del Código de Comercio (Artículo 1415 del Código de Comercio).
7. Por ejemplo, es frecuente observar que la elección de la sede obedece a criterios geográficos (un lugar distinto al de las partes involucradas. Una ciudad equidistante a la ubicación de dos partes contratantes. Un lugar famoso). La mejor praxis es escoger la sede por la calidad del Derecho arbitral y su respeto por el poder judicial de dicho país.
8Así lo concluye la obra Arbitraje, Porrúa, México, 2018, p. 1498.
9. Ver Arbitraje ante la Reforma Judicial, Revista de Investigaciones Jurídicas, México, vol. 48, 2024, p. 187.

Un proceso que intentará—mas no logrará, por lo menos no al observador agudo—encubrir una pre-selección de personajes allegados y aliados a personajes en el poder. Y que ello significará que las decisiones de jueces estarán sujetas a la bendición última de ciertos personajes, al margen de lo que dice el Derecho. Como resultado, se teme que existirán algunos "Don Corleones" a los que deberá acudirse para resolver problemas—con todo lo que ello significa. Al margen de que esta predicción se actualice, todo esto se traduce, aún en los escenarios más optimistas, en **riesgo**. A los ojos de quienes desean invertir en esta industria, este es un escenario que dista de dar la certeza necesaria para que inversiones del monto y complejidad que la industria necesita ocurran. Ello es mortal—o por lo menos un obstáculo delicado—que se traducirá en que, si no se observa mucho retorno, el riesgo no justifique la inversión. Algo así como querer construir sobre arena movediza. Ello pues el sistema ha dejado de ser confiable. Ahora es riesgoso.

Lo expuesto debe ser manejado: el riesgo debe ser gerenciado. Una manera de hacerlo es estableciendo que la sede sea un país diverso. Pero siendo que por ley la sede está anclada en México, ello quiere decir que dicho riesgo no puede manejarse vía la sede del arbitraje.

El riesgo no es teórico. Si bien la calificación de 30 años de arbitraje en México es excelente respecto de acuerdos y laudos arbitrales, existe una doble mácula: el tiempo judicial y las suspensiones de arbitrajes.

El tiempo ha sido el Talón de Aquiles de los procesos de ejecución de acuerdos y laudos arbitrales. Los arbitrajes son veloces. Pero el proceso de ejecución ha demostrado ser tardado. Esto tiene que mejorar. La promesa de la velocidad se cumple en el arbitraje, pero se incumple en su ejecución coactiva en sede judicial. Los motivos son diversos, resumibles en: (i) la tendencia del Poder Judicial a tolerar chicanas sin consecuencias;[10] (ii) prácticas judiciales que demoran innecesariamente.[11]

Respecto de suspensiones, existen experiencias—pocas pero lamentables—de suspensiones de arbitrajes por jueces. Ello es un acto ultra vires. Nadie—mas que el tribunal arbitral mismo o las partes de común acuerdo—puede suspender un proceso arbitral. Nadie. Ni siquiera un juez.[12] No solo no está prevista dicha facultad en el derecho arbitral,[13] sino que los (pocos) casos que han existido han ocurrido con fundamentos errados y rodeados de circunstancias que asoman que lo que en verdad ocurrió es corrupción.[14]

**2. La sede**

¿Qué hacer?

Se recomienda que, antes de que sea aprobada por la cámara revisora, se elimine la exigencia de que la sede sea México.Así, a quienes les preocupe lo expuesto en la sección anterior pueden elegir una sede que no genere el riesgo apuntado.

Resultado: Menos riesgo, menos costo, más actividad económica—justamente lo que la industria de energía de México necesita.

El paso es poco en comparación con el beneficio que generará: se mandará un mensaje positivo. Que las promesas son creíbles. Ello sembrará confianza: el lubricante de la inversión. Y no olvidemos que el derecho sustantivo seguirá siendo será el mexicano.

10. Desde hace tiempo defendido que deben existir sentencias con condenas de costas de mercado, no los cacahuates con frecuencia observables. Así, se incentivará conducta correcta. Sé que ello puede implicar modificación legal, pero puede comenzarse con la praxis judicial y aproximación intelectual. Mientras no se emitan condenas en costas importantes por conducta procesal indebida, existe un incentivo poderoso para utilizar el proceso de forma obstructiva. Entre antes lo aceptemos, antes comenzarmos a dar los primeros pasos para mejorar el escenario que vivimos.
11. Existe burocracia en la práctica que fácilmente puede mejorarse si se permite un análisis de mejores prácticas. Este esfuerzo bien vale la pena. Se sugiere que ocurra como parte de la recomposición del Poder Judicial.
12. Los motivos son explicados en "Órdenes de Suspensión en Arbitraje: un cáncer que no debe hacer metástasis" (publicado en Pauta 109, Boletín Informativo del Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio, A.C., mayo 2024).
13. Artículo 1421 del Código de Comercio.
14. Lamento tener que usar la palabra tan dura, pero la corrección del problema exige una prognosis franca. Y al respecto se observa una tolerancia insoportable que es evidente a cualquiera que vive el fenómeno. Esto tiene que mejorar, so pena de generar responsabilidad.

### 3. Los Masc

Respecto de los MASC, es hora que se tomen con más seriedad. Es enorme la cantidad de problemas que hubieran sido mejor manejados mediante una mediación o conciliación. Que hubieran ahorrado tiempo, dinero y evitado desgaste de relación.Empieza a observarse un despertar sobre el tema. Ello no solo del lado privado sino público. Es de esperarse que este nuevo régimen marque una etapa nueva en su utilización. Para ello, se recomiendan tres pasos:

(1) Incluir, respetar y vivir cláusulas escalonadas. Cláusulas que incluyen la mediación o conciliación como un pasos previo deseable, no obligatorio,[15] a ser agotado previo a iniciar un proceso.

(2) Hacer una labor de entrenamiento sobre los MASC y sus implicaciones tanto a los equipos legales de las áreas jurídicas de los participantes en esta industria así como sus áreas de contraloría. Sin la participación entendida de estas últimas, es imposible que un ente público pueda extraer de la mediación o conciliación todo lo que tiene que ofrecer.Los temores a las realidades del control político vedarán la utilización diestra de los MASC. Y el perdedor será el Estado mexicano, y su sociedad.

(3) Que se adopte la política que todo problema requiera, previo a su maduración, de un paso previo de mediación. Ello puede ser paralelo, siguiendo un esquema “Med-Arb” o “Arb-Med”. Lo importante es que ocurra. Y la mediación y conciliación puede ocurrir en todo momento.[16]

De seguirse los pasos indicados, se observará cómo el arbitraje y los MASC se tornarán en parte del marco institucional que permita que florezca la industria de energía en México. Que se acerque a ser todo lo que podría—y debería—ser.

## III. COMENTARIO FINAL

El arbitraje es una pieza clave de un contrato que la contempla. Es la que cerciora que las palabras significan lo que dicen.

Que lo pactado será respetado. Que el riesgo jurídico inherente a toda relación jurídica será cursado tal como las partes lo previeron y desearon.

Y si además usan los MASC, se incrementará la posibilidad que el riesgo jurídico sea manejado de forma constructiva. Es por ello que la Reforma Energética hace bien en contemplar arbitraje y MASC: establece los cimientos para que ocurra actividad económica deseable, del género que permita aprovechar las oportunidades que México ofrece, y que han permanecido desperdiciadas dadas las políticas públicas que se han seguido.

En México abundan las oportunidades. Pero para que se conviertan en realidad se necesita capital, tecnología y un marco institucional confiable: el capital fluye a las actividades que lo respetan.

El futuro de esta industria, como en tantas otras, está en la acción colectiva. Para que la misma ocurra, se requieren mecanismos para aglomerar y encausar fuerzas sociales. Tal es el caso del arbitraje y los MASC.

15. Para entender porqué, se recomienda Propiciando la Mediación: Una Propuesta, sus Críticas y Observaciones”, www.gdca.com.mx/publicaciones.
16. Se observa con frecuencia que su utilización en paralelo a un arbitraje arroja beneficios importantes. Generalizando, con frecuencia es necesario que exista cierto avance en un proceso arbitral que sirva de acicate de un arreglo que puede ser logrado mediante una mediación paralela.

**Consulta aquí las referencias bibliográficas**

# Del agandalle al acuerdo

**“El abogado que México requiere el día de hoy, quizá no es ya el litigante exitoso, sino el hombre sabio que sabe recurrir a la mediación de los intereses, a la conciliación de las voluntades para arreglar los problemas siempre que ello sea posible sin necesidad de la intervención de los tribunales.”**

**Dr. Jesús Zamora Pierce.**

**Precio Nacional de Jurisprudencia 2011**

Recordando la mitología griega, Zeus creó a Pandora y la envió a la tierra con una caja y le dijo: ¡Nunca abras la caja!. Sin embargo, un día, la curiosidad pudo más que Pandora y abrió la caja. De ella salieron plagas, penas y toda clase de males en contra del hombre. La única cosa buena en la caja era la esperanza.

En los juicios es exactamente lo mismo, de él van a salir toda clase de plagas, penas y males en contra de las partes contendientes en el juicio. Lo único que se tiene es esperanza (que, no certeza) de un posible y eventual y poco probable resultado satisfactorio que, desde luego, nadie puede garantizar y muchísimo menos un abogado serio porque es contrario a la ética profesional.

**Puntos clave:**

- Somos un país altamente litigioso en el que impera la desconfianza y el desacuerdo entre los ciudadanos;
- Somos un país con tribunales atascados de expedientes por los miles de asuntos que todos los días ingresan a los juzgados en todas las materias (civil, mercantil, familiar, laboral, penal y administrativo), tanto a nivel local como federal;
- Somos un país retratado internacionalmente como un país incivilizado, mal educado e irresponsable en el que sus ciudadanos son incapaces de ponerse de acuerdo para resolver sus desacuerdos;
- La paradoja tan grande: somos un país con abundancia de leyes y a la vez somos un país altamente injusto.

**Enrique A. Hernández-Villegas[1]**
Fundador de Solución de Conflictos Legales, S.C.,
Vicepresidente del Comité de Mediación de ICC México.

**Consulta aquí las referencias bibliográficas**

¿Por qué México es un país altamente litigioso?

Desde que estudié la carrera de abogado, a mediados de los noventa me cuestionaba porque somos un país tan litigioso, tomando en cuenta que mis primeras aproximaciones al mundo profesional fueron como pasante en un despacho dedicado a la materia de litigio civil, mercantil y familiar; por cierto, un gran despacho, Bufete Espinosa Barrios, S.C., cuyo socio fundador fue un reconocido abogado postulante, maestro de la Escuela Libre de Derecho y ex presidente de la Barra Mexicana Colegio de Abogados, A.C; despacho que me formó profesionalmente y del cual guardo un gran recuerdo y cariño.

Regresando a la pegunta inicial. Somos un país altamente litigioso en el que impera la desconfianza y el desacuerdo entre los ciudadanos. El impuesto más caro que los mexicanos nos damos todos los días es precisamente la desconfianza; desconfiamos de casi todo.

Somos un país con tribunales atascados de expedientes por los miles de asuntos que todos los días ingresan a los juzgados en todas las materias, tanto a nivel local como federal.

Somos un país retratado internacionalmente como un país incivilizado, mal educado en el que sus ciudadanos son incapaces de ponerse de acuerdo para resolver sus desacuerdos.

Sin embargo, México es un país maravilloso y fascinante con una cultura milenaria.

Como México no hay dos y eso cualquier extranjero lo sabe. Sus colores, olores y sabores son inconfundibles en todo el mundo. En una palabra, ¡México es chingón! pero algo no está bien entre nosotros. Algo anda mal desde que somos un país que no sabe conciliar y reconciliar sus diferencias, no sabemos ponernos de acuerdo para resolver nuestros conflictos y eso nos ha llevado a colapsar el sistema de impartición de justicia que ya no aguanta más y que ya no es sustentable a largo plazo.

Reconozco que pretender ofrecer una respuesta a una pregunta complejísima sobre ¿por qué los mexicanos somos tan litigiosos? es una pretensión muy elevada que, por supuesto no espero tener, pero sí ofrecer algunas aproximaciones que estoy seguro les resultarán interesantes.

De inicio hay que señalar la connotación negativa que la inmensa mayoría de los mexicanos le da al conflicto; esto es, percibirlo como algo malo, doloroso, desafortunado, como una situación desgraciada de difícil o imposible salida, y no como una oportunidad que nos hace crecer y evolucionar como seres humanos. Entonces, cuando la vida nos pone enfrente de un fuerte conflicto con otra persona que puede ser un familiar, una pareja o ex pareja, hijos, vecinos, jefes o socios de negocios, la respuesta suele ser buscar a un abogado para que acabe con él o con ella; o mejor aún, que lo destruya si es posible por haber tenido la osadía de haber tenido un conflicto conmigo.

Sé que suena fuerte pero es la verdad, lo que me conduce a comentar el altísimo número de litigios familiares que tenemos; por ejemplo, el número de divorcios que ingresan a los juzgados familiares si de por sí era alto, ahora después de la pandemia se incrementó alarmantemente al grado de que en los juzgados ya no hay forma de que se puedan sustanciar tantos procesos al mismo tiempo; no me deja de asombrar las largas filas que todos los días observamos en la Oficialía de Partes Común de abogados y despachos de abogados que llevan a presentar demandas de juicios familiares, muchos asuntos que ni siquiera van a prosperar pero que la abogacía, me refiero a esa abogacía rezagada que persiste en mantener el status quo no ha ofrecido otra respuesta creativa más que litigar los casos.

Entonces, hay que decir con voz firme y fuerte que judicializar los conflictos y presentar demandas en los tribunales ya no es una opción viable. No es con más jueces, abogados, leyes y tribunales como vamos a resolver los conflictos legales de las personas y las empresas que asesoramos.

Estamos rebasados por una realidad que nos asfixia siempre que se piensa en resolver un conflicto a través o por medio de acudir a los tribunales.

El artículo 17 Constitucional que consagra el acceso a la justicia más que una esperanza es una desesperanza, porque cualquier mexicano sabe que los juicios en México ni son gratuitos, expeditos, completos y la imparcialidad es cuestionable.

Los abogados postulantes saben cuándo comienza un juicio, pero nunca cuando termina porque su solución puede tomar años, muchos años de incertidumbre; de ahí el aforismo "justice delayed is justice denied"; justicia retrasada es justicia denegada, lo que significa que para que una reparación se haga efectiva debe realizarse en tiempo oportuno y de manera adecuada.

Pero, es tan creciente el número de conflictos que se someten a los tribunales, que la carga de trabajo de los órganos jurisdiccionales impide que los ciudadanos obtengan una justicia pronta, poniendo en entredicho en muchas ocasiones la calidad de las sentencias.

Recientemente, en una conversación entre amigos, algunos de ellos abogados escuchaba que alguien decía que los mexicanos por nuestra idiosincrasia somos conflictivos; es decir que preferimos el pleito y la confrontación por encima del acuerdo y la solución; sin embargo, alguien dijo, ino!, no es verdad que somos peleoneros, sino más bien es la abogacía la que no ha ofrecido alternativas viables para resolver los conflictos distintas al litigio y los juicios que de suyo son traumáticos.

¿La sociedad mexicana es la conflictiva o es la abogacía la que la ha hecho conflictiva?

**Primero, analicemos qué es lo que ha sucedido a través de la historia.**

Nos hemos encontrado que el Ser humano tiene preferencia por la confrontación, por el uso de la fuerza, el intento de someter al otro derivado de una cultura occidental patriarcal, dominante, machista y jerárquica.

La cultura occidental, y, sobre todo, la cultura latinoamericana es una cultura fundamentada en el patriarcado, en la dominación masculina, en el ejercicio del imperio de quien ejerce el poder, de quien detenta esa superioridad impuesta por una ideología patriarcal sobre la mujer y los hijos, por ejemplo.

**Segundo, analicemos ¿Qué es lo que ha sucedido con México y los mexicanos?**

Considero que, entre los mexicanos, por supuesto que sí ha existido una tendencia muy elevada a la conflictividad desde el siglo pasado, lo que es innegable. Basta echar una mirada a los tribunales de nuestro país para constatar como nosotros, los mexicanos hemos colapsado el sistema de impartición de justicia, aunque también pienso que esa tendencia, afortunadamente, de manera lenta pero gradual ha ido disminuyendo gracias a las nuevas generaciones de los Millenials y los Centenialls.

Me explico a qué me refiero con eso de las nuevas generaciones:

Recordemos que el término 'generación' agrupa a las personas que nacieron en un mismo intervalo de tiempo dentro de un tramo de ciclo vital: juventud, vida adulta, madurez y vejez.

Recordemos cuales son las generaciones que prevalecen:

- La gran generación, también conocida como la generación de la Segunda Guerra Mundial son individuos entre los 75 y 85 años de edad.
- Baby Boomers son individuos entre los 55 y 75 años.
- Generación X Tienen entre 56 y 40 años aproximadamente.
- Millennials Tienen entre 40 y 25 años.
- Centennials Tienen entre 12 y 22 años aproximadamente.

¿Qué tiene que ver esto de las generaciones con el conflicto?

¡Tiene mucho que ver!

Sostengo que las generaciones de los Baby Booners y la Generación X, son generaciones orientadas en la confrontación, el pleito, el litigio y, por supuesto, el autoritarismo porqué que fueron generaciones educadas por padres que sufrieron los efectos y las consecuencias de las guerras mundiales; padres sumamente estrictos, sumamente enérgicos acostumbrados a la imposición, el sometimiento, la obediencia y el rigor en todos sentidos como sello particular de su educación. O sea, aprendieron que, en las relaciones, cualquier tipo de relación, personal, familiar, vecinal, laboral o de negocios, unas veces se gana y otras se pierde.

Sin embargo, esto afortunadamente ha venido cambiando con las nuevas generaciones, y aquí la buena noticia. Los Millenials y Centenialls son generaciones nuevas y distintas muy proclives a los acuerdos, la negociación la apertura al diálogo, puesto que su educación fue totalmente distinta a la que recibieron sus padres, puesto que, a ellos les tocó recibir una educación más amigable, cariñosa, sobre todo, flexible en oposición a la rigidez que recibieron sus padres y en donde la imposición dejó de ser el elemento principalde su formación, puesto que,

sus padres la Generación X y los Baby Boomers, comprendieron que las relaciones de largo plazo y de ganar-ganar son las que realmente valen la pena; de modo que, para las nuevas generaciones es incomprensible que para resolver un conflicto legal se tenga que pasar por un juicio intrusivo de más de 5, 8 o 10 años. Es inconcebible.

De hecho, algunos Millenilas o Centennilas odian ser como sus padres tan solo de recordar ese doloroso divorcio que les tomó años en resolver y que por supuesto se resolvió por las malas, dejándoles profundas heridas o huellas de abandono, o ese fuerte pleito entre sus tíos por la herencia de la abuela que les costó no volver a ver nunca jamás a sus primos; o el pleito de su papá con su mejor amigo y ex socio de negocios que terminó en amparos, denuncias penales y órdenes de aprehensión, sólo por mencionar algunos ejemplos.

Los jóvenes de ahora buscan soluciones negociadas o facilitadas que sean rápidas, accesibles y sin imposición de ningún tipo; y, muchísimo menos sin la imposición de una autoridad. Recordemos que líneas arriba acabo de mencionar que las generaciones de los Millenials y los Centenialls fueron educadas y crecieron “sin la imposición”; de ahí que ellos no están acostumbrados al sometimiento y las cosas a la fuerza.

En cambio, ellos viven en un mundo digital en el cual están a un click de la solución a los problemas. Soluciones de disputas online, inclusive.

De esta forma, a mí me parece que es impensable decirle a un Millenial o un Centennial, acostumbrado a resolver todo rápidamente mediante el uso de Apps, inteligencia artificial y mucha tecnología, que resolver un conflicto legal de cualquier tipo puede tomar años.

Para ellos, las soluciones de toga, librito y martillo toman mucho tiempo, son incomprensibles y no les gustan.

Entonces, me parece que, si bien hemos conseguido avances significativos gracias a las nuevas generaciones, aún no hemos sido capaces todavía de generar una sociedad más comprensiva; más altruista y generosa enfocada en relaciones ganar-ganar y, sobre todo, en relaciones de largo plazo.

Para cerrar este comentario, te comparto que en mi experiencia como mediador privado, cuando me toca invitar a una persona a participar en un procedimiento de mediación privada, entre más grande de edad es la persona; esto es, que pertenece a la Gran Generación, o bien, que sea un Baby Boomer es más difícil que acepte participar en la mediación, puesto que, en su cabeza, en su mente y conforme a sus creencias erróneas y limitantes del pasado, le resulta cuasi imposible pensar que dialogando en santa paz se pueda resolver el conflicto; en cambio, se ven tentados a resolverlo por la vía del sometimiento, la imposición de la sentencia del juez y las relaciones ganar-perder en donde ellos asumen que serán la parte vencedora.

Desde luego, este comentario no se puede generalizar.

Entonces, cuando la gente dice que los mexicanos tenemos en el ADN el ser conflictivos y peleoneros, yo pienso que ese ADN negativo y conflictivo, por así decirlo, afortunadamente se ha ido diluyendo con el paso del tiempo y el surgimiento de las nuevas generaciones; ahora, hablaría más de bien de un ADN conciliador, facilitador de acuerdos y de consensos que priva en las nuevas generaciones.

**Tercero, analicemos ¿Qué es lo que ha sucedido con la abogacía?**

Aún no terminamos por desterrar a una abogacía beligerante del pasado que no le acaba de gustar la mediación y la generación de acuerdos poque siente que cobra menos honorarios; una abogacía que perdió de vista que el verdadero abogado es un “peacemaker”, y no un litigante. Recordemos que los abogados somos los médicos de las relaciones sociales.

Desde luego, también en la abogacía aplica lo que acabo de comentar con respecto a las generaciones, puesto que, La Gran Generación o la Generación de la Segunda Guerra Mundial, la generación de los Baby Boomers y la Generación X, fuimos entrenados para resolver los conflictos legales de las personas de una manera: litigando a muerte las causas; de hecho, se reconocía a los abogados que entre más hábiles para el pleito, agresivos y violentos mejor prestigio llegaban a tener porque si bien el asunto no se resolvía lo complicaban de tal manera que duraba años, muchos años, lo que afortunadamente ya cambió y ya dejamos atrás.

De hecho, recuerdo a un gran colega litigante, dicho con todo respeto, un abogado de la vieja guardia, abogado y maestro de la UNAM me decía: Mira, los Derechos de las personas, no se transigen ni se negocian, sino que se exigen y se litigan; y, si no te gano en primera instancia, te gano en segunda y si no te gano en segunda te gano en amparo, pero es un hecho de que yo gano.

Entonces, a mí me parece que el tema generacional tiene mucho impacto en la manera de pensar y de actuar de las personas y los abogados.

Lo cierto es que, en algún momento del pasado, no puedo precisar cuándo, se perdió de vista que los abogados somos quienes intervenimos cuando dos personas están a punto de instrumentalizarse o, peor aún, de darse un tiro en la cabeza (dicho metafóricamente), lo que busca el abogado es encontrar una solución razonable; una solución de la cual se puedan dar razones que permita el mutuo respeto entre uno y otro; una solución que después pueda ser modelo de casos parecidos al que se afrontó. En palabras de Ghandi, recordarán que Ghandi fue abogado. Curiosamente, nunca ganó ningún juicio, pero eso sí, cambió la manera de pensar y de actuar de todo un pueblo. Gandhi decía: "me he dado cuenta que la labor del abogado es unir a las partes divididas"; pero en México, los abogados hemos hecho todo mal y al revés, desunir a las partes más de lo que ya estaban desunidas judicializando sus conflictos.

Parafraseando a Meier: "Las partes quieren una solución que armonice sus dificultades, no una sentencia que cristalice sus discordias".

La buena noticia es que hoy en día muchos abogados, hombres y mujeres forman parte de las nuevas generaciones de Millenilas y Centennials y ellos entienden que es mucho mejor resolver asuntos que pleitear causas.

**Cuarto, analicemos ¿Cómo estamos culturalmente?**

A mí me parece que otro factor que responde a la pregunta de ¿Por qué los mexicanos somos tan litigiosos? Es porqué entre nosotros aún prevalece lo que se conoce como la cultura del gandallismo, que se traduce en aquellas personas que ven la manera de sacar ventaja de las circunstancias al precio que sea.

No les importa nada con tal de vencer al oponente y conseguir lo que pretenden; incluso, no les importa perder relaciones o, peor aún, perder vínculos familiares valiosos. Es el mexicano que dice, si puedo ite chingo!

Hace algún tiempo, escuché en una entrevista a Eugenio Derbez con motivo del estreno de su película, El Valet. Él dice que cuando está en México, prefiere no utilizar su nombre artístico de Eugenio Derbez; como saben él es Eugenio González Derbez, porque cuando está en México y la gente lo ubica, alguien, invariablemente trata de sacar ventaja cobrándole algo más caro, el doble o el triple por alguna compra o por algún servicio que necesita; en cambio, cuando está en Estados Unidos y la gente lo ubica y se da cuenta que se trata de él, el actor mexicano le ofrecen descuentos, cortesías o inclusive servicios gratis. Una notable diferencia entre la manera de pensar y de actuar de las personas en diferentes países.

Desafortunadamente, la cultura que en la actualidad aún todavía prevalece en nuestra sociedad, es la de delegar al Estado la facultad de resolver los conflictos, olvidando que, desde junio de 2008, el Estado ya no tiene el monopolio de la resolución de conflictos porque ahora se cuenta con la conciliación, la mediación y el arbitraje sólo que, elevado a rango constitucional:

Sin embargo, muchos mexicanos siguen pensando que acudir ante un juez es la única posibilidad de resolver el conflicto que les aqueja, cuando que acudir a un juez debería de ser la última alternativa, porque el litigio es como las guerras, debe ser el último recurso disponible para solucionar un conflicto; de ahí que se dice con razón que el emplazamiento a juicio es una declaración de guerra. Y cuando alguien va a la guerra tiene que esperar lo peor, ataque y contraataque.

Hay una máxima que dice: "no hay enemigo pequeño". Un mosquito no puede parar una locomotora, pero puede llenar de picaduras al maquinista hasta enloquecerlo. Por cierto, nunca desprecies a nada ni a nadie. Hasta un átomo hace sombra.

Siempre que estés comenzando con un juicio como el medio para resolver un conflicto, desde mi punto de vista y conforme a mi experiencia profesional no es el indicado; a menos, claro, que tengas que salvaguardar un derecho. De manera que para acudir a un juicio tienes que pensarlo tres veces por el potencial riesgo que conlleva.

Me gustaría que se comprendiera que en la inmensa mayoría de los litigios, esto es en el 90% de los casos obedecen a un problema de mala comunicación entre los protagonistas del conflicto; sin embargo, los tribunales no resuelven problemas de comunicación ni de malos entendidos, sino que, se resuelven problemas jurídicos sin solución jurídica; de hecho, el proceso judicial como lo conocemos tiende a cerrar la comunicación entre las partes, puesto que, en un juicio la voz cantante la tienen los abogados y no las partes. Si por un instante miramos a otras latitudes, otros países veremos que tienen una comprensión y entendimiento diferente respecto del conflicto y su solución; por ejemplo, para los chinos, el conflicto es sinónimo de vergüenza, por eso, entre ellos se ayudan mucho para que un conflicto se resuelva rápida y pacíficamente. Para ellos, pelear en los tribunales es completamente deshonroso.

Los chinos tienen una frase que es fabulosa que dice: “Es en los escalones de los tribunales en donde debe crecer la hierba.”

Tiene mucho sentido que los chinos como parte de su cultura opten por la resolución pacífica de sus controversias mediante el diálogo, la negociación y la mediación, porque ¿se imaginan de qué tamaño tendría que ser el aparato judicial chino para resolver conflictos de una población de más de 1,400 millones de personas? Me parece que debemos dejar atrás esa idea del abogado de que tenemos que ir a juicios todas las veces. Al respecto, cabe recordar a este gran presidente que además fue un gran abogado, Abraham Lincoln que decía:

“Desalentar los litigios. Persuade a tus vecinos para que se comprometan siempre que puedas. Señáleles cómo el ganador nominal es a menudo un verdadero perdedor en honorarios, gastos y pérdida de tiempo”.

Quiero cerrar con esto que dijo Lincoln desde 1850, como abogados, tienes que disuadir a tu cliente de irse a litigio porque le tienes que hacer ver que en ocasiones, el ganador solamente es un ganador nominal; es decir, que la sentencia que obtuvo existe de nombre, pero no en la realidad porque el conflicto va a continuar; inclusive, las cosas se van a poner más feas cuando comience la ejecución forzada de la sentencia. Como dicen los americanos, “Good luck on recovery” porque probablemente no recuperes nada. En la medida en que haya más justicia alternativa y la gente aprenda a resolver sus problemas y no quiera judicializarlos todos estaremos más cerca de edificar una sólida cultura del acuerdo y la paz que tanta falta le hace a este maravilloso país que habitamos. Finalmente, el Derecho está llamado a servir al hombre, implica una tarea exclusiva que exige conocer no sólo el texto legal aplicable, sino el contexto del acto mismo. Ser abogados significa que hemos asumido un compromiso ético con la sociedad. Hemos de mirar el horizonte de nuestro futuro nacional y profesional como la oportunidad de dignificar nuestra profesión; la oportunidad de hacer que mediante nuestro arte del bien abogar se imponga el acuerdo entre las partes por encima del pleito.

**Conclusiones:**

- El escenario de litigio es el escenario de guerra. El litigio es una batalla legal que conlleva un perder-perder.

- Para resolver un conflicto legal, nunca comiences con un litigio porque habrás optado por el peor y más complejo de los caminos sin posibilidad de salida en el corto plazo.

- Sé cómo los Millenials y los Centennilas y no busques decisiones de toga, librito y martillo porque toman mucho tiempo, son incomprensibles y suelen no gustar.

**Consulta aquí las referencias bibliográficas**

# VIII EDICIÓN DE LA
# UP – ICC MÉXICO MOOT

## ¿POR QUÉ INSCRIBIRSE?

- Resolverás un caso realista de arbitraje comercial.
- Mejorarás tu argumentación y capacidad de persuasión.
- Usarás métodos alternativos de solución de controversias.
- Fortalecerás tu perfil académico y profesional.

UP - ICC Mexico Moot

ICC Mexico

UNIVERSIDAD Panamericana

- Conectarás con estudiantes de diferentes universidades quienes serán tu red de profesionales en el futuro.
- Obtendrás retroalimentación de árbitros y expertos.
- Networking con árbitros de firmas reconocidas internacionalmente.

# ¡Sé parte de la **nueva generación de líderes!**

## Inscripciones abiertas

UP - ICC Mexico Moot

ICC Mexico

UNIVERSIDAD Panamericana

# El caso de los contratos FIDIC y su resistencia silenciosa en America Latina: Efectos sobre la prevención y resolución efectiva de disputas

**Roberto Hernández García**
Socio Director
COMAD, S.C.

El articulo analiza la implementación reciente de contratos FIDIC en Latinoamérica y sus impactos. En los últimos años, ha habido un aumento significativo en el uso de estos contratos, especialmente en proyectos financiados por el Banco Interamericano de Desarrollo (BID). Los contratos FIDIC ofrecen múltiples beneficios, como un marco normativo estandarizado, procedimientos claros para la administración de cambios y resolución de disputas, y la promoción de la transparencia y equidad entre las partes. Figuras clave como el Ingeniero FIDIC y el Dispute Avoidance and Dispute Adjudication Board (DAAB) juegan roles cruciales en la administración y prevención de disputas. Sin embargo, la implementación de estos contratos ha enfrentado resistencia en la práctica latinoamericana debido a factores como la reticencia al cambio y la falta de comprensión de los nuevos roles introducidos por los contratos FIDI. La capacitación y el desarrollo de habilidades específicas son esenciales para manejar estos contratos, pero no siempre están disponibles o son accesibles para todas las partes involucradas. En resumen, aunque los contratos FIDIC ofrecen múltiples beneficios y han demostrado ser efectivos en la gestión y ejecución de proyectos, su adopción en Latinoamérica ha enfrentado desafíos significativos. La resistencia al cambio, la necesidad de capacitación y los costos adicionales son factores que han influido en la recepción de estos contratos generando mas controversias que las que se espera evitar.

**Consulta aquí las referencias bibliográficas**

**I. Implementación Reciente de Contratos FIDIC en Latinoamérica: Un Análisis de su Impacto y Retos**

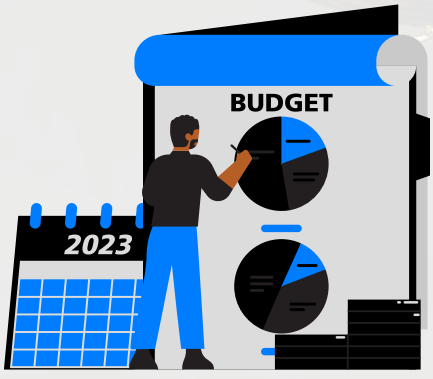
En años recientes, Latinoamérica ha visto un incremento significativo en la implementación de contratos FIDIC, especialmente en proyectos financiados por el Banco Interamericano de Desarrollo (BID).

Estos contratos han sido promovidos debido a sus beneficios probados y su capacidad para establecer un marco de trabajo equilibrado entre las partes involucradas.

Los beneficios de los contratos FIDIC son múltiples y han sido clave para su promoción en Latinoamérica.

En primer lugar, estos contratos proporcionan un marco normativo estandarizado y ampliamente reconocido a nivel internacional, lo que facilita la participación de empresas extranjeras y fomenta la competencia. Esto, a su vez, puede resultar en una mejor calidad de ejecución y en la optimización de los recursos.

Además, los contratos FIDIC ofrecen un claro procedimiento para la administración de cambios y la resolución de disputas, lo que contribuye a reducir el riesgo de conflictos prolongados y costosos. Este enfoque estructurado permite que los proyectos avancen de manera más eficiente, respetando los plazos y presupuestos establecidos.




También es importante destacar que los contratos FIDIC promueven la transparencia y la equidad entre las partes.

Al establecer un equilibrio de responsabilidades y derechos, se fomenta un ambiente de colaboración y confianza, lo que puede mejorar significativamente las relaciones entre contratantes y contratistas.

Entre los beneficios más destacados de los contratos FIDIC se encuentran las figuras del Ingeniero FIDIC y el Dispute Avoidance and Dispute Adjudication Board (DAAB). Ambos juegan roles cruciales en la administración y prevención / resolución de disputas dentro de los proyectos.

El Ingeniero FIDIC, como una técnica profesional, no solo garantiza un control y supervisión más efectivos que aseguran el cumplimiento de los estándares de calidad, sino que también actúa como un ente neutral en caso de reclamos, permitiendo una gestión profesional. Este doble rol del Ingeniero FIDIC permite acelerar la resolución de problemas y minimizar interrupciones en el proyecto, promoviendo una ejecución más fluida y eficiente.

Por otro lado, el Dispute Avoidance and Dispute Adjudication Board (DAAB) es un panel compuesto por expertos independientes que se mantiene activo durante todo el proyecto. Su principal función es prevenir disputas y, en caso de que surjan, emitir decisiones rápidas y vinculantes. La presencia del DAAB fomenta la solución temprana de conflictos, evitando que se conviertan en problemas mayores y costosos. Además, su intervención temprana y constante permite mantener el flujo del proyecto, respetando plazos y presupuestos.

Estas figuras no solo elevan el nivel de transparencia y equidad en la administración de los contratos, sino que también mejoran la confianza y colaboración entre las partes, garantizando la efectividad y éxito del proyecto desde su inicio hasta su finalización.
No obstante lo anterior, la implementación de los contratos FIDIC no ha tenido la recepción esperada por aspectos que se han presentado en la práctica latinoamericana. Diversos factores han contribuido a esta situación, siendo la resistencia al cambio uno de los más significativos.

**II.Contratos Administrativos vs. Contratos FIDIC**

Tradicionalmente, los contratos administrativos en Latinoamérica han otorgado a las entidades públicas una posición de claro predominio sobre los contratistas.

Este desequilibrio ha sido una práctica común, donde el contratante ejerce un control significativo sobre el contratista con nefastas consecuencias, en términos generales.

En contraste, los contratos FIDIC buscan establecer un mayor equilibrio entre las partes, asegurando que tanto el contratante como el contratista trabajen en condiciones más equitativas. La adaptación a un marco normativo internacional requiere un cambio cultural y organizacional que no siempre es fácil de implementar.

Sin embargo, su adopción no ha sido exenta de desafíos y ha generado una notable resistencia por parte de las áreas usuarias.

La capacitación y el desarrollo de habilidades específicas para manejar los contratos FIDIC son esenciales, pero no siempre están disponibles o son accesibles para todas las partes involucradas.

Esto ha llevado a una curva de aprendizaje significativa y, en algunos casos, a errores en la interpretación y aplicación de los términos contractuales.

Asimismo, los costos asociados a la implementación de los contratos FIDIC también han sido un punto de controversia.

La contratación de Ingenieros FIDIC y la formación de paneles DAAB implican gastos adicionales que no todas las entidades públicas están dispuestas o pueden asumir. Esto ha generado debates sobre la viabilidad económica del sistema y su impacto en los presupuestos de los proyectos.

Este cambio en la dinámica contractual ha sido una fuente de resistencia y debate.

**III.El Rol del Ingeniero FIDIC**

Uno de los aspectos más discutidos de los contratos FIDIC es la figura del Ingeniero FIDIC. Esta figura introduce un nuevo rol que dista de las funciones regulares de supervisión y fiscalización aplicados en muchos países de la región.

Mientras que en el desarrollo regular del Contrato, el Ingeniero FIDIC actúa como representante del Contratante, cuando alguna de las los partes presenta un reclamo, el Ingeniero debe de resolver sin favorecer a ninguna de ella, aunque sea pagado por el contratante. Esta situación plantea un grave conflicto copnceptual a los contratantes públicos que no conciben cómo una entidad a la que se le paga un servicio puede decidir algo en contra de la misma.

Asimismo esta neutralidad ha sido percibida como una interferencia en los roles establecidos de supervisión y fiscalización, generando incertidumbre y resistencia en las entidades contratantes.

Muchas áreas contratantes buscan eliminar estas funciones del ingeniero FIDIC, para mantener el control sobre los contratistas y los procesos, lo que literalmente rompe la posibilidad de beneficiarse con el contrato FIDIC y sus mejores prácticas. Esta resistencia a adoptar el rol del ingeniero FIDIC puede resultar en una gestión menos transparente y equitativa, afectando negativamente la ejecución y el éxito de los proyectos y provocando mas disputas de las que se espera del Contrato FIDIC.

**IV.Dispute Avoidance and Adjudication Boards (DAAB)**

Otro tema recurrente de discusión es la falta de comprensión y valorización de los Dispute Avoidance and Adjudication Boards (DAAB).

Estos comités de prevención/solución de controversias, tienen un rol crucial en la prevención y resolución contemporánea de disputas, ofreciendo una alternativa más ágil y efectiva que el arbitraje.

Sin embargo, su utilidad ha sido subestimada o mal manejada por algunos usuarios, quienes tienden a eliminarlos o a no comprender su verdadero propósito, equiparándolos erróneamente con el arbitraje, por lo que su uso inadecuado no es poco visto.

Esta falta de entendimiento de los DAABs resulta de gran preocupación desde su conceptualización hasta su implementación y uso práctico. Aunque esta herramienta es altamente valorada y utilizada en muchos proyectos por su efectividad, su uso indebido genera grandes malestares entre los usuarios. Este malestar no solo afecta la percepción de la figura de los DAABs, sino que también puede llevar a un desprestigio natural causado por factores externos.

**V.Necesidad de Educación y Adaptación**

Dicho lo anterior es claro que la falta de comprensión y adaptación a estos nuevos conceptos ha sembrado importantes semillas de confusión en la región. Las consecuencias negativas de la falta de entendimiento de los contratos FIDIC, del Ingeniero y del DAAB son múltiples y afectan directamente el éxito de los proyectos de infraestructura.

En primer lugar, la resistencia a adoptar el rol neutral del Ingeniero FIDIC en la determinación de reclamos, puede derivar en una gestión sesgada y menos transparente, incrementando la posibilidad de conflictos y retrasos en los proyectos. Sin una figura profesional que resuelva de manera efectiva los reclamos, las disputas tienden a escalar, afectando la dinámica y la colaboración entre las partes involucradas.

En segundo lugar, la subestimación y el manejo inadecuado de los Dispute Avoidance and Adjudication Boards (DAAB) privan a los proyectos de una herramienta crucial para la prevención y resolución temprana de controversias.

El mal uso o la eliminación de los DAABs implica que las disputas no se aborden de manera eficaz, lo que puede resultar en procesos arbitrales más largos y costosos, afectando gravemente los intereses de las partes.

Finalmente, la falta de educación y adaptación a estos conceptos lleva a una ejecución menos eficiente y a un entorno contractual menos equilibrado. La incomprensión general de los mecanismos FIDIC impide que los proyectos se beneficien de las mejores prácticas internacionales, lo que puede traducirse en una menor calidad de las obras y en el incumplimiento de los objetivos de infraestructura.

Es necesario que tanto el sector público como el privado realicen esfuerzos conjuntos para mantener la filosofía FIDIC en todos los contratos y promover una mejor comprensión de sus beneficios y mecanismos.

En resumen, aunque los contratos FIDIC ofrecen múltiples beneficios y han demostrado ser efectivos en la gestión y ejecución de proyectos, su adopción en Latinoamérica ha enfrentado desafíos significativos. La resistencia al cambio, la necesidad de capacitación y los costos adicionales son factores que han influido en la recepción de estos contratos. Sin embargo, con el tiempo y la experiencia, es posible que estas barreras se superen y que los contratos FIDIC se conviertan en una herramienta más ampliamente aceptada y utilizada en la región.

**VI.El arbitraje no queda intocado**

El impacto en los procedimientos arbitrales debido a la falta de claridad en los contratos FIDIC, la ausencia del Ingeniero en su rol esperado, y la no implementación de los Dispute Avoidance and Adjudication Boards (DAABs) es considerable. Cuando no se nombra un DAAB, la capacidad de abordar disputas de manera temprana y efectiva se ve gravemente afectada. Esto puede provocar que los conflictos se prolonguen innecesariamente, ya que el proceso arbitral se ve obligado a lidiar con problemas que podrían haberse resuelto previamente.

Por ejemplo, en casos donde se espera que el DAAB actúe como un mecanismo preventivo, su ausencia puede llevar a una acumulación de disputas no resueltas que, al final, terminan sobrecargando el procedimiento arbitral. Las partes involucradas se enfrentan a mayores costos y tiempos prolongados debido a la necesidad de resolver cuestiones preliminares antes de llegar al fondo de los asuntos. Además, la falta de un DAAB puede significar que las decisiones no sean tan claras o precisas, lo que complica aún más la resolución de los temas en disputa.

En situaciones donde el Ingeniero FIDIC no es reconocido o su rol es subestimado, la transparencia y la imparcialidad en la gestión de reclamos también se ven comprometidas. Sin una figura que actúe como profesional neutral y profesional, los proyectos son más susceptibles a conflictos y desacuerdos que pueden escalar rápidamente, afectando la dinámica colaborativa entre las partes y resultando en procedimientos arbitrales más complejos y menos eficientes.

Un caso interesante de estudio sobre todos estos temas se puede observar en Serviam v. MOPC Serviam S.A. Sucursal Paraguay v. Ministerio de Obras Públicas y Comunicaciones, ICC Case No. 25027/JPA/AJP, en el que uno de los puntos a tratar, antes de entrar al fondo del asunto, era la competencia del tribunal arbitral, ante la falta de existencia de un DAB en funciones.

**VII.Conclusiones finales**

Todo lo anterior demuestra un problema sistemático entre la falta de aceptación de la cultura de contratación de contratos FIDIC por parte de las entidades contratantes, la falta de entendimiento de las figuras que FIDIC ofrece para beneficiar el contrato, y sus efectos en la prevención y solución de controversias de este tipo de contratos, en los que se esperan menos controversias. Es importante señalar que no basta con alabar a los contratos FIDIC, sino entenderlos, implementarlos y, sobre todo, respetar las figuras que ofrecen y que realmente pueden permitir los beneficios.

En un momento complejo, es necesario tener contratos balanceados que permitan el mayor uso de recursos para el desarrollo de proyectos de infraestructura en la región, con el apoyo de mecanismos de prevención y solución de controversias eficientes, tal y como FIDIC los ofrece.

Es imperativo insistir en la importancia de contratos bien balanceados y redactados, que incluyan herramientas efectivas de gestión y prevención de controversias. Este enfoque no solo es beneficioso para cumplir con los objetivos de infraestructura, sino que también es una obligación hacia los usuarios y contribuyentes. La implementación de estos contratos debe verse como una nueva forma de contratar y ejecutar proyectos, alineada con los estándares internacionales y las mejores prácticas.

En conclusión, la incorporación de contratos FIDIC en Latinoamérica representa un avance significativo hacia un entorno contractual más justo y equilibrado. No obstante, la transición requiere un esfuerzo educativo y cultural para que las entidades contratantes comprendan y adopten plenamente esta nueva filosofía, asegurando así el éxito en la ejecución de proyectos de infraestructura en la región.

**Consulta aquí las referencias bibliográficas**

# Forjando el Futuro del Arbitraje: Iniciativas Pioneras en Quintana Roo y Yucatán

**Jorge Carlos Toledo Sauri**
Presidente del Comité de Arbitraje Sureste
ICC México

**Resumen.**

El artículo analiza la evolución del arbitraje en Yucatán, desde su reconocimiento en la Constitución de Cádiz de 1812 hasta su consolidación en la Constitución de Yucatán de 1841. Destaca iniciativas pioneras en la región, como el Centro de Arbitraje de Quintana Roo y el Juzgado Especializado en MASC de Yucatán, resaltando su impacto en la seguridad jurídica y la inversión.

## I.Precedentes del Arbitraje en la península de Yucatán.

### a.Los primeros precedentes constitucionales de arbitraje y MASC en México.

El arbitraje es un mecanismo alternativo de resolución de controversias cuya evolución ha estado ligada al desarrollo de los sistemas jurídicos modernos.

El arbitraje en la Península de Yucatán tiene sus raíces en la tradición jurídica española, específicamente en la Constitución de Cádiz de 1812. Este texto normativo introdujo en el territorio mexicano el concepto de resolución de controversias mediante jueces árbitros, lo que influiría en la legislación mexicana posteriormente.

La Capitanía General de Yucatán, una entidad territorial de la Corona española que incluía lo que hoy son los estados de Yucatán, Campeche y Quintana Roo, así como Belice[i] y parte de Tabasco, adoptó la Constitución de Cádiz.[ii] La influencia del constitucionalismo gaditano se tradujo en la adopción de principios liberales en la primera Constitución federal de México de 1824, aunque con adaptaciones propias del contexto nacional.

[i] Tras la independencia de México, Belice continuó siendo considerado parte de Yucatán por la administración mexicana, aunque en la práctica estaba controlado por los británicos. Guatemala formalizó la cesión de Belice al Reino Unido en el Tratado Wyke-Aycinena en 1859, aunque México había dejado de reclamarlo activamente.
[ii] Durante el régimen hispánico se aplicó desde 1812 hasta 1814, hasta que Fernando VII, al recuperar el trono, abrogó el texto y restableció el absolutismo. Posteriormente, en 1820, ante el pronunciamiento liberal encabezado por Rafael del Riego, se reactivó su vigencia, prolongándose brevemente en el México independiente (entre 1821 y 1822), ver en Manuel Torres Aguilar, "La influencia de la Constitución de Cádiz en el pensamiento de modelos y en los inicios del proceso de independencia en Nueva España", en Los Sentimientos de la Nación de Morelos en Tlaxcala, Centro Francisco Tomás y Valiente, UNED Alzira-Valencia, Fundación Instituto Historia Social, Instituto de Investigaciones Históricas-UNAM, 1999, p. 54.

**Consulta aquí las referencias bibliográficas**

La Constitución de Cádiz estableció por primera vez en el territorio mexicano la posibilidad de ejercer el arbitraje en su artículo 280, donde se estipula que “no se podrá privar a ningún español del derecho de terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros, elegidos por ambas partes”. Este reconocimiento constitucional convirtió al arbitraje en un mecanismo legítimo y viable dentro del territorio mexicano, marcando el primer precedente de uso del método alternativo de resolución de controversia en su historia legal.

La Constitución de 1824 reafirmó el reconocimiento del arbitraje en su artículo 156, estableciendo que “a nadie podrá privarse del derecho de terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros, nombrados por ambas partes, sea cual fuere el estado del juicio”. Asimismo, en el artículo 155 introducto la conciliación como prerrequisito judicial al señalar que “no se podrá entablar pleito alguno en lo civil ni en lo criminar, sobre injurias, sin hacer constar haberse intentado legalmente el medio de conciliación”, como una obligación escalonada de resolución de conflictos, lo que hoy en día vemos comúnmente en las cláusulas escalonadas en los contratos.

El concepto de jueces árbitros sería retomado en las Siete Leyes de 1836 en el artículo 39 como un derecho del litigante derecho para terminar un pleito civil o criminal por medio de jueces árbitros. [iii]

**a.La Constitución de Yucatán de 1841.**

Los tres instrumentos constitucionales señalados en el apartado anterior se centraron en la organización del Estado. No desarrollaron propiamente un catálogo de derechos con un mecanismo de control para que su cumplimiento sea efectivo, por lo que podríamos señalar que en ellos sólo podíamos encontrar derechos declarativos, nominales o imperfectos ante la ausencia de un control judicial.

La Constitución de Yucatán de 1841, por su parte, fue pionera al incluir por primera vez en un cuerpo normativo constitucional un catálogo a través de un capítulo específico con garantías individuales, donde se enumeraron los derechos fundamentales de los ciudadanos, estableciendo derechos justiciables con tutela efectiva a través del juicio de amparo establecidos en el artículo 62. [iv]

Es importante destacar que, mientras constituciones más modernas como las de 1857 y 1917 (antes de la reforma de 2011) establecían constitucionalmente que los derechos eran otorgados por la constitución, la Constitución de Yucatán de 1841 los reconocía como preexistentes, es decir estos derechos no es una concesión del Estado sino que se reconocen por ser inherentes a la persona[v], tal y como señala la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en vigor.

La Constitución de Yucatán de 1841 significó un avance constitucional al dotar a los derechos reconocidos de mecanismos normativos y judiciales que aseguraban su efectividad, marcando una diferencia con los textos constitucionales previos.

En este sentido, podríamos señalar en lengua maya, que nos encontramos en el Ok’ot[iii] de evolución arbitral impulsa la implementación de herramientas más efectivas para fortalecer su aplicación y ejecución. Este es de manera precisa el objetivo que actualmente se persigue en la Península de Yucatán.

Yucatán fue pionero en reconocer el arbitraje como un derecho constitucional, integrándolo en un catálogo de garantías individuales con un órgano de control específico. Esta medida fortaleció el acceso a la justicia y estableció un precedente relevante para el desarrollo del arbitraje en México.

[iii] Artículo 39 “Los litigantes tienen derecho para terminar, en cualquier tiempo, sus pleitos civiles o criminales, sobre injurias puramente personales, por medio de jueces árbitros, cuya sentencia será ejecutada conforme a las leyes”

**II.La importancia del sistema judicial en el Arbitraje**

El arbitraje, entendido como una forma de justicia privada, requiere la cooperación del poder judicial en diversos momentos clave, como la constitución de tribunales arbitrales, la ejecución de laudos y la intervención en situaciones excepcionales donde se requiere la autoridad estatal para garantizar el cumplimiento de las decisiones arbitrales.[vii]

Si bien el arbitraje se sustenta en la autonomía de las partes y en un mecanismo privado de resolución de controversias, la ausencia de medios judiciales de defensa deja al procedimiento y al laudo arbitral en un limbo jurídico. Esto debilita la seguridad y la previsibilidad en las relaciones comerciales y de inversión, generando incertidumbre ante posibles incumplimientos o controversias sobre su interpretación.[viii]

Un sistema judicial que respalda el arbitraje no solo garantiza la seguridad jurídica y la previsibilidad en la ejecución de laudos, sino que también contribuye a la atracción de inversiones y al fortalecimiento del comercio internacional.
En este sentido, la doctrina destaca que la eficacia del arbitraje depende en gran medida de la disposición de los tribunales para respetar su autonomía y limitar su intervención a los casos estrictamente necesarios, asegurando así la coherencia entre los principios del arbitraje y el ordenamiento jurídico nacional.[ix]

A lo largo de la historia, se ha observado que la hostilidad judicial hacia el arbitraje puede generar incertidumbre y disminuir su uso, mientras que su aceptación y respaldo fortalecen su papel como un mecanismo confiable para la solución de disputas comerciales y de inversión.[x]

En América Latina, la evolución ha sido gradual, pasando de una percepción de desconfianza hacia el arbitraje a una creciente intgración con el sistema judicial, promovida en parte por reformas legales y la adopción de estándares internacionales como la Convención de Nueva York de 1958.

La necesidad de una relación sólida entre el poder judicial y el arbitraje se refuerza ante el riesgo de que, en ausencia de un control judicial adecuado, las decisiones arbitrales no puedan ser efectivas o que incluso puedan ser anuladas o cuestionadas en tribunales internacionales, [xi] lo que afecta la seguridad jurídica y la confianza en el sistema de justicia.

En este sentido, resulta indispensable que el arbitraje camine de la mano del poder judicial, no como una subordinación, sino como una relación de cooperación que asegure que las decisiones arbitrales sean respetadas y reconocidas dentro del marco del derecho internacional.

Asimismo, el respaldo del sistema judicial refuerza la estabilidad y la predictibilidad del entorno legal, ya que permite transformar un laudo arbitral en una decisión obligatoria y ejecutable.

Este aspecto es fundamental para generar confianza en los operadores económicos e inversionistas, quienes valoran contar con un mecanismo que ofrezca garantías reales de cumplimiento, especialmente en contextos normativos cambiantes o inestables.[xii]

El informe 2021 International Arbitration Survey: Adapting Arbitration to a Changing World, estudio elaborado por la Queen Mary University of London en colaboración con White & Case LLP, que analiza las tendencias y desafíos del arbitraje internacional en un contexto de cambios globales basado en encuestas y entrevistas con expertos del sector, incluyendo abogados, árbitros, empresas y representantes de instituciones arbitrales, resalta la importancia del papel de los poderes judiciales en el desarrollo y consolidación del arbitraje internacional.

El informe concluyó que uno de los principales factores que influyen en la elección de una sede arbitral es la actitud de los tribunales nacionales, ya que su apoyo o interferencia puede determinar la efectividad del proceso arbitral:

- El 56% de los encuestados considera que un mayor respaldo judicial haría más atractivas ciertas jurisdicciones, especialmente en lo que respecta a la ejecución de laudos y la reducción de la intervención judicial en las decisiones arbitrales;
- La neutralidad e imparcialidad de los tribunales es otro elemento fundamental, ya que un 54% de los participantes indicó que una mayor independencia judicial fortalecería la confianza en el arbitraje;
- El 47% de los encuestados identificó la previsibilidad y eficiencia en la ejecución de laudos como un factor clave en la selección de una sede arbitral.

El informe concluye que la consolidación del arbitraje como un mecanismo confiable y eficiente de resolución de disputas depende en gran medida de la relación con los poderes judiciales, su capacidad para garantizar la seguridad jurídica y su disposición a facilitar el proceso arbitral sin comprometer su autonomía.

La sinergia entre ambos sistemas resulta esencial para consolidar un entorno de resolución de conflictos que brinde confianza tanto a las partes nacionales como a los actores internacionales que recurren al arbitraje como alternativa al litigio judicial.

**I.Fortalecimiento del Arbitraje en el Sureste Mexicano: Iniciativas pioneras en Quintana Roo y Yucatán.**

En el sureste mexicano la International Chamber of Commerce México a través del Capítulo Sureste de Arbitraje & ADR está trabajando coordinadamente con los poderes judiciales de los Estados de Quintana Roo y Yucatán para tener un sistema sólido y preparado en arbitraje.

Existen dos proyectos que representan un avance histórico en la región y en la materia arbitral internacional en general. En Quintana Roo con la creación del Centro Arbitral del Poder Judicial y en Yucatán con el proyecto de creación del Juzgado Especializado en Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias.

**a.El Centro Arbitral del Poder Judicial de Quintana Roo.**

La creación del Centro de Arbitraje del Poder Judicial del Estado de Quintana Roo, ubicado en Cancún, lo perfila como una institución clave para la resolución de conflictos en la región y un punto estratégico dentro del arbitraje internacional.

Es esencial distinguir en una primera instancia entre lo que es y lo que no es el Centro de Arbitraje. El Centro de Arbitraje del Poder Judicial del Estado de Quintana Roo no pretende erigirse como una institución arbitral o un tribunal de arbitraje que administre o dirima controversias entre las partes.

El Centro de Arbitraje es en realidad un espacio físico diseñado para facilitar el desahogo de procedimientos arbitrales, proporcionando infraestructura moderna y especializada. Su función es optimizar la logística del arbitraje, garantizando acceso a salas equipadas, tecnología avanzada y un entorno adecuado para audiencias. Además, promueve la difusión y orientación sobre el arbitraje, fortaleciendo su uso y acceso en la comunidad jurídica y empresarial.

El Centro fue concebido a partir del Convenio General de Colaboración celebrado entre el Poder Judicial de Quintana Roo a través de su presidente, el Magistrado Heyden José Cebada Rivas, y el Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio A.C. (ICC México) a través de su presidente Claus Von Wobeser con el impulso del Comité de Arbitraje & ADR Sureste, cuyo objeto es apoyar, mediante el aporte de conocimientos y experiencia en arbitraje, la consolidación de un servicio judicial más ágil y eficaz.

La naturaleza confidencial de los procedimientos arbitrales, aunque una de sus características más valoradas, también ha contribuido a que el arbitraje pase desapercibido en el ámbito jurídico y empresarial.

A diferencia de los procesos judiciales, cuyas resoluciones suelen ser públicas y generan precedentes accesibles, las decisiones arbitrales generalmente se mantienen restringidas a las partes involucradas, limitando la difusión de conocimientos sobre su funcionamiento y ventajas.

Esta opacidad ha generado una percepción errónea de que el arbitraje es un mecanismo inaccesible o reservado solo para grandes corporaciones con asesoramiento legal altamente especializado.

Por otro lado, la confidencialidad del arbitraje también ha generado desafíos en términos de visibilidad institucional. A diferencia de los tribunales judiciales, que cuentan con espacios físicos bien identificados y con amplia difusión en la comunidad jurídica, muchos procedimientos arbitrales se llevan a cabo en oficinas privadas, hoteles o espacios alquilados para la ocasión, sin un reconocimiento formal que los legitime ante el público.

Esto ha llevado a que el arbitraje sea percibido como un procedimiento abstracto, sin una infraestructura específica que lo respalde y sin un impacto claro en el desarrollo de sistemas de justicia alternativa.

Además, esta falta de exposición pública ha impedido que abogados y empresarios se familiaricen con los beneficios del arbitraje, lo que ha resultado en un desconocimiento generalizado sobre cómo iniciar un procedimiento arbitral o cómo incluir cláusulas arbitrales en contratos.
Aunado a lo anterior, la carencia de formación académica en arbitraje en varias universidades e instituciones públicas y privadas de la Península de Yucatán, ha contribuido a perpetuar este desconocimiento, haciendo necesario un esfuerzo estructural para su difusión y enseñanza.

Debe resaltarse que esta carencia de formación ya se está superando al contar varias universidades con la materia de MASC o arbitraje y con el trabajo de las cámaras como ICC México y los colegios de abogados.

Para contrarrestar estos efectos, la creación de un Centro de Arbitraje con una infraestructura física accesible y visible podría ayudar a reducir la percepción de inaccesibilidad del arbitraje junto con la difusión y capacitación de la materia a través de los siguientes aspectos:

**1.Infraestructura Especializada para el Desarrollo del Arbitraje.**

El Centro de Arbitraje contará con salas de audiencias equipadas con tecnología de vanguardia, incluyendo sistemas de videoconferencia, grabación de sesiones, acceso seguro a documentos electrónicos y espacios privados para árbitros, partes, testigos y peritos.

Este entorno controlado no solo optimiza la logística y eficiencia del arbitraje, sino que también garantiza un desarrollo profesional y estructurado de cada procedimiento.

En muchos casos, los árbitros, testigos, peritos y abogados deben desplazarse y coordinar la disponibilidad de espacios, lo que puede generar retrasos y complicaciones. Tradicionalmente, la falta de infraestructura específica obliga a las partes a alquilar salas en hoteles, centros de negocios o despachos privados para llevar a cabo audiencias arbitrales, lo que puede generar costos adicionales significativos.

Contar con un centro arbitral con salas equipadas para el desarrollo de audiencias permite optimizar tiempos y recursos, garantizando un entorno adecuado para la resolución de disputas con herramientas tecnológicas modernas, como salas de videoconferencia, equipos de grabación y acceso seguro a documentos electrónicos, lo que representaría entonces una ventaja significativa tanto para las instituciones arbitrales como para los usuarios del arbitraje al reducir costos y mejorar la eficiencia operativa como el no incurrir en gastos adicionales de renta de instalaciones.

Para las instituciones arbitrales, contar con un centro especializado también refuerza la profesionalización y prestigio del arbitraje en la región. La existencia de un foro físico dedicado evitan la percepción de que se trata de un proceso informal o carente de estructura y lo visibiliza a los usuarios, lo hace tangible y cercano.

**2. Difusión y educación en arbitraje**

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece en su artículo 1° la obligación del Estado de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos. En el mismo sentido, el artículo 17 consagra el derecho humano de acceso a la justicia y reconoce constitucionalmente los Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias (MASC) como una vía legítima para resolver disputas.

Un espacio diseñado para albergar audiencias arbitrales, con instalaciones adecuadas y servicios de orientación especializada, permitiría que los usuarios experimentaran de primera mano los procedimientos, reforzando su legitimidad y promoviendo su adopción.

Asimismo, el Poder Judicial se encuentra adelantando la firma de acuerdos de cooperación con instituciones arbitrales nacionales e internacionales, lo que ayudaría a generar confianza en el uso del arbitraje y consolidar un foro estable, reconocido y pro-arbitraje dentro del entorno jurídico y empresarial. La ICC México fue la primera institución en firmar este convenio de colaboración.

Este centro tiene dentro de sus objetivos la difusión del conocimiento sobre el arbitraje, ofreciendo orientación y recursos educativos a diversos actores, incluyendo a la sociedad en general, la academia, empresarios, instituciones arbitrales, árbitros y abogados.

En particular, la identificación física de un espacio arbitral permitirá localizar más fácilmente un centro de asesoría a los usuarios interesados en acceder al arbitraje, guiándolos para acceder a este proceso.

Con ello se facilitará a los usuarios la comprensión del procedimiento arbitral y buscará que tengan una participación efectiva en este mecanismo alternativo de resolución de controversias.

Más allá de ser un espacio físico para la realización de audiencias arbitrales, el Centro desempeñará un papel clave en la promoción del conocimiento y la sensibilización sobre el arbitraje mediante programas educativos, actividades de difusión y orientación especializada.

Con ello, el Centro contribuirá al fortalecimiento de la cultura arbitral y al cumplimiento del mandato constitucional de promover el acceso efectivo a la justicia, alineándose con los principios de progresividad, accesibilidad y efectividad en la tutela de los derechos humanos.

**3. Cancún como sede arbitral: Infraestructura, conectividad y apoyo institucional**

La creación del Centro de Arbitraje del Poder Judicial del Estado de Quintana Roo en Cancún representa un hito significativo en la promoción y consolidación del arbitraje en la región.

Este espacio físico dedicado al desahogo de procedimientos arbitrales no solo facilita la logística de las audiencias, sino que también tiene un impacto psicológico positivo en los usuarios, empresarios y abogados. La inversión del Poder Judicial en este centro envía una señal clara de apoyo institucional al arbitraje, fomentando un ambiente de confianza y asociación entre las partes involucradas.

Además, la implementación de diplomados especializados –en los cuales participan activamente los miembros del Poder Judicial en colaboración con ICC México– subraya el compromiso con la capacitación continua y el perfeccionamiento profesional, elementos fundamentales para consolidar la práctica arbitral en Quintana Roo.

En conjunto, estas iniciativas refuerzan la apuesta del Estado por un sistema de justicia más ágil y eficiente, promoviendo un entorno jurídico favorable que se alinea con las mejores prácticas internacionales y que contribuye a la modernización del arbitraje en México.

Esta infraestructura y apoyo institucional posicionan a la ciudad como una sede arbitral atractiva en América Latina.

Su conectividad aérea con 129 destinos en 28 países, incluyendo conexiones directas con principales países latinoamericanos como Colombia, Perú, Brasil y Argentina, con un tráfico en 2024 de aproximadamente 30.4 millones de pasajeros, refleja su capacidad para manejar un volumen significativo de tráfico aéreo y facilita el acceso de las partes internacionales al centro arbitral.

Además, el establecimiento de este foro, ofrece un espacio representativo donde la academia, las instituciones y las empresas pueden converger para aprender, debatir y profundizar en temas arbitrales siendo una sede naturalmente diseñada para los encuentros internacionales.

Cancún, al contar con la infraestructura, conectividad y ahora con este Centro, puede atraer más procedimientos arbitrales a nivel internacional.

Esto es especialmente relevante para disputas comerciales en América Latina, donde muchas empresas buscan sedes confiables y accesibles para resolver controversias sin incurrir en gastos excesivos de traslado o infraestructura.

El hecho de que las partes no tengan que asumir costos adicionales por la falta de espacios adecuados genera un incentivo para elegir Cancún como sede arbitral, lo que fortalece su posicionamiento como una sede regional de arbitraje en América Latina.

**b. El Proyecto de Juzgado Especializado de MASC en Yucatán.**

Por su parte en Yucatán, a la fecha de la elaboración del presente artículo la ICC México a través del Comité de Arbitraje & ADR Sureste impulsa en conjunto con el Consejo de la Judicatura del Estado de Yucatán a través de su presidenta la Magistrada Carolina Silvestre Canto Valdés un proyecto de juzgado especializado en MASC.

**1. La naturaleza del Juzgado Especializado**

El Juzgado Mercantil Especializado en Medios Alternativos de Solución de Controversias del Estado de Yucatán se configura como un órgano judicial de naturaleza mixta, destinado a resolver no solo controversias en materia mercantil, sino también aquellas derivadas de los mecanismos alternativos de solución de controversias abarcando desde la atención en auxilio judicial arbitral hasta la ejecución de laudos arbitrales y la homologación o ejecución de convenios de mediación o conciliación.

La especialización de los tribunales judiciales ofrece ventajas significativas en la eficiencia, uniformidad y calidad de las resoluciones, especialmente en materias complejas como el arbitraje y los mecanismos alternativos de solución de controversias.

El auxilio judicial en el arbitraje, previsto en el Código de Comercio y el Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares, refuerza la efectividad, entre otros actos de auxilio arbitral, el permitir la adopción de medidas cautelares conforme a los lineamientos nacionales e internacionales que permitan la efectividad de sus actuaciones, la ejecución de laudos, la designación de árbitros en caso de desacuerdo, entre otros, fortaleciendo así la seguridad jurídica del arbitraje.

Este respaldo judicial se alinea con la consolidación de tribunales especializados, asegurando un marco normativo robusto para la resolución eficiente de disputas mercantiles y civiles. Al integrar de forma explícita los MASC en su estructura, el juzgado especializado no interviene en el procedimiento arbitral, sino que ofrece un soporte estructural que garantiza que los acuerdos alcanzados mediante estos mecanismos adquieran la fuerza ejecutoria que caracteriza a las resoluciones judiciales tradicionales.

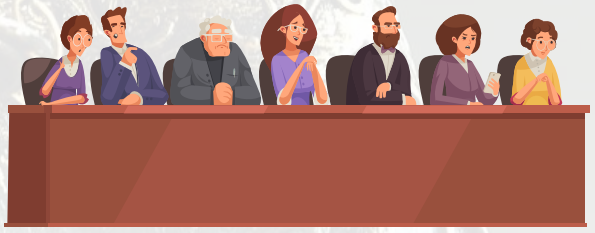
Además, este modelo se complementa con programas de capacitación y diplomados dirigidos a jueces y magistrados, desarrollados en colaboración con instituciones especializadas, lo que fortalece la experiencia y profesionalización en el manejo de disputas derivadas de conflictos comerciales y civiles.

El Juzgado Mercantil Especializado en Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias del Estado de Yucatán concentrará todas las ejecuciones de convenios de mediación y conciliación, laudos arbitrales y solicitudes de auxilio judicial en arbitraje, con el objetivo de proporcionar celeridad y especialización en la resolución de estos procedimientos.

**2.- Las diferencias entre la División Internacional de Arbitraje del Tribunal de Comercio de Miami y el Juzgado Mercantil Especializado en Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias del Estado de Yucatán.**

Existe en los Estados Unidos de Norteamérica una División Internacional de Arbitraje del Tribunal de Comercio en Miami, que no es propiamente un juzgado sino una división dentro de un tribunal estatal, cuya función principal es actuar como un foro judicial de apoyo en la resolución de disputas comerciales derivadas únicamente de arbitrajes internacionales y su ejecución dentro de la jurisdicción de Florida.

Su objetivo principal es servir como un mecanismo de apoyo únicamente para la ejecución de laudos arbitrales, ofreciendo un entorno judicial especializado que reduzca tiempos procesales y genere mayor seguridad jurídica en la aplicación de normas internacionales de arbitraje, como la Convención de Nueva York de 1958 y la Ley Federal de Arbitraje de Estados Unidos.



Por otro lado, la naturaleza del Juzgado Especializado en Yucatán es la de un órgano jurisdiccional de naturaleza mixta, con competencia en auxilio judicial al arbitraje, ejecución de laudos arbitrales y homologación de convenios de mediación y conciliación. Su objetivo es fortalecer la seguridad jurídica del arbitraje y de los MASC mediante resoluciones especializadas y uniformes, promoviendo la eficacia y celeridad en su aplicación.

Mientras que la División de Miami está limitada a asuntos de arbitraje internacional y su ejecución dentro de la jurisdicción del estado de Florida, el Juzgado Especializado en Yucatán tiene una competencia más amplia, ya que no solo conoce de arbitraje internacional, sino también de arbitraje nacional, mediación, conciliación y otros MASC, incluyendo la ejecución de convenios y la homologación de acuerdos derivados de estos mecanismos.

Por su parte, la División de Miami forma parte del Tribunal de Comercio de Miami, mientras que el Juzgado Especializado de Yucatán es un órgano jurisdiccional autónomo, creado específicamente para atender de manera exclusiva asuntos relacionados con arbitraje y MASC.

Asimismo, a diferencia de la División de Miami, el Juzgado Especializado en Yucatán no solo ejecuta laudos arbitrales, sino que también concentra toda la actividad jurisdiccional relacionada con los MASC, incluyendo designación de árbitros, adopción de medidas cautelares, reconocimiento y ejecución de laudos nacionales e internacionales, y asistencia judicial en arbitrajes ad hoc y administrados por instituciones.

Con ello podemos ver que el objetivo del Juzgado especializado es integral y no exclusivo. El Juzgado Especializado en Yucatán se distingue por su autonomía, amplitud de competencias y especialización en todos los mecanismos alternativos de solución de controversias, consolidándose como un pilar clave para la promoción del arbitraje en la región, dotando de certeza no únicamente a un sector específico, sino a todo el sistema arbitral de la región.

**3. La importancia de creación de un juzgado especializado**

Actualmente, la dispersión de estos asuntos en juzgados no especializados puede generar retrasos e inconsistencias en la interpretación y aplicación de la normativa arbitral y de los MASC. Al centralizar todas estas cuestiones en un tribunal especializado, se garantizará un manejo uniforme, eficiente y técnico de los casos, permitiendo que jueces con formación específica en arbitraje y mecanismos alternativos resuelvan con mayor rapidez, certeza y precisión.

La creación de tribunales especializados permite que los jueces desarrollen un conocimiento técnico profundo en su materia, lo que favorece una toma de decisiones más ágil y fundamentada. Fix-Fierro destaca que la especialización es recomendable cuando la materia presenta un alto grado de interrelación, complejidad técnica y la necesidad de decisiones uniformes.[xiii]

Además, la OCDE ha señalado que los tribunales especializados han mejorado la eficiencia en la resolución de casos, reduciendo significativamente los tiempos procesales en comparación con los tribunales generalistas.[xiv]
Por otro lado, Ginsburg y Wright sostienen que la especialización contribuye a la calidad de las resoluciones, ya que los jueces desarrollan un conocimiento técnico, económico y regulatorio que les permite contextualizar mejor los asuntos sometidos a su jurisdicción.[xv] Asimismo, Álvarez resalta que la existencia de tribunales especializados en materia de competencia económica y telecomunicaciones ha permitido una mayor uniformidad en las decisiones, evitando contradicciones y reduciendo la incertidumbre jurídica[xvi].

Asimismo, proporciona un foro judicial idóneo que facilita la ejecución efectiva de laudos arbitrales y convenios de mediación, fortaleciendo el ecosistema de solución de controversias en Yucatán y posicionando al estado como un referente en la consolidación de un sistema judicial pro-arbitraje. Los programas de formación, desarrollados en colaboración con instituciones de prestigio como la ICC México, consolidan una cultura de excelencia y aseguran que el juzgador especializado posea los conocimientos técnicos necesarios para abordar los casos con precisión y coherencia, reduciendo así la posibilidad de contradicciones jurisprudenciales y elevando la calidad de las resoluciones judiciales.

Este juzgado impulsa un modelo de justicia más ágil, participativo y adaptado a las necesidades contemporáneas de la sociedad.

Por otra parte, si bien la reforma judicial en México ha generado diversas críticas, la implementación de un juzgado especializado en arbitraje y MASC podría abordar eficazmente algunas de estas preocupaciones. Al enfocarse en la independencia, especialización y eficiencia, este juzgado contribuiría a fortalecer la confianza en el sistema judicial y a mejorar la calidad en la resolución de conflictos, complementando los objetivos de la reforma y mitigando sus posibles efectos adversos.

En síntesis, el proyecto del juzgado especializado en Yucatán se enmarca en una estrategia de innovación judicial que promueve la utilización de mecanismos alternativos –reconocidos constitucionalmente y reforzados normativamente– para resolver conflictos de manera rápida, económica y consensuada. Su creación no solo optimiza la gestión de controversias en materia civil o mercantil, sino que también refuerza el compromiso institucional de acercar la justicia a la ciudadanía, integrando la tradición de solución de conflictos con las mejores prácticas internacionales.

**c.Un proyecto conjunto. Hacia un Modelo de Diálogo entre Tribunales en Arbitraje.**

En esta nueva dinámica de cooperación entre los poderes judiciales de Quintana Roo y Yucatán y los principales actores del procedimiento arbitral en el sureste mexicano, se encuentra en desarrollo un nuevo proyecto que busca integrar un verdadero diálogo entre tribunales como se da en el derecho internacional de los derechos humanos.

El diálogo entre tribunales en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos ha demostrado ser un mecanismo eficaz para la construcción de un sistema coherente y armónico de interpretación de normas, sin comprometer la independencia de cada órgano.

En el contexto del arbitraje y el poder judicial, esta misma lógica puede aplicarse mediante la colaboración entre instituciones arbitrales y tribunales nacionales, garantizando que el intercambio de criterios no vulnere el principio fundamental de confidencialidad que rige en el arbitraje.

La confidencialidad es una de las características esenciales del arbitraje, ya que protege los intereses de las partes y fomenta la confianza en el proceso. No obstante, esta confidencialidad no impide la posibilidad de generar un diálogo institucionalizado entre las cortes arbitrales y los tribunales judiciales.

Muchas instituciones arbitrales ya revisan internamente los laudos emitidos mediante sus comités o consejos de supervisión, asegurando que las decisiones sean consistentes con las normas aplicables y respeten los principios fundamentales del arbitraje.

A partir de esta práctica, se puede desarrollar un mecanismo estructurado de diálogo entre el arbitraje y el poder judicial, donde las instituciones arbitrales compartan sus decisiones de maenera anónima y sin revelar información sensible, permitiendo que los tribunales nacionales comprendan mejor los criterios arbitrales y contribuyan a la armonización del sistema.

Esto permitiría establecer principios comunes en materia de ejecución de laudos, control judicial, medidas cautelares y delimitación de competencias sin comprometer la privacidad de las partes involucradas.

Un ejemplo claro de esta cooperación sería la creación de bases de datos anónimas de jurisprudencia arbitral accesibles para jueces, donde los tribunales nacionales puedan consultar criterios aplicados en casos previos sin conocer la identidad de las partes ni los detalles específicos de la controversia.

Asimismo, podrían organizarse foros de discusión entre jueces y árbitros, donde se analicen tendencias jurisprudenciales sin afectar la confidencialidad de casos particulares.

Este diálogo estructurado permitiría evitar conflictos de interpretación entre jueces y árbitros, asegurando mayor seguridad jurídica y predictibilidad en la aplicación del derecho arbitral. Además, contribuiría a que los jueces nacionales comprendan mejor los fundamentos del arbitraje y reduzcan la intervención excesiva en los laudos, respetando su autonomía y limitando el control judicial a supuestos excepcionales.

En conclusión, así como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos han desarrollado un diálogo jurisprudencial sin que sus decisiones sean formalmente vinculantes entre sí, el arbitraje y el poder judicial pueden construir un modelo de cooperación basado en la confidencialidad, asegurando que la información compartida sirva para fortalecer la coherencia del sistema sin comprometer la privacidad de los procedimientos arbitrales.

**IV.Conclusión**

A lo largo de la historia, Yucatán ha demostrado un compromiso pionero con el arbitraje y los mecanismos alternativos de solución de controversias (MASC). La Constitución de Yucatán de 1841 no solo reconoció el arbitraje como un derecho fundamental, sino que también implementó el juicio de amparo, proporcionando una tutela efectiva para garantizar su aplicación. Este enfoque visionario sentó las bases para un sistema jurídico que valora la resolución eficiente y justa de conflictos.

En la actualidad, este legado se revitaliza con iniciativas como la creación del Centro de Arbitraje del Poder Judicial en Quintana Roo y el proyecto de un Juzgado Especializado en MASC en Yucatán. Estas instituciones buscan fortalecer la relación entre el arbitraje y el sistema judicial, asegurando que las decisiones arbitrales cuenten con el respaldo necesario para su ejecución efectiva. Además, promueven la capacitación continua de jueces y árbitros, garantizando procesos imparciales y de alta calidad.

La colaboración entre los poderes judiciales y las instituciones arbitrales en la península de Yucatán no solo honra su rica tradición en la materia, sino que también posiciona a la región como un referente en la resolución alternativa de disputas. Al integrar mecanismos modernos y efectivos, se refuerza la confianza en el sistema de justicia y se fomenta un entorno propicio para el desarrollo económico y social.

En resumen, Yucatán y Quintana Roo continúan liderando esfuerzos para consolidar un marco jurídico que privilegia el arbitraje y los MASC, reflejando una evolución constante hacia sistemas de justicia más accesibles, eficientes y confiables.

**Consulta aquí las referencias bibliográficas**

# ¿Por qué Macao no es ni ha sido plaza arbitral de referencia?

**Presentación.**

La Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (ICC), fundada en París en 1923 y con más de 29.000 casos resueltos, ha experimentado una notable expansión geográfica en los últimos años. La apertura de sedes en Hong Kong, Singapur, Nueva York, São Paulo y Abu Dhabi ha permitido a la ICC administrar casos de manera más eficiente y adaptarse a las necesidades de un mercado globalizado. Estas sedes, especialmente las de Hong Kong y Singapur, y la de São Paulo, han sido estratégicamente ubicadas para atender a las demandas de las partes asiáticas y brasileñas, respectivamente. El creciente número de partes brasileñas en los arbitrajes ICC, situando a Brasil entre los cinco países con mayor participación, ha consolidado la presencia de la ICC en América Latina y ha elevado al portugués al rango de cuarta lengua más utilizada en los procedimientos arbitrales de la institución, después del inglés, el español y el francés. El dinámico mercado asiático del arbitraje, centrado en plazas como Hong Kong y Singapur, ha impulsado a la ICC a establecer una presencia sólida en la región. La elección de estas plazas por encima de otras ciudades asiáticas puede explicarse por su tradición de “common law”, su estabilidad jurídica y su papel como centros financieros internacionales.

Macao, a pesar de su desarrollo económico y jurídico, no ha logrado posicionarse como una plaza arbitral de referencia a nivel internacional. Diversos factores, como la competencia de otros centros arbitrales más establecidos y la falta de una comunidad arbitral local consolidada, han limitado su atractivo para las partes. La convergencia entre la tradición jurídica civil de Macao, su ubicación estratégica en Asia y la creciente demanda de arbitraje en portugués podría convertir a este territorio en un polo de atracción para las disputas internacionales. Sin embargo, hasta el momento, Macao no ha logrado aprovechar plenamente este potencial.

**Jordi Sellarés**
Secretario General
ICC España

**Valeria Fioraso**
Becaria
ICC España

**Aitor Cordero**
Becario
ICC España

**Consulta aquí las referencias bibliográficas**

## 1. Historia del arbitraje en Hong Kong y Singapur

### Hong Kong

Bajo la administración británica, Hong Kong evolucionó de ser un puerto comercial en sus primeras décadas a convertirse en un centro global de comercio, finanzas e industria en el siglo XX. Hong Kong experimentó un auge económico impulsado por la llegada de capital y empresarios de China continental tras la instauración de la República Popular China en 1949. Durante las décadas de 1950 y 1960, el territorio se transformó en un centro industrial clave, exportando textiles, productos electrónicos y juguetes. A partir de los años 1970, Hong Kong evolucionó hacia una economía basada en los servicios financieros, consolidándose como uno de los "Cuatro Tigres Asiáticos".

En las décadas de 1970 y 1980, Hong Kong comenzó a posicionarse como un centro regional para la resolución de disputas internacionales. Este periodo estuvo marcado por reformas legales e institucionales que reflejaban la creciente importancia del arbitraje en el comercio global, resultando en la primera Ordenanza de Arbitraje de Hong Kong[1]. En 1977, Hong Kong (como parte del Reino Unido) se adhirió a la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, conocida como la Convención de Nueva York. Esto garantizó que los laudos arbitrales emitidos en Hong Kong fueran reconocidos y ejecutados en más de 150 países, aumentando su atractivo como sede de arbitraje internacional[2]. En 1982, Hong Kong enmendó la Ordenanza de Arbitraje, alineándola con la Ley de Arbitraje de Inglaterra de 1979. Esta misma ordenanza fue últimamente enmendada en 1990. Estas reformas buscaron reforzar la eficacia del arbitraje y garantizar la neutralidad en la resolución de disputas[3].

En 1985, se fundó el **Hong Kong International Arbitration Centre (HKIAC)** como una institución independiente dedicada a promover y administrar el arbitraje en la región[4]. El HKIAC se convirtió rápidamente en un pilar del arbitraje en Hong Kong, proporcionando reglas específicas, instalaciones de última generación y servicios para gestionar casos complejos.

La transferencia de Hong Kong a China en 1997 marcó un nuevo capítulo en la historia del arbitraje. Bajo el marco de "un país, dos sistemas", Hong Kong mantuvo su sistema legal basado en el “common law”, garantizando la independencia judicial y el respeto por los contratos internacionales, lo cual fue crucial para preservar la confianza de la comunidad empresarial global. Tras la transferencia de soberanía, Hong Kong y China firmaron acuerdos para garantizar el reconocimiento mutuo y la ejecución de laudos arbitrales[5]. En 1999, se estableció un acuerdo clave que permitía la ejecución de laudos arbitrales entre Hong Kong y China continental, fortaleciendo la integración entre ambas jurisdicciones[6].

En 2011, Hong Kong adoptó una nueva Ley de Arbitraje[7] que consolidó los regímenes de arbitraje doméstico e internacional bajo un único marco, basado en la Ley Modelo de la UNCITRAL (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional)[8]. Esta legislación reforzó la flexibilidad, neutralidad y eficiencia del arbitraje en la región.

Por otro lado, el HKIAC se ha consolidado como una de las principales instituciones de arbitraje a nivel mundial, compitiendo con centros como Singapur, Londres y París. Sus reglas de arbitraje, revisadas periódicamente, están diseñadas para abordar disputas comerciales complejas, incluyendo aquellas relacionadas con sectores como la tecnología, la infraestructura y la energía.

### ***Singapur:***

La historia de Singapur, desde su colonización británica en el siglo XIX hasta su consolidación como una de las economías más dinámicas del mundo en el siglo XXI, constituye un ejemplo notable de transformación política, social y económica.

Este pequeño enclave, ubicado estratégicamente en el sudeste asiático, fue establecido como un puerto comercial por el Imperio Británico en 1819, tras un acuerdo entre Sir Stamford Raffles y el sultanato de Johor.

Desde entonces, Singapur evolucionó rápidamente de ser un centro colonial en el comercio marítimo a convertirse en una ciudad-Estado independiente con un impacto global desproporcionado en relación con su tamaño y población.

Singapur heredó el sistema de "common law" británico, que incluyó el uso del arbitraje como un medio alternativo para la resolución de disputas comerciales. En esta etapa inicial, el arbitraje se utilizaba principalmente para resolver disputas locales en el comercio marítimo y en el intercambio de bienes en los mercados regionales.

La Ley de Arbitraje de Inglaterra de 1889, que fue adoptada en Singapur, proporcionó las primeras bases legales para el arbitraje en la colonia. Sin embargo, el arbitraje se mantuvo en gran medida como un mecanismo informal y ad hoc, utilizado esporádicamente por comerciantes y empresarios locales.

El comercio en Singapur, impulsado por su puerto libre y su ubicación estratégica, comenzó a atraer actores internacionales. Esto sentó las bases para que el arbitraje emergiera como un mecanismo eficaz para resolver disputas transfronterizas en un entorno comercial dinámico y multicultural.

En las décadas de 1950 y 1960, Singapur adoptó leyes basadas en las reformas británicas de arbitraje, estableciendo un marco más sólido para la resolución de disputas comerciales. Esto incluyó la aplicación de la Convención de Nueva York de 1958, que Singapur ratificó en 1986[9]. La Convención garantizó el reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales extranjeros en el país, atrayendo casos internacionales.

Antes de 1985, el arbitraje en Singapur era predominantemente "ad hoc", lo que significaba que las partes involucradas organizaban sus propios procedimientos sin la intervención de una institución. Esto comenzó a cambiar con la creación de instituciones específicas dedicadas a promover el arbitraje. El establecimiento del **Singapore International Arbitration Centre (SIAC)** en 1991 marcó un punto de inflexión en la historia del arbitraje en Singapur. Esta institución fue creada como parte de un esfuerzo nacional para posicionar a Singapur como un centro de arbitraje internacional en Asia. [10]

En 1994, Singapur adoptó la **Ley Modelo de la UNCITRAL**[11] como base para su Ley de Arbitraje Internacional. Esta reforma alineó a Singapur con los estándares internacionales y facilitó su integración en el sistema global de arbitraje. Además, el gobierno implementó reformas legales periódicas para mantener la competitividad de Singapur frente a otras jurisdicciones.

Por ejemplo, se fortaleció la confidencialidad de los procedimientos arbitrales y se ampliaron las competencias del SIAC.

En las primeras dos décadas del siglo XXI, Singapur compitió activamente con otras jurisdicciones como Hong Kong, Londres y París para atraer casos de arbitraje internacional.

El SIAC continuó modernizando sus reglas y procedimientos, atrayendo un número creciente de casos de alto perfil.[12] En 2020, el SIAC rompió su récord y manejó más de 1,000 casos, posicionándose como una de las instituciones más activas del mundo[13].

Por otro lado, el gobierno de Singapur promovió activamente el arbitraje como parte de su estrategia económica. Esto incluyó la creación de la **Maxwell Chambers**, un centro de arbitraje con instalaciones de última generación, diseñado para apoyar procedimientos complejos.

Por último, la creciente inversión en Asia y la iniciativa de la Franja y la Ruta liderada por China impulsaron el arbitraje en Singapur, dado su papel como un puente entre Oriente y Occidente[14].

***Macao:***

El origen de Macao como colonia portuguesa se remonta a mediados del siglo XVI, cuando comerciantes lusitanos obtuvieron permiso de las autoridades de la dinastía Ming para establecer un puerto comercial en la región. En 1557, Portugal formalizó su presencia mediante un acuerdo que permitía el uso del territorio a cambio del pago de un tributo anual.

Durante esta etapa, Macao floreció como un importante punto de enlace en el comercio marítimo entre Europa y Asia, facilitando el intercambio de mercancías como seda, especias, porcelana y plata. Además, la región desempeñó un papel significativo en la expansión del catolicismo en Asia, convirtiéndose en un centro de actividades misioneras dirigidas por la Compañía de Jesús.

No obstante, la posición estratégica de Macao se vio gradualmente debilitada en el siglo XVIII, cuando otras potencias europeas, como Gran Bretaña, comenzaron a consolidar su presencia en el comercio con China, especialmente tras el establecimiento de Hong Kong en 1842.

Durante el periodo colonial portugués, Macao estuvo influenciado por el sistema jurídico lusitano. Esto incluyó la introducción de mecanismos alternativos para la resolución de disputas, como el arbitraje, siguiendo el modelo del derecho civil europeo.

Las primeras referencias al arbitraje en Macao pueden rastrearse en las normativas inspiradas en el Código Civil Portugués de 1867, que permitió a las partes resolver disputas mediante árbitros independientes.

En la práctica, el arbitraje se utilizó principalmente en disputas comerciales y civiles entre comerciantes locales y extranjeros que operaban en el puerto de Macao, aunque con una limitada institucionalización. No obstante, durante este periodo, el arbitraje era predominantemente “ad hoc, y su uso estaba restringido por la falta de instituciones dedicadas y la preferencia de los litigantes por acudir a los tribunales formales.

En la segunda mitad del siglo XX, Macao comenzó a desarrollar un marco más estructurado para el arbitraje, adaptándose a las crecientes necesidades del comercio internacional en la región. En 1986, Macao adoptó un **Decreto-Ley sobre Arbitraje Voluntario**, que sentó las bases para regular los procedimientos arbitrales en la región.

Este decreto se inspiró en las normativas portuguesas y estableció principios fundamentales para la conducción de arbitrajes, incluyendo la autonomía de las partes y la flexibilidad en los procedimientos.

A pesar de estos avances, el arbitraje en Macao no alcanzó un uso generalizado debido a la falta de promoción institucional, la preferencia por la mediación en disputas locales y el bajo volumen de comercio internacional en comparación con otros centros como Hong Kong.

En 1996, Macao adoptó un nuevo **Decreto-Ley sobre Arbitraje Voluntario**, que buscó mejorar la eficiencia y la confianza en los procedimientos arbitrales[15]. Este reglamento introdujo varias disposiciones clave, como la autonomía de las partes para elegir los árbitros y las reglas aplicables; el reconocimiento de la validez de los laudos arbitrales, alineados con la Convención de Nueva York de 1958, a la que Macao se adhirió en 2005 tras la transferencia de soberanía[16]; y la flexibilidad para incorporar normas internacionales en casos transfronterizos.

Con la transferencia de Macao a la soberanía china en 1999, bajo el principio de "un país, dos sistemas", la región mantuvo su autonomía jurídica basada en el derecho civil de tradición portuguesa. Esto permitió que Macao modernizara su marco de arbitraje para alinearse con los estándares internacionales y reforzar su atractivo como un centro de resolución de disputas.

En 1998, se fundó el Centro de Arbitraje del World Trade Center de Macao para promover y administrar arbitrajes en la región[16]. Aunque esta institución desempeñó un papel importante en la formalización del arbitraje en Macao, su alcance ha estado limitado principalmente a disputas comerciales relacionadas con negocios locales y chinos. Por último, el avance más reciente en materia de arbitraje data de 2019, cuando Macao aprobó una nueva ley de arbitraje[17], consolidando las materias y dotándose de un régimen moderno.

Macao ha servido como un puente entre China y los países de habla portuguesa, lo que ha aumentado el uso del arbitraje en disputas comerciales entre empresas chinas y lusófonas. La colaboración con Hong Kong y otras ciudades de la Gran Área de la Bahía ha permitido a Macao beneficiarse de un flujo de comercio y disputas transfronterizas, lo que ha impulsado la necesidad de arbitraje en sectores como el turismo, la construcción y el juego. A pesar de estos avances, el arbitraje en Macao enfrenta desafíos significativos, como la falta de reconocimiento global en comparación con centros como Hong Kong, la limitada experiencia institucional y la competencia regional. La cooperación con instituciones de arbitraje en Hong Kong y China continental podría mejorar el acceso a casos transfronterizos y aumentar la confianza en el sistema jurídico de Macao.

**2. DIFERENCIA PRESENTADA EN DATOS**

ICC:

## SEDE PAISES ARBITRAJE ICC:

| PAÍSES | 2016 | 2017 | 2018 | 2019 | 2020 | 2021 | 2022 | 2023 |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| ANGOLA | 0 | 0 | 2 | 1 | 0 | 0 | 1 | 0 |
| BRASIL | 22 | 28 | 27 | 24 | 30 | 31 | 33 | 34 |
| CABO VERDE | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 |
| PORTUGAL | 0 | 2 | 2 | 5 | 8 | 1 | 2 | 3 |
| SAO. TOMÉ E PRINCIPE | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 |
| MOZAMBIQUE | 0 | 0 | 1 | 0 | 1 | 0 | 0 | 0 |
| HONG KONG | 8 | 18 | 10 | 14 | 19 | 3 | 7 | 6 |
| MACAO | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 |
| SINGAPUR | 26 | 38 | 27 | 32 | 26 | 39 | 28 | 30 |

*FUENTE: Estadísticas CCI Resolución de litigios*

La tabla muestra el número de casos de arbitraje administrados por la Corte Internacional de Arbitraje de la ICC en distintos países desde 2016 hasta 2023. Estos datos reflejan la evolución de la elección de sede arbitral en diferentes jurisdicciones, con un enfoque en países de habla portuguesa y principales centros asiáticos de arbitraje. Brasil y Singapur son las sedes de arbitraje más populares entre estos países, con un número considerable de casos anuales. Hong Kong también destaca, aunque con fluctuaciones a lo largo del tiempo. Portugal muestra un aumento gradual en casos, pero aún con cifras menores a Brasil y Singapur. Angola, Mozambique, Cabo Verde, Macao y Santo Tomé y Príncipe registran pocos o ningún caso, indicando que no son sedes arbitrales frecuentes. Singapur se ha consolidado como un "hub" global de arbitraje, con un número de casos que oscila entre 26 y 39 por año. Su atractivo reside en un marco legal sólido, el apoyo gubernamental y la presencia de instituciones de renombre como el Singapore International Arbitration Centre (SIAC). Sin embargo, la competencia con otros centros como Hong Kong y Londres, así como las tendencias globales, pueden influir en las fluctuaciones observadas en el número de casos.

Hong Kong, por su parte, ha experimentado variaciones más pronunciadas, con picos en 2017 y 2020, seguidos de un descenso en los años posteriores. Es probable que la incertidumbre política de los últimos años haya influido en esta tendencia, llevando a algunas partes a optar por Singapur como sede arbitral.
En contraste, Macao no ha registrado ningún caso de arbitraje ICC a pesar de su autonomía jurídica y su conexión con China y países de habla portuguesa. Esta ausencia podría explicarse por la falta de promoción del arbitraje en la región y la preferencia por sedes más consolidadas como Hong Kong o Singapur.

## N° de PARTES POR PAÍS:

| PAÍSES | 2016 | 2017 | 2018 | 2019 | 2020 | 2021 | 2022 | 2023 |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| ANGOLA | 5 | 7 | 6 | 4 | 8 | 1 | 1 | 2 |
| BRASIL | 123 | 115 | 117 | 133 | 150 | 119 | 161 | 80 |
| CABO VERDE | 0 | 0 | 2 | 0 | 0 | 2 | 0 | 0 |
| PORTUGAL | 16 | 9 | 6 | 16 | 30 | 7 | 17 | 19 |
| SAO. TOMÉ E PRINCIPE | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 |
| MOZAMBIQUE | 1 | 8 | 0 | 9 | 6 | 2 | 1 | 0 |
| HONG KONG | 25 | 20 | 21 | 21 | 33 | 25 | 24 | 18 |
| MACAO | 0 | 0 | 0 | 0 | 1 | 0 | 0 | 0 |
| SINGAPUR | 28 | 23 | 34 | 35 | 19 | 24 | 17 | 32 |

*FUENTE: Estadísticas CCI Resolución de litigios*

Esta tabla muestra el número de partes involucradas en procedimientos de arbitraje administrados por la Corte Internacional de Arbitraje de la ICC en distintos países entre 2016 y 2023. Los datos reflejan la participación de empresas, gobiernos y otras entidades de cada jurisdicción en disputas arbitrales internacionales.

Brasil se posiciona como el país con mayor número de partes involucradas en arbitrajes ICC, consolidándose como líder en América Latina. Singapur y Hong Kong mantienen una participación constante, lo que refleja su importancia como centros de arbitraje en Asia. Portugal, por su parte, muestra una tendencia fluctuante con picos en 2020 y 2023. En contraste, Angola, Mozambique y Macao presentan una participación baja o irregular, sugiriendo que no son actores principales en el arbitraje ICC. Finalmente, Cabo Verde y Santo Tomé y Príncipe registran una participación casi nula, indicando un uso muy limitado del arbitraje en esas jurisdicciones.

Singapur se ha consolidado como un importante centro de arbitraje en Asia, manteniendo una participación constante a lo largo de los años, aunque con una ligera caída en 2022 (17 partes) seguida de un repunte en 2023 (32 partes). Esto demuestra su estabilidad en el ámbito del arbitraje internacional, si bien en algunos años ha registrado menos partes que Hong Kong. Precisamente, Hong Kong ha mostrado una mayor fluctuación, con un pico en 2020 (33 partes), posiblemente impulsado por el aumento de disputas comerciales en medio de la pandemia y las tensiones geopolíticas. Sin embargo, la disminución en 2023 (18 partes) podría estar relacionada con el crecimiento de Singapur como alternativa preferida en la región. Por último, Macao ha tenido una presencia prácticamente nula en el arbitraje internacional, con una única parte involucrada en 2020 y ningún registro en los demás años. A pesar de su potencial como "hub" comercial, esta baja participación sugiere que las disputas comerciales se resuelven en otras jurisdicciones, como Hong Kong o China continental.

## N° de ÁRBITROS POR PAÍS:

| PAÍSES | 2016 | 2017 | 2018 | 2019 | 2020 | 2021 | 2022 | 2023 |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| ANGOLA | 0 | 0 | 1 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 |
| BRASIL | 71 | 77 | 78 | 62 | 88 | 97 | 126 | 60 |
| CABO VERDE | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 |
| PORTUGAL | 7 | 9 | 12 | 16 | 28 | 13 | 9 | 16 |
| SAO. TOMÉ E PRINCIPE | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 |
| MOZAMBIQUE | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 |
| HONG KONG | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 |
| MACAO | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 |
| SINGAPUR | 31 | 25 | 35 | 26 | 31 | 35 | 22 | 25 |

*FUENTE: Estadísticas CCI Resolución de litigios*

La tabla muestra el número de árbitros designados en procedimientos de arbitraje administrados por la Corte Internacional de Arbitraje de la ICC en distintos países entre 2016 y 2023.

Este dato refleja la participación de profesionales del arbitraje de cada país en la resolución de disputas internacionales. Singapur se destaca como un importante "hub" de árbitros en Asia, manteniendo una presencia constante en el arbitraje ICC con cifras que oscilan entre 22 y 35 árbitros por año.

Esta participación consistente evidencia la reputación y experiencia de los árbitros singapurenses en el ámbito internacional, consolidando a Singapur como un centro clave de arbitraje en la región. En contraste, Hong Kong, a pesar de ser un centro arbitral importante, no ha tenido árbitros registrados en la tabla. Macao tampoco registra árbitros.

Aunque puede sugerirse que la comunidad arbitral de esta región no ha logrado consolidarse en el ámbito internacional, esto se debe a que los árbitros de ambas SAR están integrados dentro de los de nacionalidad china.

## Otros centros:

| PAÍS | NOMBRE DE CENTRO ARBITRAL | NUMERO DE ARBITROS | NUMERO DE MEDIADORES |
|---|---|---|---|
| CHINA | WORLD TRADE CENTER MACAU (MACAO) | 6 | 0 |
| | HKIAC (HONG KONG) | 103 | 0 |
| | AALCO-HKRAC (HONG KONG) | 65 (SAR incl.) | 6 |
| | CIETAC (CHINA) | 372 | 266 |
| | SIAC/SIMC (SINGAPUR) | 43 | 85 |
| HONG KONG | WORLD TRADE CENTER MACAU (MACAO) | 16 | 4 |
| | HKIAC (HONG KONG) | 125 | 19 |
| | AALCO-HKRAC (HONG KONG) | - | 25 |
| | CIETAC (CHINA) | 73 | 11 |
| | SIAC/SIMC (SINGAPUR) | 16 | 2 |
| MACAO | WORLD TRADE CENTER MACAU (MACAO) | 47 | 169 |
| | HKIAC (HONG KONG) | 0 | 0 |
| | AALCO-HKRAC (HONG KONG) | - | 2 |
| | CIETAC (CHINA) | 6 | 3 |
| | SIAC/SIMC (SINGAPUR) | 0 | 0 |
| SINGAPUR | WORLD TRADE CENTER MACAU (MACAO) | 0 | 0 |
| | HKIAC (HONG KONG) | 59 | 0 |
| | AALCO-HKRAC (HONG KONG) | 1 | 1 |
| | CIETAC (CHINA) | 19 | 2 |
| | SIAC/SIMC (SINGAPUR) | 110 | 157 |

*FUENTE: Elaboración Propia*

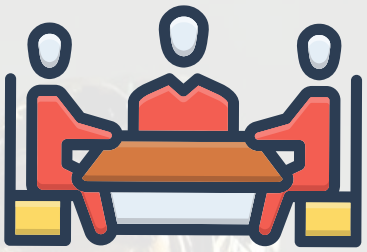
La tabla muestra la distribución de árbitros y mediadores en los principales centros de arbitraje de China, Hong Kong, Macao y Singapur. A simple vista, destaca el liderazgo de CIETAC (China) en la región, con el mayor número de profesionales afiliados.

CIETAC se posiciona como la institución arbitral más grande de la región, con un número significativamente mayor de árbitros y mediadores que cualquier otro centro. Este liderazgo refleja el crecimiento de China como potencia económica y su papel cada vez más relevante en el comercio internacional. No obstante, Hong Kong emerge como un centro clave para el arbitraje en la región, con una fuerte presencia de profesionales tanto en CIETAC como en sus propias instituciones, HKIAC y AALCO-HKRAC. La presencia de árbitros de Hong Kong en CIETAC sugiere una interconexión entre los sistemas legales y comerciales de China continental y Hong Kong, mientras que la fortaleza de HKIAC y AALCO-HKRAC demuestra la autonomía y especialización del centro de arbitraje de Hong Kong.

Macao presenta un perfil distintivo en comparación con otros centros analizados. A pesar de tener una presencia notable de profesionales en el World Trade Center de Macao (WTC Macau), destaca el predominio de mediadores sobre árbitros.

Esta tendencia sugiere que Macao se ha posicionado como un centro de resolución de disputas centrado en la mediación, lo que podría reflejar las particularidades de su entorno económico y legal, donde la conciliación y los acuerdos amistosos podrían tener una mayor relevancia. Sin embargo, su falta de profesionales en otras instituciones indica que no alcanzan una gran proyección internacional.

Singapur, a través del SIAC y del SIMC, se consolida como un centro de arbitraje y mediación en constante crecimiento. Si bien no alcanza el tamaño de CIETAC, el SIAC y el SIMC atraen a un número considerable de profesionales, especialmente árbitros y mediadores de Singapur.



**Macao no es una plaza arbitral de referencia. ¿Por qué no?**

Paradoja inicial

En 2020, un artículo en la Revista Ecuatoriana de Arbitraje decía que:

“Hoy en día, la Iniciativa de la Franja y Ruta o Belt & Road Initiative en China es, según algunos, el programa de construcción e inversión más grande emprendido en la historia de la humanidad. Dado que sus operaciones se extienden a través de las naciones y continentes, se espera que numerosas disputas surjan a lo largo del camino, y las instituciones arbitrales de la Asia-Pacífico ciertamente están deseando administrar y resolver un gran número de estas disputas.

Por otro lado, en la zona costera meridional de China, en febrero de 2019 se anunció el Plan de Desarrollo de la Zona de la Gran Bahía de Guangdong – Hong Kong – Macao (también conocida como la “Zona de la Gran Bahía”), con el objetivo de convertir la región en una megápolis de la innovación, avances tecnológicos y desarrollo económico. Se espera un aumento de las necesidades de servicios de solución de controversias procedentes de la región, ya que la Zona de la Gran Bahía prevé el crecimiento de la inversión extranjera, el comercio marítimo, los proyectos de infraestructura y construcción, así como una gran demanda en cuanto al desarrollo de la propiedad intelectual como parte de su estrategia de desarrollo.

A finales de 2019, el Gobierno Federal de Macao aprobó la nueva ley de arbitraje, la cual entró en vigencia en mayo de 2020 y aplica tanto para los procesos de arbitraje local o doméstico, como internacional. La nueva ley de arbitraje en Macao incorpora medidas provisionales, disposiciones de los árbitros de emergencia y participación de los tribunales en la recopilación de pruebas.

La reforma en la ley de arbitraje de Macao tiene el objetivo de promover los servicios de arbitraje de la región, posicionándoles estratégicamente como un destino de arbitraje viable entre países de habla portuguesa y la zona de la Gran Bahía, procurando aumentar el atractivo de Macao en materia de arbitraje"[19].

Dejando de lado que el gobierno local de Macao no es federal, y que la República Popular considera al Territorio una Región Administrativa Especial, el atractivo de Macao como enclave en China que aplica derecho civil y se expresa en portugués parece evidente. Sin embargo, la realidad demuestra que no hay arbitraje en Macao. Aunque sí que se ha celebrado hace poco (del 10 a 12 de octubre del 2024) un primer congreso de arbitraje lusófono[20]. Donde se ha dedicado una ponencia a esta cuestión y han asistido unos 50 delegados de Macao (37 %), Mozambique y Portugal (14% cada uno), R.P. China (10%), Brasil (6%), Guinea Bissau, Sao Tomé e Príncipe, Angola y Cabo Verde (un 4% de cada país) y hasta de Timor Leste (2%)[21].

Planteamiento

La Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional se crea en París en 1923 y ha superado los 29.000 casos en la actualidad. Desde hace unos pocos años ha abierto sedes en Hong Kong, Singapur, Nueva York, São Paulo y Abu Dhabi, desde donde administran casos, y quizá son sedes de arbitraje. Las sedes de Hong Kong y São Paulo se han abierto para gestionar y retener los múltiples casos de partes asiáticas y de Brasil, respectivamente.

El movimiento en Brasil ha consolidado el arbitraje ICC en ese país, con más de 100 partes brasileñas en los últimos años, situándose entre los 5 países con más partes en el arbitraje internacional administrado por la ICC. El portugués ya es la cuarta lengua en el arbitraje ICC -tras el inglés, y ha crecido, mucho, como el español que se ha colocado en segundo lugar, tras el francés que es ya la tercera-.

El arbitraje en Asia gira en torno a un par de plazas de referencia, con instituciones arbitrales locales -Hong Kong y Singapur-, y la ICC se ha instalado allí para competir en ese mercado arbitral, que se supone pujante por la vitalidad de las economías de la zona, en especial la de la RP China y la de Taiwán, aunque también la propia de las dos plazas en que se han instalado, Hong Kong y Singapur, como asimismo las de Japón, Malasia, Indonesia, o incluso la India.

En el Mercado chino hay las tres sedes del CIETAC -el sistema chino de arbitraje, creado por la propia administración-.

La selección de Hong Kong o de Singapur por delante de sedes en la China continental puede estar basada en que son enclaves capitalistas muy adelantados, con más libertades que en la República Popular, y con estado de derecho con tribunales independientes, pero también que son de tradición de "common law" y las de China son jurisdicciones civiles[22].

El punto en que ambas tendencias podrían convergir sería Macao. Con tradición de derecho civil, en portugués, y en el epicentro del mercado asiático. Pero nadie elige Macao como sede de sus arbitrajes. Tampoco hay una gran comunidad arbitral radicada en Macao.

Parece que sus eventuales virtudes no son valoradas. Mientras que Hong Kong ha mantenido o incluso incrementado su atractivo gracias a la inercia histórica y la voluntad británica, el potencial de Macao sigue sin desarrollarse, quizá por la naturaleza más acomodaticia de los portugueses, y la intención china de fijar los parámetros y condiciones de ese eventual uso foco arbitral.

Hipótesis

No hay duda de que el arbitraje ha crecido en todo el mundo, y que en Asia ha crecido especialmente. Tampoco parece discutible que el arbitraje ha crecido especialmente en aquellos lugares de referencia en la región, que coinciden en estar habitados por chinos y por tener un sistema jurídico basado en el inglés. Es decir, en Hong Kong y en Singapur. Ambas tienen sus propias instituciones arbitrales, pero si miramos las estadísticas de las mayores entidades administradoras de arbitrajes -como la Corte Internacional de Arbitraje de la ICC- se corrobora que una o la otra concentran el mayor número de sedes. No por otro motivo se han abierto oficinas en cada plaza, para atraer aún más asuntos y para administrarlos desde allí.

Vaciadas las estadísticas del arbitraje ICC con partes de habla portuguesa – presentación que se incluye-, los de partes chinas, de Taiwán, de la zona asiática, y constatado que el número de árbitros de países lusófonos y de Hong Kong no son cifras comparables, o comparando las sedes asiáticas, debemos plantear una hipótesis de por qué nadie opta por Macao.

Si miramos los datos del Hong Kong International Arbitration Centre, creado en 1985, cuyas estadísticas arrancan en 2009[23], sorprende que cada año las Islas Vírgenes Británicas estén en el tercer lugar del origen de las partes (tras el propio Hong Kong y las de la China continental) y Gran Cayman esté en 5°, Macao aparece de vez en cuando. Así, en 2009 fue sede de un arbitraje según las reglas de Hong Kong y se aplicó la ley de Macao una vez. Hubo partes de Macao en los pleitos sometidos a esas reglas de Hong Kong en 2011, 2012, 2015, 2016, 2017, 2018, 2019, 2022 y 2023, y se aplicó ley macaense en 2018 y 2022. Entre el 95 y el 100% de los casos se resolvían en Hong Kong mismo.

Al hacer un análisis similar al Singapur International Arbitration Centre[24], repasando sus informes anuales, siguen llamando la atención las partes que cada año proviene de las Islas Vírgenes Británicas o de Gran Cayman -muy superior al de partes británicas-, y gran número de casos de empresas de Singapur mismo y de Hong Kong. No consta, en cambio, ninguna referencia a Macao.

Macao tiene su propia entidad administradora de arbitrajes, el World Trade Center Macau Arbitration Center[25], o Centro de Arbitragem do Centro de Comércio Mundial Macau (antes Centro de Arbitragens Voluntárias do Centro de Comércio Mundial de Macau). Funciona con lista de árbitros, y todos son locales. 5 de la China continental, y el resto o de Hong Kong o de Macao. No parecen haber administrado ningún caso desde su fundación en 1998 -o no divulgan ni siquiera la cifra de casos- . Lo normal sería al menos reflejar la utilidad de la institución. Pero no hay ningún apartado con sus “casos”. Inesperadamente, tienen un grupo de árbitros muy específico: “Painel de Árbitros Para Litígios Relativos a Infiltrações de Água em Edifícios”. Aquí todos son macaenses.

Su dirección es Avenida da Amizade, No. 918, Edifício World Trade Center, 17° andar, MACAU. Está en la planta 17. En la planta 11 de ese mismo edificio hay otra institución arbitral. Centro de Arbitragem da Associação dos Advogados de Macau[26]. Todo parece que tampoco tiene mucha actividad. Aunque están las tarifas -en patacas de Macao- que se organizan por escalones -la vecina del piso 17 sólo pone las tarifas por fotocopias y grabación, también en patacas, la moneda local-. Tiene código deontológico y lista -no accesible- de árbitros, junto con la normativa local de arbitraje y los modelos de cláusula y de escrito de solicitud de arbitraje. No reseñan ni un solo caso, aunque la “web” está “en actualización”. Es cierto que hay un tercer centro arbitral en la península china que estuvo hasta 1999 bajo administración portuguesa. Este, al menos tiene una dirección diferente. El Centro de Mediação e de Arbitragem de Conflitos e Consumo de Macau[27].

Tiene listas de árbitros (son 4) y mediadores. Afortunadamente, éste sí que pone algunos casos como ejemplos de su trabajo[28]. No son muchos, pero haberlos, haylos. Son estadísticas sorprendentes Así, en 2021 tuvieron 114 casos. De ellos, en 5 las partes llegaron a un acuerdo, en uno ganó el consumidor, en otro ganó el operador comercial, y en los restantes 107 se "archivaron por otras razones"[29]. En 2022 hubo seis casos. No hubo ninguno que terminara con acuerdo. Los consumidores ganaron 4, el operador comercial uno y el restante se archivó. En 2023 tuvieron 15 casos, 2 terminaron con acuerdo, 4 acabaron ganando los consumidores, en 8 el comerciante y uno más se archivó "por otras razones" que no se determina. Hay que concluir que el mercado arbitral de Macao no ha brotado aún.

No toda institución arbitral tiene casos para administrar

Hace ya años, en Puerto Rico se planteó una situación parecida. Siendo un lugar de tradición de derecho civil continental, español, y estando bien comunicado con casi todos los países de Iberoamérica, aunque bajo soberanía estadounidense, parecería natural que las partes de la región que quisieran un lugar neutral, en Estados Unidos aunque en español, lejos de cada uno de sus Estados pero con las garantías de tener un sistema legal comparable, optaran por fijar sus casos en Puerto Rico.

Sin embargo, la realidad es que quien se lleva ese pastel es Miami -por más que en Madrid o en Ciudad de México haya más casos-. Aunque la jurisdicción de apoyo esté en inglés y aplicando "common law". Nadie parece entender por qué se produce esta paradoja.

Una parte de la respuesta es que las preferencias de las partes y el establecimiento de una plaza consolidad en el "mercado" global del arbitraje no depende de la publicidad, del "marketing", o de las ventajas objetivas que hacen competitivo un lugar, sino que muchas veces son decisiones apresuradas, intuitivas, irracionales.

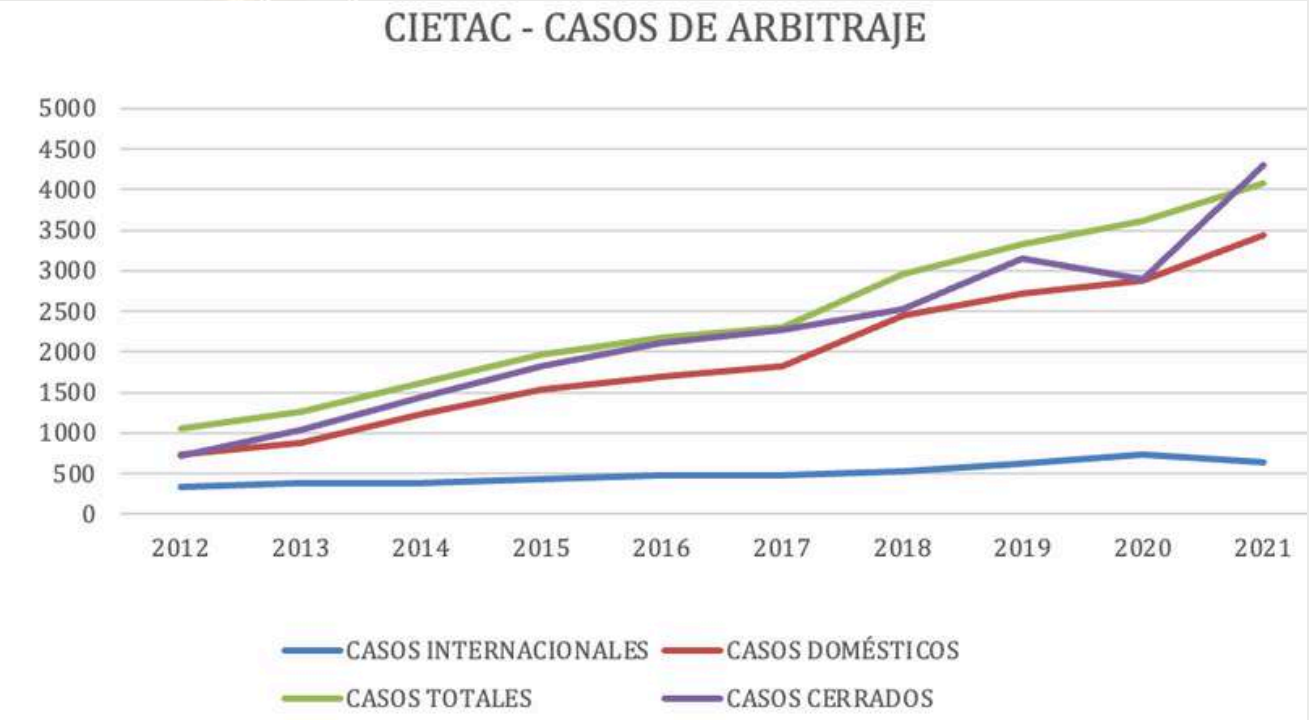
Además, disponer de una institución arbitral local no comporta, por sí misma, que haya casos que administrar o que esa plaza sea la elegida por partes de otros países para reunirse en un terreno neutral.

El ejemplo más llamativo es la Corte de Conciliación y Arbitraje de la OSCE (Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa) [30], que se creó en 1992, está en Ginebra y no ha tenido ningún caso en 33 años[31]. Está instalada en la zona de las diferentes organizaciones internacionales radicadas junto al lago Lemán, tiene miembros y hace simulaciones. Pero nada más. O el lapso de más de 60 años de la Corte Permanente de Arbitraje, que entre 1934 y 1996 no tuvo ningún asunto[32]. No dejó de existir. Sin embargo, hoy administra muchos casos de arbitraje de inversiones y ha abierto oficinas fuera de su sede principal en el Palacio de la Paz en La Haya. Las tiene en Buenos Aires, en Viena, Singapur, en Mauricio y en Hanoi[33].

Tener una institución arbitral no supone tener casos. Tener el conjunto de condiciones propicias (legales, culturales, económicas) no conlleva necesariamente tener asuntos arbitrales ni atraerlos a ese país bajo otras reglas de arbitraje. Siempre se empieza con un primer asunto y es posible que pasen años hasta ese primer asunto. O que no se supere la cifra de equilibrio hasta mucho después.

También la ICC tardó en tener asuntos. Si la institución, la Corte Internacional de Arbitraje, se creó en 1923, antes ya disponía de un Reglamento de Arbitraje, y se aplicó a 5 asuntos en 1921 y a 7 en 1922.

Entre 1923 y 1939 no superaron los 100 asuntos anuales. Entre 1940 y 1947 no superaron la decena de casos por año, y en 1944 no tuvieron ninguno (aunque se entiende, porque la Segunda Guerra Mundial lo interrumpió casi todo). Entre 1948 y 1967 la media de casos se volvió a situar como en los años 30, nunca superando los 100. Esa cifra se logró en 1968, 45 años después de la fundación de la Corte. A partir de entonces, los incrementos se aceleran. Se superan los 200 asuntos anuales en 1977. Los 300 en 1984. Los 400 en 1995. Los 500 en 1999. Los 600 en 2008.




*Fuente: Estadísticas CIETAC*

El grafico, que refleja los datos de la tabla precedente, muestra un aumento progresivo en la cantidad de casos gestionados por la CIETAC desde 2012 hasta 2021, tanto de carácter nacional como internacional.

Idiomas de arbitraje internacional

En cuanto al idioma de los procedimientos, dado que el número de arbitrajes nacionales de la Comisión Internacional de Arbitraje Económico y Comercial de China está en progresivo aumento, es necesario analizar el número de arbitrajes en chino e inglés/chino.

La CIETAC ofrece servicios en chino e inglés, adaptándose a las preferencias de las partes implicadas. Sin embargo, la CIETAC no pone a disposición datos precisos sobre la distribución de casos por idioma en las fuentes publicadas en la página web oficial.

| **Idioma** | **2011** | **2012** | **2013** | **2014** | **2015** | **2016** | **2017** | **2018** | **2019** | **2020** | **2021** | **2022** |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| **Inglés** | | | | | | | | | | | | |
| **Inglés/ chino** | | | | | | | | | | | | |
| **Total** | 10 | 33 | 51 | 58 | 71 | 59 | 57 | 79 (incluido el alemán) | 106 | 102 | 109 | 115 |

*Fuente: CIETAC*

La tabla evidencia que los idiomas utilizados son el inglés, el inglés y el chino y, en 2018, también el alemán. Estos datos son disponibles en la página web de la CIETAC.[35]

En 2016 las partes de los casos de la CIETAC, excluyendo China continental, provenían principalmente de Hong Kong, Estados Unidos, Corea del Sur, Singapur, Alemania, Reino Unido, Rusia, Japón, Taiwán y las Islas Vírgenes Británicas (BVI).

Como se destaca en los datos disponibles en la página web de la CIETAC, durante este año China siguió siendo el lugar de la mayoría de los casos aceptados por la CIETAC.

Las partes, al redactar cláusulas arbitrales, se ponen de acuerdo en elegir las principales ciudades de China continental. Algunos ejemplos de lugares elegidos para resolver las disputas son Shanghái, Shenzhen, Cantón y Chongqing.[36]

Además, es necesario comparar estos datos con los proporcionados por la ICC, para obtener un cuadro más completo.

| | 2000 | 2001 | 2002 | 2003 | 2004 | 2005 | 2006 | 2007 | 2008 | 2009 | 2010 | 2011 | 2012 | 2013 | 2014 | 2015 | 2016 | 2017 | 2018 | 2019 | 2020 | 2021 | 2022 | 2023 | TOTAL |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| **Inglés** | 258 | 246 | 259 | 278 | 241 | 247 | 220 | 245 | 305 | 311 | 371 | 392 | 374 | 377 | 367 | 407 | 363 | 397 | 473 | 466 | 451 | 504 | 455 | 400 | 8407 |
| **Francés** | 30 | 58 | 58 | 57 | 59 | 34 | 35 | 39 | 42 | 39 | 37 | 37 | 43 | 33 | 32 | 26 | 38 | 31 | 43 | 42 | 35 | 48 | 25 | 35 | 956 |
| **Espanol** | 13 | 14 | 22 | 21 | 25 | 18 | 19 | 24 | 20 | 25 | 22 | 30 | 32 | 24 | 23 | 31 | 36 | 39 | 31 | 32 | 24 | 31 | 48 | 43 | 647 |
| **Alemán** | 15 | 17 | 10 | 6 | 10 | 13 | 9 | 12 | 10 | 14 | 16 | 17 | 16 | 14 | 9 | 7 | 15 | 11 | 8 | 7 | 3 | 6 | 4 | 5 | 174 |
| **Portugués** | 9 | 3 | 2 | 5 | 4 | 7 | 2 | 5 | 7 | 10 | 11 | 15 | 10 | 10 | 9 | 12 | 15 | 17 | 24 | 20 | 21 | 31 | 24 | 24 | 242 |
| **Italiano** | 9 | 3 | 3 | | 3 | 4 | 4 | 7 | 6 | 5 | 9 | 2 | 4 | 3 | 4 | 2 | 2 | | 4 | 2 | 0 | 2 | 3 | 2 | 74 |
| **Polaco** | | | 3 | | | 2 | | 3 | 3 | 2 | 4 | | 2 | | | 2 | 1 | 3 | 2 | | 0 | 0 | 0 | 2 | 33 |
| **Griego** | | | | | 1 | | | 3 | 3 | | | 1 | | | 2 | 1 | 3 | 2 | 3 | 2 | 1 | 0 | 4 | 0 | 26 |
| **Checo** | | | | | 1 | | | | 2 | 2 | | 4 | 1 | | 2 | | 2 | | | | 0 | 1 | 0 | 0 | 15 |
| **Ruso** | | | 2 | 1 | | | | 2 | 3 | 1 | | | | 2 | | | 1 | | 2 | | 1 | 0 | 2 | 0 | 17 |
| **Chino** | | | | | | | | 3 | | | | 1 | 3 | | 3 | | | | 1 | 2 | 0 | 0 | 1 | 0 | 14 |
| **Rumano** | | | | | | | | | | | | | | 2 | 1 | 1 | 1 | 1 | | 5 | 3 | 0 | 1 | 1 | 16 |
| **Árabe** | | | | | | | 1 | 2 | 2 | | | | | 2 | | 1 | | 2 | | | 4 | 4 | 2 | 0 | 20 |
| **Turco** | | | | | 1 | | 1 | | | 1 | | 2 | 1 | | 1 | 1 | | | | 1 | 4 | 5 | 3 | 0 | 21 |
| **Inglés - romano** | | | | | | | | | | | | | | | | | | 4 | 2 | 2 | 2 | 3 | 6 | 0 | 19 |
| **Inglés - chino** | | | | | | | | 1 | 1 | 1 | | | | | 2 | 2 | | | | | 0 | 0 | 6 | 2 | 15 |
| **Serbio** | | | | | | | 1 | | 1 | 1 | | | | 1 | 3 | | | | | | 0 | 0 | 0 | 0 | 7 |
| **Hebreo** | | | | | | | | | | | | | | | | 2 | | 3 | | 1 | 0 | 0 | 0 | 0 | 6 |

*FUENTE: Estadísticas CCI Resolución de litigios*

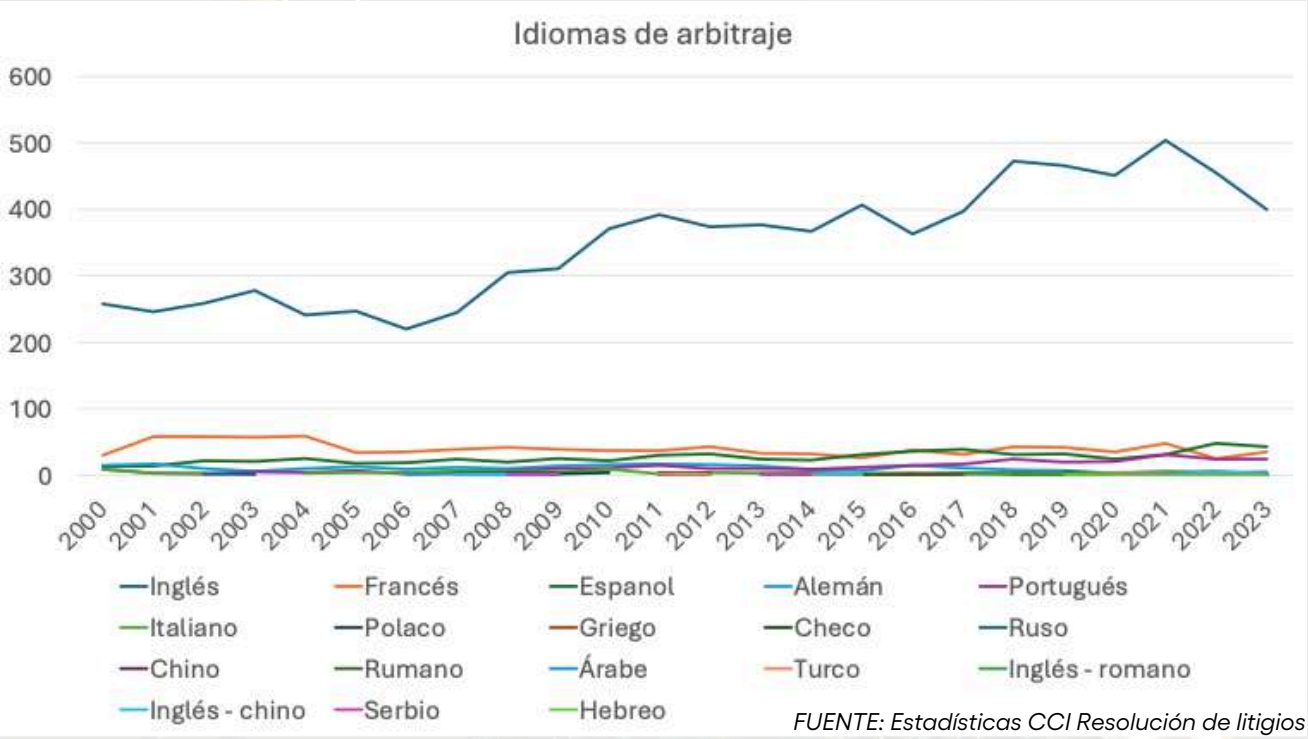
La tabla muestra el número de procedimientos de arbitraje administrados por la **Corte Internacional de Arbitraje de la ICC** en distintos idiomas. Estos datos reflejan la frecuencia de uso de un idioma en los casos de arbitraje desde el año 2000 hasta 2023.

La presencia del inglés es significativa, a pesar de una disminución en los últimos años.

El francés juega un papel importante, con fluctuaciones que lo mantienen prácticamente constante.

El uso del español en los procedimientos de arbitraje está en aumento, superando al francés en los últimos años. El portugués también parece estar creciendo en número de arbitrajes.

En contraste, la presencia del idioma chino en los casos de arbitraje ICC es casi inexistente.




*FUENTE: Estadísticas CCI Resolución de litigios*

A continuación, para apreciar mejor los datos, se presentan una tabla y un gráfico más detallados de los idiomas más usados en los casos de arbitraje por la **Corte Internacional de Arbitraje de la ICC** comparados con el chino desde el año 2011 hasta 2022.

| **Idioma** | **2011** | **2012** | **2013** | **2014** | **2015** | **2016** | **2017** | **2018** | **2019** | **2020** | **2021** | **2022** | **2023** |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| **Inglés** | 392 | 374 | 377 | 367 | 407 | 363 | 397 | 473 | 466 | 451 | 504 | 455 | 400 |
| **Francés** | 37 | 43 | 33 | 32 | 26 | 38 | 31 | 43 | 42 | 35 | 48 | 25 | 35 |
| **Español** | 30 | 32 | 24 | 23 | 31 | 36 | 39 | 31 | 32 | 24 | 31 | 48 | 43 |
| **Alemán** | 17 | 16 | 14 | 9 | 7 | 15 | 11 | 8 | 7 | 3 | 6 | 4 | 5 |
| **Portugués** | 15 | 10 | 10 | 9 | 12 | 15 | 17 | 24 | 20 | 21 | 31 | 24 | 24 |
| **Chino** | 1 | 3 | 0 | 3 | 0 | 0 | 0 | 1 | 2 | 0 | 0 | 1 | 0 |
| **Inglés/chino** | 0 | 0 | 0 | 2 | 2 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 6 | 2 |

*FUENTE: Estadísticas CCI Resolución de litigios*

Desde entonces, los gráficos son dientes de sierra. 2009 supera los 800, pero del 2010 al 2014 nos volvemos a situar en la franja de los 700. 2015 supera de nuevo los 800 y 2016 llega a casi 1000. 2017 a 2019 nos sitúa de nuevo alrededor de 800. 2020 ronda los 950, y 2021, 2023 y 2024 se sitúa de nuevo en los 800 y hay un bajón hasta los 700 en 2022. Parece que el techo de cristal está en los 1000. Pero no son cantidades escasas de asuntos.

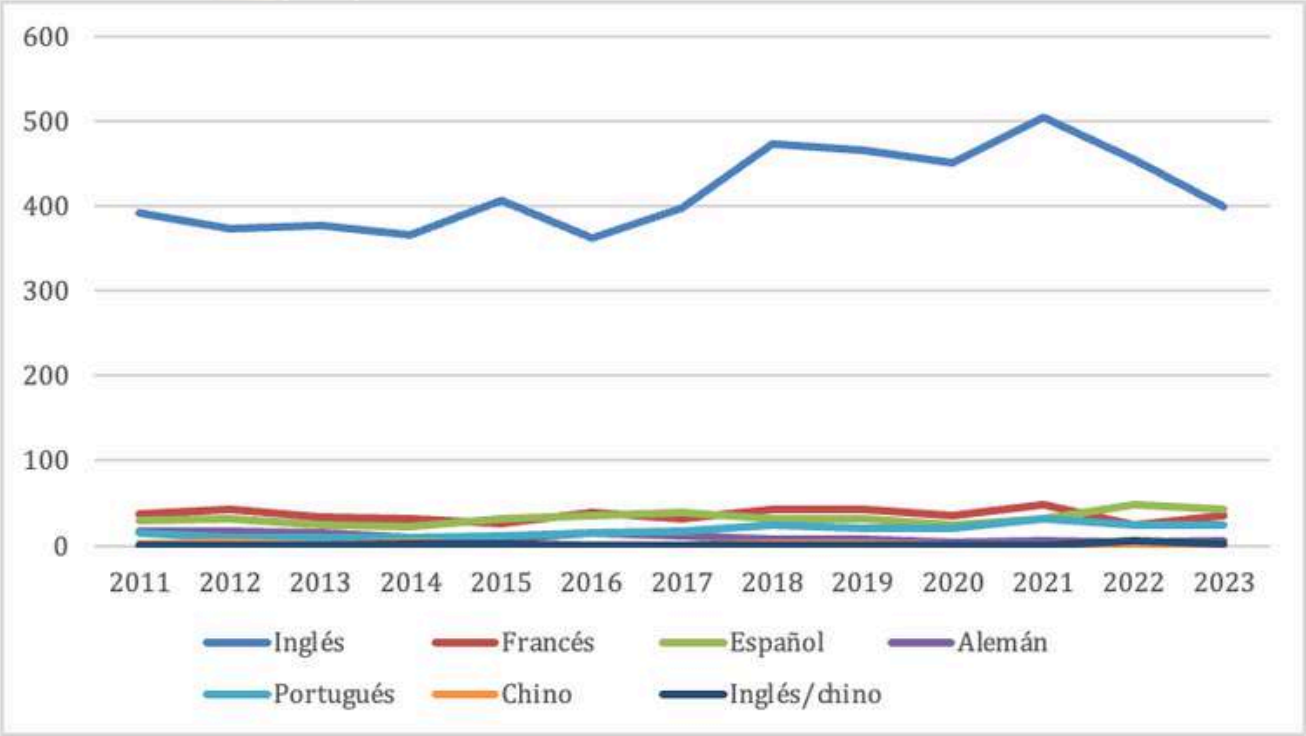
Hay un elemento de azar, de suerte, que permite disparar el uso del arbitraje. Ese mismo elemento imprevisible arrastra hacia un sitio u otro. Hay modas, tendencias, efectos gregarios en la selección de plazas arbitrales. Hay que aguantar hasta que se descubre que es un lugar ideal para futuros arbitrajes. Persistencia, perseverancia, estabilidad. Veremos si eso ocurre en el futuro con Macao.

## N° de CASOS GESTIONADOS POR LA CIETAC

| Año | 2012 | 2013 | 2014 | 2015 | 2016 | 2017 | 2018 | 2019 | 2020 | 2021 | 2022 | 2023 | 2024 |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| **Casos Internacionales** | 331 | 375 | 387 | 437 | 483 | 476 | 522 | 617 | 739 | 636 | 642 | 645 | 758 |
| **Casos Domésticos** | 729 | 881 | 1223 | 1531 | 1698 | 1822 | 2440 | 2716 | 2876 | 3435 | 3444 | 4592 | 5255 |
| **Casos Totales** | 1060 | 1256 | 1610 | 1968 | 2181 | 2298 | 2962 | 3333 | 3615 | 4071 | 4086 | 5237 | 6013 |
| **Casos Cerrados** | 720 | 1043 | 1432 | 1821 | 2111 | 2273 | 2524 | 3146 | 2892 | 4306 | 3822 | 4682 | 4988 |

*Fuente: Estadísticas CIETAC[34]*

La tabla muestra el número de casos gestionados por la Comisión Internacional de Arbitraje Económico y Comercial de China estructurado por año, entre 2012 y 2024. La **Comisión Internacional de Arbitraje Económico y Comercial de China (CIETAC)** ha registrado un aumento significativo en el número de casos administrados en la última década.




*FUENTE: Estadísticas CCI Resolución de litigios*

La evidencia demuestra un aumento significativo de los casos en español y portugués, a expensas de los casos en inglés, mientras que los casos en francés muestran una evolución fluctuante. Además, en la Corte Internacional de Arbitraje de CCI, los casos en chino e inglés/chino son prácticamente inexistentes.

**Conclusión**

Le elección del idioma y del lugar en los casos de arbitraje están influenciadas por las preferencias de las partes, y Macao no es un lugar elegido para los casos de arbitraje, ni en chino, ni en portugués, ni en inglés. Por lo tanto, el idioma no puede ser el motivo que explique por qué no se elige este lugar para establecer sus arbitrajes.

Macao, a pesar de su ubicación estratégica en Asia y su conexión con China y países de habla portuguesa, no ha emergido como un centro arbitral destacado. Una posible explicación es que las disputas en chino tienden a resolverse en Pekín, mientras que aquellas en inglés se orientan hacia centros ya consolidados como Singapur o Hong Kong. Esto sugiere que otros factores, como la experiencia institucional y la percepción internacional, son determinantes en la elección del lugar de arbitraje.

Es importante destacar que Hong Kong ha emergido debido a su enfoque en los servicios empresariales y financieros, lo que la vincula con entradas de capital extranjero. Singapur, por su parte, se centra en las inversiones en investigación y desarrollo, capital humano, y diversificación industrial. Además, la economía doméstica se fundamenta en los sectores manufacturero, financiero, de la información, tecnológico y de la comunicación.[37]

Por el otro lado, Macao ha registrado un impresionante crecimiento económico, pero no sigue sus modelos, ya que su economía está basada en el juego y el turismo.[38]

En conclusión, las dinámicas económicas y geopolíticas pueden influir en la percepción internacional de los posibles lugares de arbitraje, favoreciendo una preferencia por aquellos lugares que se basan en el comercio internacional y en la alta tecnología.

**Consulta aquí las referencias bibliográficas**

# Arbitraje Internacional y Peritaje: ¿Cómo dominar el juego?

El peritaje se ha consolidado como una herramienta indispensable en los procedimientos arbitrales, especialmente en aquellos casos en los que las cuestiones técnicas desempeñan un papel fundamental en la resolución de la controversia. A diferencia de procedimientos ante la judicatura, el arbitraje ofrece una mayor flexibilidad y especialidad en la selección de peritos, lo que conlleva tanto oportunidades como desafíos.

Como dice Redfren and Hunter "[e]l papel de los peritos en este contexto es asistir, educar y asesorar al tribunal arbitral de manera justa e imparcial en áreas especializadas (como técnicas, contabilidad forense o legal) relevantes para los problemas específicos en disputa entre las partes, en los cuales (algunos de) los árbitros no poseen la experiencia necesaria"[1]. No obstante, el desempeño del perito debe enmarcarse, incluyendo un entendimiento de las normas procesales aplicables y una estricta observancia de los principios éticos que rigen su actuación.

**Ana Sofía Mosqueda Gutiérrez**
Asociada
Galicia Abogados

Este artículo explora los desafíos asociados a la preparación y participación de los peritos en arbitrajes, analizando las mejores prácticas para maximizar la utilidad de sus contribuciones. Se examinarán las estrategias clave para garantizar la imparcialidad y objetividad del peritaje, así como las implicaciones de su intervención en un panorama arbitral cada vez más influenciado por la creciente complejidad de las disputas comerciales internacionales.

Asimismo, se reflexiona sobre la evolución del rol del perito en el arbitraje contemporáneo, destacando el impacto de las nuevas tecnologías en los procedimientos arbitrales.

**I. La Función del Peritaje en Arbitraje**

En el ámbito del arbitraje, particularmente en aquellos casos que involucran cuestiones técnicas o disputas de alta complejidad, el peritaje se erige como un recurso esencial para garantizar un análisis objetivo y fundamentado de los hechos. Su función trasciende la mera emisión de una opinión técnica, convirtiéndose en un mecanismo integral que ilustra, contextualiza y clarifica los problemas técnicos ante el tribunal arbitral.

**Consulta aquí las referencias bibliográficas**

Esta labor resulta especialmente relevante dado que, aunque los árbitros suelen ser juristas con vasta experiencia, a menudo carecen de la formación especializada necesaria para evaluar con precisión los elementos técnicos que subyacen en el fondo del caso.

El peritaje actúa, en este sentido, como un puente entre dos disciplinas fundamentales: el derecho y la técnica. Este nexo es crucial para permitir que los árbitros comprendan los aspectos técnicos, evaluando su impacto sobre la controversia y su relevancia para la resolución del conflicto. Al traducir conceptos complejos en términos accesibles y jurídicamente pertinentes, el perito desempeña un papel estratégico en la consolidación de decisiones bien fundamentadas, contribuyendo directamente a la calidad, precisión y legitimidad del laudo arbitral.

Como consecuencia, la función del perito no se limita a esclarecer cuestiones técnicas aisladas; su intervención abarca también la tarea de situar estas cuestiones en un contexto más amplio, analizando su interrelación con los demás aspectos del caso. Esto incluye, por ejemplo, evaluar si una presunta falla técnica responde a defectos de diseño, fabricación, mantenimiento o uso, así como estimar los daños económicos derivados de un incumplimiento contractual.

La capacidad del perito para presentar información técnica de manera clara es otro aspecto relevante. Su presentación al Tribunal Arbitral debe ser coherente y objetiva no solo facilitando la labor de los árbitros, sino que también logrando reforzar su confianza en los argumentos de las partes en el proceso arbitral.

En definitiva, el peritaje técnico no es un mero complemento del arbitraje, sino un pilar fundamental en procedimientos que exigen una evaluación técnica rigurosa y quizá es la cuestión a la que más atención se le debe poner en un procedimiento arbitral que tenga un componente técnico.

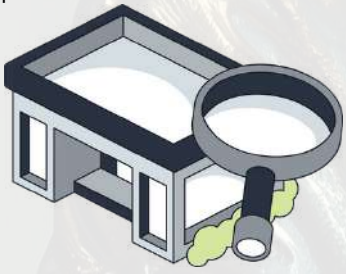
**1.1.La elección del Perito**

Una vez iniciado el procedimiento, o incluso en etapas previas a su inicio, resulta crucial identificar las áreas técnicas implicadas en la disputa. Para lograrlo de manera efectiva, es fundamental consultar al equipo técnico del cliente, quienes, debido a su experiencia directa con el conflicto, podrán proporcionar información precisa sobre las áreas técnicas involucradas.

Según un foro celebrado en Skadden, los expertos pueden asistir a las partes al identificar tanto los aspectos fuertes como las debilidades de su caso. No obstante, se advierte sobre el uso irresponsable de la prueba pericial.[2]

Aquí algunas recomendaciones clave para la selección de un perito en un procedimiento arbitral:

- En campos técnicos donde hay pocas personas lo suficientemente calificadas para emitir una opinión experta, puede ser prudente identificar y designar a un perito lo antes posible.[3]
- Las partes deben buscar peritos con integridad e independencia de criterio. Peritos sin estas características no serán útiles si no persuaden al Tribunal Arbitral con su conocimiento[4].
- El perito debe verificar si existe algún conflicto de interés con cualquiera de las partes involucradas.
- La experiencia previa en audiencias es altamente deseable.
- El perito deberá realizar un análisis de disponibilidad para poder atender la disputa de manera efectiva[5].
- En casos con alta complejidad técnica es de utilidad la contratación de un perito para la elaboración de un reporte preliminar donde se puedan plasmar sus conclusiones y las probabilidades de éxito en el procedimiento arbitral.

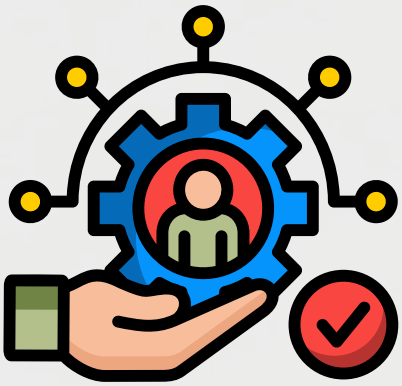


- Las habilidades técnicas del perito son tan importantes como sus habilidades de comunicación verbal. Es fundamental asegurarse de que el perito tenga capacidad para transmitir sus conclusiones de manera clara.
- Al contratar equipos de peritos, es crucial identificar quién será el encargado del análisis, de la repartición de tareas, de la comunicación con el cliente y con el equipo legal.

**1.1.Equilibrio entre Independencia y Estrategia: El Desafío del Perito en Arbitraje**

En los procedimientos arbitrales, los peritos son con frecuencia designados por cada una de las partes, lo que introduce un debate recurrente sobre su imparcialidad y objetividad. Aunque los peritos están obligados, a actuar con independencia y a proporcionar evaluaciones técnicas fundamentadas, su designación por una de las partes puede situarlos en una posición delicada. Lo anterior, pues los informes periciales adquieren un carácter estratégico dentro de la narrativa procesal de la parte que los ha contratado.

En el ámbito del arbitraje internacional, la independencia del perito ha adquirido una relevancia crítica, especialmente en un entorno donde las relaciones profesionales pueden ser extensas y complejas. A medida que el arbitraje internacional se consolida como un mecanismo preferente para resolver disputas transnacionales, el papel del perito no solo se ha intensificado, sino que también ha quedado bajo un escrutinio ético y normativo cada vez mayor.



Un desafío importante en este contexto radica en la capacidad del perito para mantener su objetividad, particularmente en situaciones en las que existen relaciones previas con una de las partes, los abogados que las representan, o incluso con otras partes del caso. En un mercado global de arbitraje altamente competitivo, es común que los peritos de renombre trabajen en múltiples jurisdicciones y colaboren con diversas firmas legales, lo que aumenta el riesgo de conflictos de interés, reales o percibidos.

La comunidad internacional ha reconocido la importancia de mejorar la independencia y la imparcialidad de los peritos en arbitraje mediante iniciativas como el “Chartered Institute of Arbitrators’ Protocol for the Use of Party Appointed Expert Witnesses in International Arbitration”[6].

Este protocolo establece en su Artículo 4 que la opinión de un perito debe ser imparcial, objetiva, libre de sesgos y no estar influenciada por las presiones del proceso de resolución de disputas ni por ninguna de las partes[7].

El protocolo establece una declaración de independencia para los peritos designados por las partes, destacando su deber hacia el tribunal para asegurar su objetividad. También introduce estrategias como conferencias conjuntas, intercambio de informes preliminares y el “hot tubbing”, un método en el que los peritos presentan sus testimonios simultáneamente, buscando reducir las diferencias entre ellos y fomentar una discusión más clara.

El arbitraje internacional impone, por tanto, un estándar más elevado en términos de independencia y transparencia. Los peritos no solo deben abstenerse de cualquier conducta que pueda comprometer su imparcialidad, sino que cada vez más tendrán la responsabilidad de revelar cualquier posible conflicto de interés desde el inicio de su designación. Esto incluye no solo relaciones económicas o comerciales, sino también vínculos profesionales, académicos o personales que puedan influir, o dar la apariencia de influir, en su juicio profesional.

En este sentido, el Artículo 5 (2) de las Reglas de la IBA también ofrece un marco útil al establecer que un perito designado por una de las partes debe revelar su relación actual y pasada con cualquiera de las partes, sus asesores legales y el tribunal arbitral y proporcionar una declaración de su independencia respecto a las partes, sus asesores legales y el tribunal arbitral[8].

En este contexto, tanto los árbitros como las partes tienen un papel clave en la supervisión de la selección y desempeño de los peritos. Es fundamental que se preste atención a las implicaciones éticas que pueden surgir, especialmente cuando el perito ha mantenido relaciones previas con las partes. La falta de diligencia en la identificación y gestión de estos conflictos puede socavar la percepción de justicia del procedimiento y, afectar la ejecución del laudo arbitral.

En última instancia, la imparcialidad y la independencia del perito son fundamentales para garantizar la legitimidad del arbitraje internacional como mecanismo de resolución de disputas. La aplicación de altos estándares éticos, combinada con una supervisión efectiva por parte de los árbitros y las partes, constituye un pilar esencial para preservar la confianza en el sistema arbitral y en las decisiones que de él emanan.

**2. Estrategias de Preparación y Capacitación del Perito**

**2.1. La Preparación para la Audiencia**

La preparación de un perito para el arbitraje no debe limitarse a la adquisición de conocimientos técnicos en su campo de especialización.

Aunque la competencia técnica es fundamental, el peritaje en arbitraje requiere, en los casos en los que los peritos no estén familiarizados con el procedimiento, una formación integral que también abarque los aspectos procesales, normativos y éticos del procedimiento arbitral.

La mayoría de los reglamentos arbitrales, como los de la Cámara de Comercio Internacional o la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, incluyen disposiciones relacionadas con la presentación de pruebas periciales. Sin embargo, estos reglamentos institucionales ofrecen escasa orientación sobre cómo gestionar de manera eficiente a los peritos[10].

Una de las áreas más relevantes para el perito es la comprensión de las normas relativas a la recopilación y presentación de pruebas. A diferencia de los procedimientos judiciales tradicionales, el arbitraje puede presentar reglas más flexibles y menos formales sobre cómo se admiten y se gestionan las pruebas.

Sin embargo, el perito debe estar al tanto de las prácticas particulares relacionadas con la presentación de informes periciales, así como las expectativas de los árbitros respecto a la exhaustividad, objetividad y claridad. Además, los peritos deben entender las implicaciones de su rol en relación con la admisión de pruebas, y la objeción de pruebas, ya que estos aspectos son esenciales para mantener la imparcialidad y el equilibrio en el proceso.

En el arbitraje, el contrainterrogatorio de los peritos puede ser sustancialmente distinto al de un juicio judicial, lo que requiere que el perito esté preparado para presentar y defender sus conclusiones de forma efectiva durante las audiencias. Además, el manejo de los plazos es crucial en el arbitraje, ya que cualquier retraso en la entrega de informes periciales o en la respuesta a las solicitudes de las partes puede poner en riesgo la integridad del proceso y la ejecución del laudo arbitral.

El perito no debe asumir el rol de un defensor o abogado, y su intervención debe circunscribirse a aspectos técnicos y objetivos.

Una capacitación adecuada debe ayudar al perito a entender cómo gestionar las expectativas de las partes y los árbitros, y cómo ajustarse a los límites éticos y procesales de su participación.

Por otro lado, los abogados también deberán tener cuidado de realizar una preparación ética de los peritos. Existe una diferencia entre preparar a un perito y entrenarlo para la presentación de conclusiones. Aunque los abogados no pueden guiar a un perito sobre lo que debe decir ni fabricar pruebas, sí pueden asistir al perito sugiriendo una elección de palabras que puedan utilizarse para que el significado de lo que pretende decir quede claro[10].

La preparación en ética garantiza que el perito se mantenga al margen de cualquier influencia externa y que su contribución otorgue un enfoque útil para el Tribunal Arbitral.

En resumen, la capacitación de un perito para el arbitraje debe ser integral, abarcando tanto su especialización técnica como los aspectos procesales y normativos del arbitraje. Esta formación asegura que el perito pueda desempeñar su función de manera adecuada, con pleno conocimiento de las reglas y principios que rigen el arbitraje, y con un firme compromiso con la imparcialidad y la ética profesional.

**2.2. Preparación del abogado para el contrainterrogatorio**

Una de las actividades más complejas en un procedimiento arbitral es la preparación adecuada del contrainterrogatorio dirigido a los peritos, ya que esta fase puede ser determinante para la resolución del caso.

Gary Born explica que, en las jurisdicciones de common law, es habitual realizar contrainterrogatorios agresivos que cuestionan tanto el contenido del testimonio como la credibilidad del testigo, algo que los abogados de derecho civil suelen considerar inapropiado o innecesario.

Además, los abogados de common law tienden a realizar contrainterrogatorios más detallados y con preguntas de seguimiento más incisivas que los de derecho civil[11].

En particular, los abogados de derecho civil, a pesar de no tener estas prácticas integradas en su formación tradicional, deben considerar la importancia de adoptar y dominar estas técnicas. Esto no solo responde a la necesidad de nivelar el terreno en procedimientos internacionales, sino también de garantizar una representación efectiva y exhaustiva en disputas complejas.

El contrainterrogatorio no solo pone a prueba la credibilidad y la coherencia del testimonio del perito, sino que también permite evidenciar debilidades en su informe o en la forma en que ha llegado a sus conclusiones. La estrategia de preparación de un contrainterrogatorio debe ser meticulosa y estar basada en un análisis profundo del informe pericial, así como de los argumentos de la parte contraria.

A continuación, comparto algunas estrategias clave para garantizar que el contrainterrogatorio sea efectivo y bien fundamentado[12]:

- **Trabaje estrechamente con su perito para entender en detalle el informe** del perito contrario. Pida a su perito que identifique debilidades en el informe que puedan convertirse en preguntas para el contrainterrogatorio. Solo podrá contrainterrogar sobre lo que realmente comprenda;
- **Revise el informe pericial buscando incoherencias** o conclusiones no fundamentadas. Busque construcciones impersonales, indicaciones de incertidumbre y afirmaciones subjetivas, ya que pueden reflejar debilidad en el análisis. También esté atento a exageraciones que puedan ser puntos de ataque.

- **Verifique la base probatoria del informe**. Asegúrese de que el perito haya realizado inspecciones, pruebas o revisado la documentación relevante. También debe citar literatura científica o técnica. Tenga cuidado con los peritos que dependen exclusivamente de su experiencia personal o de las instrucciones del cliente;
- **Identifique los supuestos en los que se basa el perito.** Aunque es razonable que un perito haga supuestos, es importante exponerlos como tales durante el contrainterrogatorio y probar si las conclusiones cambiarían si los supuestos fueran distintos. Los peritos a veces ajustan sus supuestos para respaldar las conclusiones que desean;
- **No asuma que los árbitros entenderán puntos técnicos complejos** solo porque usted lo haga;
- **Solo ataque la credibilidad o el sesgo de un perito si la evidencia es sólida**. Los árbitros experimentados saben que los peritos pueden haber trabajado con el mismo bufete de abogados varias veces, pero su influencia dependerá más de la calidad del informe que del historial del perito.

David Roney, socio de Sidley Austin LLP, explica que al preparar el contrainterrogatorio de un perito, es útil entender su opinión como basada en cinco pilares fundamentales: la independencia del perito, sus calificaciones, la consistencia de su testimonio, las instrucciones y suposiciones en las que se basa, y la correcta aplicación de las metodologías. Si uno de estos pilares se debilita o se destruye durante el contrainterrogatorio, el dictamen del perito pierde credibilidad y su testimonio queda vulnerado ante el Tribunal Arbitral[13].

**2.3 Preparación del Perito para el contrainterrogatorio**

En arbitrajes de alto nivel, los peritos son sometidos a contrainterrogatorios que pueden ser intensos y estratégicos. La habilidad para manejar este tipo de situaciones es vital. Los peritos deben estar entrenados para responder de manera efectiva a preguntas difíciles sin comprometer la solidez técnica de sus informes.

La preparación incluye prácticas en simulaciones de audiencias, donde los peritos pueden ensayar posibles escenarios de interrogatorio y detectar la objetividad en sus respuestas.

El contrainterrogatorio de un perito puede ser un momento decisivo en el arbitraje, ya que representa una oportunidad para las partes adversas de poner a prueba la fiabilidad y consistencia de las conclusiones del perito. La preparación del perito para este tipo de intervención debe ser meticulosa y estratégica, ya que no solo depende de la solidez del informe pericial, sino también de la capacidad del perito para defender sus conclusiones en un entorno de alta presión. A continuación, se exponen algunas recomendaciones clave para mejorar la eficacia de un perito durante el contrainterrogatorio:

(i) Conocimiento Integral del Informe

El primer paso para enfrentar un contrainterrogatorio con éxito es asegurar que el perito tenga un dominio absoluto sobre el contenido de su informe pericial. Esto implica no solo una comprensión profunda de las conclusiones y las metodologías empleadas, sino también de los datos, cálculos y referencias en los que se sustenta el informe.

El perito debe ser capaz de explicar, con total claridad, cada aspecto del informe y justificar las decisiones tomadas a lo largo del proceso de análisis. Además, es esencial que el perito anticipe las posibles críticas y objeciones que pueden surgir durante el contrainterrogatorio, ya sea sobre la validez de los métodos utilizados o sobre la interpretación de los datos. Prepararse para todos los posibles escenarios permite al perito mantener su postura firme y defender su trabajo con argumentos sólidos.

**(ii) Estrategias de Respuesta a contrainterrogatorio**

Durante el contrainterrogatorio, las preguntas pueden ser técnicas, desafiantes y, en ocasiones, manipulativas. Por lo tanto, el perito debe dar respuestas claras, precisas y directas que refuercen la credibilidad de su informe. Las respuestas deben ser concisas y, siempre, respaldadas por hechos o referencias verificables. El perito debe evitar entrar en detalles excesivos que puedan generar confusión o abrir la puerta a nuevas críticas.

Asimismo, se recomienda que el perito utilice ejemplos claros y comprensibles para ilustrar sus puntos, asegurando que sus respuestas sean accesibles incluso para aquellos árbitros que no posean conocimientos técnicos profundos en la materia. En caso de no saber la respuesta a una pregunta, es preferible admitirlo con honestidad y sugerir que se aborde dicha cuestión en memoriales de conclusión.
Algunas recomendaciones para las respuestas de los peritos son las siguientes[14]:

- Mantener las respuestas breves y centradas;
- No dar explicaciones que no se le hayan pedido;
- Si el interrogador trata de limitar a una respuesta de sí o no, probablemente sea porque se beneficia de ese tipo de respuesta. Si la respuesta necesita un contexto más allá de un simple "sí" o "no", darlo;
- Tomarse unos segundos antes de responder a las preguntas. Esto le permitirá pensar con claridad la respuesta y dará tiempo a los abogados para objetar la pregunta si es necesario;
- Deténgase en caso de objeciones. Si se formula una objeción, detenga inmediatamente lo que está diciendo y espere a que el Tribunal Arbitral tome una decisión;
- No entable discusiones con el interrogador; no discuta con el abogado contrario;
- Si no entiende la pregunta, pida tantas reformulaciones como sean necesarias y no adivine;
- Si el interrogador hace referencia a un documento o texto, pedir que se lo muestre;
- La audiencia es para Tribunal, no para el abogado de la parte contraria, el cliente o sus abogados. El objetivo es dar claridad al Tribunal Arbitral.

En otras palabras, como lo explica acertadamente Luke Steadman de la reconocida firma de peritos A&M, “[u]n "buen" perito es aquel que defiende su propia opinión independiente, debidamente respaldada de manera objetiva, la cual puede (o no) coincidir exactamente con el caso del abogado que lo ha contratado. Un buen informe pericial proporcionará al tribunal el lenguaje necesario para abordar los temas periciales ante él y asegurará que dichos temas estén correctamente articulados, con sus márgenes o límites bien definidos para el tribunal. Un mal perito es aquel cuya evidencia simplemente refleja lo que cree que su cliente quiere que diga, sin ofrecer al tribunal una manera de abordar los problemas que debe decidir.”[15]

**(iii) Manejo de las emociones**

El contrainterrogatorio es, a menudo, una prueba psicológica tanto para el perito como para el abogado de la parte contraria. Las preguntas pueden ser incisivas, agresivas o diseñadas para provocar una reacción emocional.

El perito debe estar preparado para mantener la calma y la compostura, sin sucumbir a la presión o caer en provocaciones. Una de las habilidades más importantes en este contexto es la capacidad para controlar las emociones y responder de manera tranquila y profesional. El perito debe estar preparado para responder de manera firme y sin titubeos, sin dejar que la parte contraria logre desestabilizarlo.

El contrainterrogatorio de peritos en arbitrajes de alto nivel es un momento crítico que requiere preparación técnica, estratégica y emocional. Un perito bien preparado domina su informe, anticipa posibles objeciones y responde con claridad, brevedad y fundamento, manteniendo siempre su independencia y objetividad.

Además, debe manejar la presión emocional con profesionalismo, evitando provocaciones y enfocándose en asistir al tribunal con información clara y precisa.

Como bien se señala, la credibilidad de un buen perito no solo radica en su conocimiento técnico, sino también en su habilidad para comunicar y defender sus conclusiones con confianza ante cualquier interrogante.

**3. El Futuro del Peritaje en Arbitraje: Innovaciones y Desafíos**

El futuro del peritaje en arbitraje está experimentando una evolución constante, el avance de nuevas tecnologías y la aparición de áreas de especialización altamente sofisticadas.

Con el crecimiento de sectores emergentes, las disputas comerciales internacionales se están volviendo cada vez más complejas, lo que requiere peritos con conocimientos profundos en nuevas áreas de conocimiento.

*"A medida que la tecnología se adentra más en los mercados existentes, se introduce en nuevos sectores y se emplea para nuevos usos, aumenta la probabilidad de que surjan disputas derivadas de estos avances."[16]*

A medida que estos nuevos desafíos surgen, también lo hacen las innovaciones en la preparación y formación de los peritos, quienes deben estar mejor equipados que nunca para enfrentar disputas que exigen una comprensión avanzada de estos temas.

El peritaje también está evolucionando rápidamente para adaptarse a la integración de nuevas tecnologías en el entorno comercial global. Con el vertiginoso avance de áreas como la inteligencia artificial, la automatización y la realidad aumentada, las disputas que surgen requerirán de peritos altamente especializados en este tipo de instrumentos. Estos nuevos campos presentan una serie de desafíos tanto técnicos como legales que requerirán nuevos sets de habilidades en los peritos y un entendimiento profundo de las implicaciones tecnológicas en los contextos comerciales y jurídicos.

Un claro ejemplo de esta evolución lo protagonizó recientemente el juez Andrew Siegel, del Condado de Broward, quien se convirtió en el primer Juez en utilizar realidad aumentada para experimentar la recreación de la perspectiva del acusado, presentada por un experto de la defensa[17].

Este hecho pone de relieve una realidad innegable: la realidad aumentada ha llegado para quedarse, y cada vez más peritos deberán incorporar esta herramienta para enriquecer la experiencia del Tribunal Arbitral al analizar sus dictámenes.

La innovación radica en que, con esta tecnología, el Tribunal Arbitral no solo imaginará cómo ocurrieron los hechos, sino que tendrá la oportunidad de vivirlos de manera inmersiva, logrando así una comprensión más precisa y directa de las circunstancias del caso.

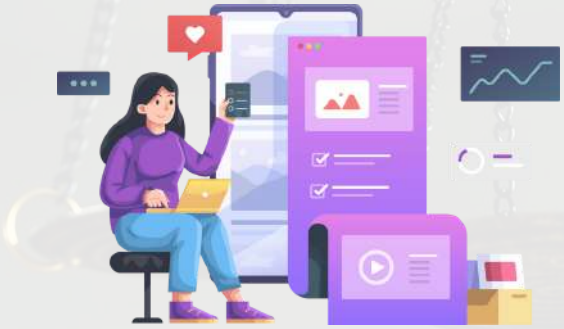
La revista Forbes informó sobre un estudio realizado en Australia por investigadores de la Universidad de Australia del Sur, en el cual los participantes analizaron una escena del crimen mediante fotografías o a través de una simulación de realidad virtual (VR). Los resultados del estudio revelaron que quienes experimentaron la simulación en VR demostraron una capacidad significativamente superior para recordar la ubicación de las pruebas y llegaron a veredictos más consistentes en comparación con aquellos que solo observaron fotografías.[18]

Los avances en la tecnología también están redefiniendo la forma en que los peritos se preparan para los casos.

Las herramientas de análisis de datos, la inteligencia artificial y las plataformas de gestión de información despiertan nuevos debates sobre qué tipos de herramientas podrán utilizar los peritos para apoyarse en la elaboración de sus dictámenes periciales.

Algunos opinan que, por ejemplo *"[l]os peritos deben tratar la inteligencia artificial como una herramienta para descubrir posibles evidencias, pero siempre validar de manera independiente los hallazgos. La IA puede identificar patrones o señalar anomalías, pero es el perito humano quien debe determinar qué constituye evidencia y cómo debe interpretarse y presentarse ante el tribunal."[19]*

La incorporación de nuevas tecnologías a los procedimientos arbitrales dependerá de las directrices y reglamentos que se emitan en los próximos años. Sin embargo, históricamente, el arbitraje internacional ha sido pionero en la adopción de avances tecnológicos, desde el uso del fax para acelerar comunicaciones hasta la implementación de plataformas digitales para audiencias virtuales.



Este carácter innovador permite anticipar que tecnologías emergentes encontrarán su lugar en este ámbito, mejorando la eficiencia del sistema. En un futuro cada vez más cercano, el peritaje se beneficiará aún más de la integración de estas tecnologías, que no solo aumentan la eficiencia del análisis, sino que también permiten ofrecer respuestas más precisas y detalladas en tiempos más reducidos.

**4. Conclusiones**

En el contexto del arbitraje internacional, el papel de los peritos es crucial para el desarrollo de un procedimiento justo y eficiente.

A medida que las disputas se vuelven más complejas y técnicas, los expertos se convierten en una herramienta indispensable para los tribunales arbitrales. Sin embargo, su rol también conlleva una serie de desafíos relacionados con la independencia y la imparcialidad, aspectos que son fundamentales para garantizar la credibilidad de su testimonio y la integridad del laudo arbitral. Tal como señalan las normativas y los protocolos vigentes, la independencia del perito no es solo un requisito ético, sino una condición sine qua non para que el desahogo de la prueba pericial sea considerado válido y eficaz.

Además, la preparación adecuada de los peritos, tanto en el proceso de selección como en su intervención durante el arbitraje, es un factor determinante para el éxito del procedimiento. Como se ha señalado, los informes periciales deben ser claros, detallados y coherentes, con una explicación exhaustiva de las metodologías utilizadas y las conclusiones alcanzadas. La transparencia en la relación entre el perito y las partes involucradas también juega un papel esencial. Las reglas del arbitraje, como las de la IBA, exigen una divulgación completa sobre cualquier posible conflicto de interés que pueda comprometer la imparcialidad del perito

Sin embargo, el trabajo del perito no solo se limita a la entrega de un informe técnico. Su capacidad para defender sus conclusiones durante el contrainterrogatorio y explicar, en términos accesibles, la complejidad de su análisis es crucial. La habilidad del perito para comunicar sus opiniones y servir de interprete del Tribunal Arbitral para la tomar decisiones fundamentadas es crucial.

En este sentido, el perito debe tener clara su misión, ser un aliado del tribunal y no un defensor ciego de una de las partes.

Por último, en un mundo cada vez más interconectado y tecnológicamente avanzado, el papel de los peritos en el arbitraje internacional seguirá evolucionando. Con el avance de nuevas tecnologías y métodos de análisis, por lo que será necesario que los peritos se mantengan actualizados y estén preparados para adaptar sus enfoques a los nuevos desafíos.

**Consulta aquí las referencias bibliográficas**

# Ilegalidad de Suspensiones Judiciales de Arbitrajes

Comisión de Arbitraje & ADR
ICC México

Algunos jueces en México han ordenado suspensiones de arbitrajes. La parte que solicita este tipo de órdenes busca evadir el acuerdo arbitral a través de la presentación de una demanda ante los tribunales jurisdiccionales.Esto es ilegal.

Las pretensiones que comúnmente se plantean en esas demandas son (i) la declaración de nulidad del acuerdo de arbitraje o del contrato que lo prevé (indistintamente), y (ii) prestaciones que, en su caso, podrían pedir en un arbitraje (pagos, entregas, declaraciones, etc.)

Estas órdenes de suspensión se han conseguido a través del dictado de medidas cautelares cuyos efectos, generalmente, han sido los siguientes: (i) ordenar a las partes no iniciar o continuar con un arbitraje; (ii) ordenar a tribunales arbitrales y a instituciones administradoras no iniciar o continuar el arbitraje; y, (iii) privar de efectos a las cláusulas arbitrales.

Es ilegal una orden judicial de suspender el inicio o trámite de un arbitraje y/o dejar temporalmente "sin efectos" a una cláusula arbitral.

**a) Las partes tienen el derecho constitucionalmente protegido de acudir a un arbitraje y que se respete su voluntad de pactar una cláusula arbitral**

En México, el arbitraje goza de la misma protección constitucional que los procedimientos que se ventilan ante los tribunales del Estado para la resolución de disputas.

El artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos ("**Constitución**") establece el derecho fundamental de los gobernados a regular la resolución de sus controversias mediante mecanismos alternativos a la tutela por la vía judicial. Tal derecho incluye el derecho a contar con procedimientos arbitrales eficaces, no accidentados y sin intervención de la autoridad. De hecho, en materia de arbitraje existe el principio de mínima intervención de los órganos jurisdiccionales, privilegiando la voluntad de los particulares (Artículo 1421 del Código de Comercio; "**CCom**").

Dentro del derecho de acceso efectivo a la justicia, se encuentra aquel a elegir entre el derecho a solucionar un conflicto ante la justicia ordinaria (derecho fundamental a la tutela judicial), y el derecho a optar por mecanismos alternativos para la solución de controversias (entre ellos, el derecho fundamental de someterse al arbitraje).

El derecho fundamental de someterse al arbitraje conlleva la no-intromisión del poder judicial o de cualquier autoridad estatal en los procedimientos arbitrales. Cualquier acto de intervención de una autoridad estatal para determinar cuestiones que son competencia de un árbitro viola el derecho fundamental a arbitrar.

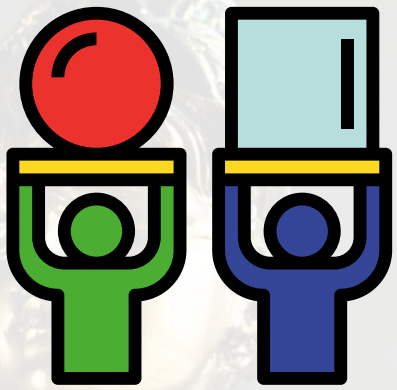
Estos argumentos son consistentes con uno de los aspectos esenciales del arbitraje y que la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido; "[…]se debe cambiar la caracterización de la decisión de acceder a dicha institución [el arbitraje], pues más que una renuncia de derechos constitucionales (de acceder a los tribunales), el arbitraje encierra el ejercicio afirmativo de libertades constitucionales que ameritan protección judicial […]"[1].

**b) El principio kompetenz-kompetenz concede al árbitro la facultad prioritaria de pronunciarse sobre la nulidad de un acuerdo de arbitraje**

Las órdenes judiciales que pretenden dejar sin efectos a las cláusulas arbitrales o que prohíben iniciar o continuar un arbitraje violan los principios kompetenz-kompetenz, pacta sunt servanda y de mínima intervención judicial. Dichos principios están en los artículos 78, 1424 y 1432 del CCom, y en el artículo 1796 del Código Civil Federal.

Las partes están obligadas a respetar la cláusula arbitral que voluntariamente pactaron. Si una de ellas considera que la cláusula arbitral o el contrato que pactaron debe ser declarado nulo, entonces tienen que solicitar dicha nulidad ante un tribunal arbitral[2].

El artículo 1432 del CCom establece el principio kompetenz-kompetenz, es decir, la competencia que tiene el tribunal arbitral para decidir respecto de su propia competencia. El principio kompetenz-kompetenz recoge la teoría de los "dos disparos" en la que, cuando se trata de temas de competencia (lo que incluye cualquier cuestionamiento de la eficacia del acuerdo de arbitraje), el tribunal arbitral es quien da el primer disparo para pronunciarse sobre su propia competencia. El segundo disparo corresponderá a la autoridad judicial si alguna de las partes acude ante ésta -en un procedimiento posterior- la decisión del tribunal arbitral[3]



Así, cuando una parte pretende burlar el acuerdo de arbitraje demandado ante una autoridad judicial la nulidad de la cláusula arbitral o del contrato que la contiene, el juez debe remitir a las partes al arbitraje porque el tribunal arbitral es quien tiene "el primer disparo" para pronunciase sobre su propia competencia. La remisión de las partes al arbitraje y su trámite están regulados en lo dispuesto en los artículos 1424, 1432, 1464 y 1465 del CCom.

El Juez solamente podría negar la remisión al arbitraje si una parte prueba que la nulidad de la cláusula arbitral tiene el carácter de cosa juzgada o si la nulidad, ineficacia o imposible ejecución del acuerdo de arbitraje, y que esa calidad es notoria. La ley dispone que el Juez, al tomar dicha decisión, debe seguir un criterio riguroso. La expresión "criterio riguroso" exige al juez estar convencido de la notoriedad, es decir que sea evidente e incuestionable la nulidad, ineficacia o imposible ejecución del acuerdo de arbitraje.

Las partes que pretenden burlar el acuerdo de arbitraje y los jueces que conceden el tipo de medidas antes mencionadas, aplican indebidamente la jurisprudencia 1a./J. 25/2006 de la Suprema Corte de Justicia de la Nación[4] (hoy superada, por modificaciones legislativas). En esa jurisprudencia, la Corte había resuelto que un Juez tiene la facultad de pronunciarse (en la sentencia definitiva) sobre la nulidad de la cláusula arbitral por haberse planteado ante éste dicha solicitud. La Corte estableció que la decisión de la nulidad de la cláusula arbitral le correspondía a la autoridad judicial. La jurisprudencia ya no es aplicable, como resultado de la reforma legislativa de 2011 (artículos 1464 y 1465 del CCom) [5].

En la reforma mencionada, el legislador incluyó en el Título Cuarto "Del Arbitraje Comercial" el Capítulo X "De la Intervención Judicial en la Transacción Comercial y el Arbitraje". En este capítulo, el legislador agregó, entre otros, los artículos 1464 y 1465 del CCom; que regulan el trámite de la remisión a las partes al arbitraje. Esta reforma fortaleció a los derechos y principios contenidos en los artículos 1424 y 1432 (remisión de las partes al arbitraje, separabilidad de la cláusula arbitral y Kompetenz-kompetenz). Antes del año 2011, no existía una regulación acerca del procedimiento de remisión de las partes al arbitraje.

Afortunadamente, varios Juzgados de Distrito y Tribunales Colegiados de Circuito han concluido que, como consecuencia de la reforma de 2011, la jurisprudencia 1a./J. 25/2006 ya no es aplicable.

Por lo tanto, un juez no puede ordenar la suspensión de un arbitraje o de los efectos de la cláusula arbitral bajo el sólo argumento de que se está demandando la declaración de nulidad de dicha cláusula o del contrato que la contiene.

**c) El Código de Comercio prevé el dictado de medidas cautelares en auxilio a un arbitraje, no para entorpecerlo o dejarlo sin efectos**

La parte que pretende burlar el acuerdo arbitral, usualmente, promueve un juicio mercantil en el que solicita medidas cautelares con base en el artículo 384 del Código Federal de Procedimientos Civiles para "mantener la situación de hecho existente".

En primer lugar, cuando las partes pactan una cláusula arbitral, tienen la posibilidad de pedir medidas cautelares en auxilio al arbitraje tanto a un juez, como a un tribunal arbitral. Si las partes deciden solicitar las medidas ante un juez, el trámite y fundamento para solicitarlas se encuentra regulado en los artículos 1422, 1425, 1470 y 1478 del CCom; no en el Código Federal de Procedimientos Civiles.

El Título Cuarto del Libro Quinto del CCom prevé una regulación especializada y hermética para regular el arbitraje. Esta regulación, al ser especial, excluye la aplicación de normas generales para cuestiones arbitrales[6]. Por lo tanto, las medidas cautelares que, en todo caso, se podrían solicitar a un juez deben: (i) solicitarse con base en los artículos 1425 y 1470 del Código de Comercio, y (ii) ser en auxilio del arbitraje y no para burlarlo o entorpecerlo.

En segundo lugar, nada más alejado a "mantener una situación de hecho" que obligar a las partes a que su controversia sea oída ante tribunal incompetente.

Las medidas cautelares que se dictan para que las cosas se mantengan en el estado en que se encuentran de ninguna manera implica la posibilidad de que, a través de una medida de esa naturaleza, se impida a una persona ejercer el derecho de acceso a la justicia por medio del arbitraje. Menos aun cuando las pretendidas medidas no están manteniendo una situación de hecho existente sino modificándola y tergiversándola.

Si una autoridad judicial, con el pretexto de conservar las cosas en el estado que guardan, dicta una medida cautelar que impide a la persona ejercer una acción o acudir al medio de solución de controversias pactado, dicha medida no será propiamente de carácter conservativo, sino que constituirá un nuevo estado de cosas. Lo que el juez estaría haciendo es impedir el ejercicio del derecho constitucional de acceso a la justicia (eso es improcedente[7]).

**d) Tratados internacionales tutelan la misma protección**

Varios tratados internacionales de los que México es parte, y por ello son parte del derecho mexicano, brindan la misma tutela a los acuerdos de arbitraje.Entre estos es de fundamental importancia para la actividad económica mundial la Convención Sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras. Este tratado también ordena la remisión al arbitraje cuando, en relación con la materia de un litigio, existe acuerdo de arbitraje (artículo II.3).

**Conclusión**

Las anteriores razones demuestran que si un juez dicta medidas cautelares que ordenan suspender un arbitraje o los efectos de una cláusula arbitral, dicho juez viola la Constitución y la ley arbitral mexicana, que incluye a los tratados internacionales.

# Laudo arbitral:
# El control difuso bajo el Derecho Mexicano

Las reformas constitucionales del 6 y 10 de junio de 2011 marcaron un cambio de paradigma en materia de derechos humanos en México. En particular, el artículo 1° constitucional estableció la obligación de "todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias" de promover, respetar, proteger y garantizar estos derechos.

En cumplimiento de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ("CIDH") en el caso Rosendo Radilla Pacheco vs. México, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ("SCJN") decidió abrir el expediente Varios 912/2010. En este, reconoció la obligación de los jueces nacionales de ejercer el control convencional difuso ex officio[1].

Como resultado, en México, todos los jueces tienen la facultad de inaplicar aquellas leyes que contravengan los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales suscritos por el país. Así, el sistema de control de constitucionalidad y convencionalidad adoptado es de carácter difuso y se considera reservado a las autoridades judiciales.

**Mariana Alejandra Ávila Valladares**
Asociada
González de Castilla y Ávila
Abogados, S.C.

Por otro lado, se ha determinado que las autoridades administrativas no están facultadas para ejercer este control. Aunque no pueden declarar la invalidez de un determinado precepto e inaplicarlo, sí tienen la facultad de interpretar las disposiciones jurídicas en el sentido más favorable a las personas[2].

Este panorama general del control difuso en México plantea una interrogante crucial en el campo arbitral: **¿pueden los árbitros, al emitir un laudo, ejercer el control difuso en las mismas condiciones que los jueces nacionales?**

Este cuestionamiento, que aún no encuentra respuesta definitiva en la jurisdicción mexicana, ha sido objeto de amplio debate en el ámbito iberoamericano, generando soluciones disímiles.

Es fundamental señalar que la facultad de los árbitros para ejercer el control difuso no depende de la sede arbitral, sino del derecho sustantivo aplicable al procedimiento arbitral.

**Consulta aquí las referencias bibliográficas**

Pues la sede arbitral, no es más que “el vínculo que ata un tribunal arbitral a un derecho arbitral local”[3].

Por ejemplo, en Argentina, la Corte Suprema ha reconocido que los árbitros, al resolver, pueden considerar razones tanto legales como constitucionales sin que la invocación de un fundamento constitucional en el arbitraje dé lugar a la remoción del tribunal arbitral.

En países como Brasil, Guatemala, Perú y Portugal, los árbitros no solo interpretan y aplican disposiciones o principios constitucionales como parte del derecho aplicable, sino que también pueden someter normas de menor jerarquía a un control difuso de constitucionalidad[4].

En contraste, en República Dominicana, aunque la Constitución parece atribuir el control difuso exclusivamente a los jueces, algunos sostienen que los árbitros también cuentan con esa facultad.

En otras jurisdicciones, como Costa Rica y Chile, donde las cuestiones de constitucionalidad son resueltas por tribunales constitucionales a solicitud de los jueces, los árbitros son considerados equivalentes a los juzgadores para estos fines[5].

Mientras que en países como Panamá, Uruguay y España los árbitros no pueden realizar ningún tipo de control constitucional ni plantear cuestiones de constitucionalidad ante los tribunales constitucionales[6].

En México, aunque los tribunales arbitrales tienen el deber de considerar y aplicar el derecho en su conjunto, incluyendo normas y principios constitucionales, persiste la incertidumbre sobre si pueden ejercer el control difuso de constitucionalidad. Esto se debe a la postura de quienes consideran que dicha facultad es exclusiva de las autoridades judiciales[7].

Por ello, en el presente artículo se analizará esta cuestión, con el objetivo de contribuir a su esclarecimiento en el contexto jurídico nacional.

**Desarrollo**

Como se expuso en la introducción, en el marco jurídico mexicano, el ejercicio del control difuso está reservado a las autoridades, especificamente a las jurisdiccionales. Por ello, el primer punto a dilucidar para determinar si los árbitros tienen la facultad de ejercer este tipo de control es analizar si, conforme al derecho mexicano, pueden ser considerados como autoridades.

Esta cuestión ha sido objeto de análisis por parte de los tribunales mexicanos, particularmente en el contexto del juicio de amparo, al determinar si los árbitros pueden ser considerados como autoridades responsables. El criterio jurisprudencial vigente es claro y categórico: los árbitros no ostentan el carácter de autoridad responsable para efectos del amparo.

En diversos precedentes, los tribunales mexicanos han abordado este tema y han resuelto en sentido negativo, sustentándose en los siguientes razonamientos:

1) Las facultades de los árbitros no derivan de una norma general (sino que sus actos se regulan por el pacto entre las partes o por remisión a la norma procesal[8]). En consecuencia, no son funcionarios del Estado ni tienen jurisdicción propia o delegada[9].

2) La función de los árbitros emana de un compromiso entre particulares y tiene un carácter esencialmente privado[10]. Todas las actividades que desempeñan responden a esta naturaleza[11].

3) Al nombrar a un árbitro, las partes no obran en interés público, sino privado[12], persiguiendo fines exclusivamente particulares, de manera que las relaciones entre las partes y el árbitro, son privadas, y el laudo es un juicio privado desprovisto del elemento jurisdiccional inherente al fallo judicial[13].

4) Los árbitros carecen de imperio[14] para ejecutar sus actos, por lo que requieren la intervención judicial para ese efecto[15].

5) En síntesis, los árbitros no pueden considerarse autoridades estatales ni sus actos son equivalentes a los de una autoridad responsable para efectos del amparo[16], ya que no actúan en forma unilateral y obligatoria[17].

Además, los tribunales han señalado que los árbitros no son auxiliares de la justicia ni servidores públicos y no forman parte de una organización estatal. Como lo han precisado: "la posibilidad del arbitraje se materializa por el principio de libertad y disposición de las partes para elegir la vía para resolver sus diferencias y conflictos"[18].

De igual manera, los tribunales federales han examinado si los árbitros están obligados a satisfacer las garantías de fundamentación y motivación. En este análisis se concluyó que los árbitros, al ser particulares y no autoridades conforme a los artículos 14 y 16 constitucionales, no están obligados a cumplir dichas garantías, que son exigibles únicamente a las autoridades públicas con actividad jurisdiccional o próximas a esta[19].

No obstante, el derecho mexicano, sí establece una obligación general de motivar los laudos[20]. La diferencia, según la Primera Sala de la SCJN, radica en que la ratio de la motivación arbitral no son los artículos 14 y 16 constitucionales o su equiparación con la función jurisdiccional, sino la voluntad de las partes[21].

Es importante resaltar que, en el derecho mexicano, no se considera que el Estado delegue en los árbitros la función jurisdiccional del Poder Judicial. En consecuencia, el laudo arbitral no es un acto atribuible al Estado. De ahí que "el Estado retiene sus poderes de revisión judicial, que deben modularse para adaptarse al tipo de libertades que involucra el arbitraje"[22].

A partir de lo expuesto, se concluye que, en México, los árbitros no son considerados autoridades responsables para efectos del amparo ni para ningún otro efecto. Esta conclusión contribuye a la eficiencia del arbitraje y es acorde con su naturaleza.

Esta postura es respaldada por la doctrina arbitral mexicana, que señala:

*"El árbitro no solo no es una 'autoridad responsable' para efectos del Juicio de Amparo; no debe serlo.*
*(...) puesto que no satisface los requisitos de la (...) definición legal de 'autoridad responsable'. A su vez, tampoco puede entenderse que los criterios judiciales que han interpretado y ampliado la noción de autoridad responsable abarcan (...) dicha figura puesto que no está presente la circunstancia que los motivó: imperium.*
*Más aún, la figura del árbitro no debe ser autoridad responsable puesto que no están presentes los bienes jurídicos tutelados del amparo. Finalmente, la naturaleza jurídica y orígenes entre la institución del árbitro y la de la autoridad responsable son diametralmente opuestos"[23].*

Por otro lado, para determinar si los árbitros están facultados para ejercer el control difuso, es fundamental analizar si los tribunales arbitrales pueden considerarse equiparables a las autoridades judiciales mexicanas.

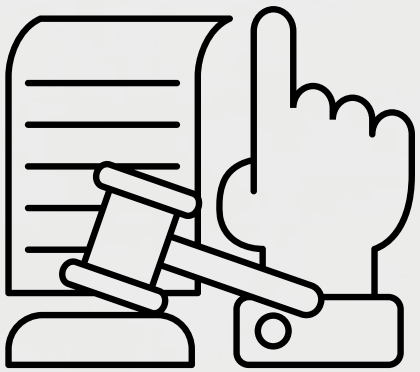
En este sentido, la Primera Sala de la SCJN ha señalado que, a partir de la constitucionalización de los medios alternativos de solución de controversias, debe modificarse la caracterización de la decisión de las partes de acceder al arbitraje. Más que una renuncia de derechos constitucionales (de acceder a los tribunales), implica el ejercicio afirmativo de libertades constitucionales que ameritan protección judicial. En este contexto, la Primera Sala precisó:

*"…si las partes deciden acudir al arbitraje, deben hacerlo sobre la premisa de que el tribunal arbitral no es equiparable a una autoridad judicial desde la perspectiva constitucional"[24].*

A partir de lo anterior, se concluye que los tribunales arbitrales no pueden considerarse equiparables a las autoridades judiciales mexicanas desde una perspectiva constitucional.

En relación con este punto, resulta ilustrativa la aclaración realizada por el Tribunal Constitucional de España respecto a la expresión «equivalente jurisdiccional». En la STC 17/2021[25], dicho tribunal argumentó:

*"Puede que la confusión que este tribunal viene observando en algunas sentencias (…) haya sido originada por la utilización en nuestros primeros pronunciamientos (…) –y luego reiterada en posteriores– de la expresión «equivalente jurisdiccional» para referirnos al arbitraje. Si esa fuera la causa, es necesario aclarar (…) que tal equivalencia hace referencia especialmente al efecto de cosa juzgada que se produce en ambos tipos de procesos, jurisdiccional y arbitral". (énfasis añadido)*



Asimismo, en la STC 65/2021[26], El Tribunal Constitucional español añadió:

*"(…) por la confusión que pudiera generar la expresión «equivalente jurisdiccional» (…), el tribunal insiste en que la semejanza entre ambos tipos de decisión –judicial y arbitral– no alcanza más allá de aquellos efectos y en que el procedimiento arbitral no se puede ver sometido a las exigencias propias del derecho a la tutela judicial efectiva (…), puesto que no es un procedimiento judicial, como tampoco los árbitros ejercen la jurisdicción, cometido de la competencia exclusiva de quienes integran el Poder Judicial (…). Por tanto, no están sujetos a los deberes y garantías que impone el art. 24 CE. Al contrario: cuando las partes (…), en ejercicio de la autonomía de la libertad (…), deciden acudir al procedimiento arbitral, eligen sustraerse de las normas que rigen el procedimiento judicial (…) y también (…) al enjuiciamiento y valoración de los órganos judiciales (…).*

*Quienes se someten libre, expresa y voluntariamente a un arbitraje (…), eligen dejar al margen de su controversia las garantías inherentes al art. 24 CE y regirse por las normas establecidas en la Ley de arbitraje. De esto se infiere que, si las partes (…) tienen derecho a que las actuaciones arbitrales sean controladas judicialmente, es así porque de este modo está previsto en la norma rectora del procedimiento arbitral y solo por los motivos de impugnación legalmente admitidos para salvaguardar los principios constitucionales (…). En consecuencia, la facultad excepcional de control del procedimiento arbitral y de anulación del laudo deriva de la misma configuración legal (…) y no del (…) derecho a la tutela judicial efectiva, «cuyas exigencias sólo rigen, en lo que atañe para el proceso –actuaciones jurisdiccionales– en el que se pretende la anulación del laudo y para el órgano judicial que lo resuelve»(…)". (énfasis añadido)*

En resumen, la expresión «equivalente jurisdiccional» solo aplica para el efecto de cosa juzgada que adquiere el laudo arbitral, puesto que el arbitraje no es un procedimiento judicial, ni los árbitros ejercen jurisdicción.

Esta interpretación del Tribunal Constitucional español es coherente con los criterios que los tribunales mexicanos han emitido hasta ahora, así como con la doctrina arbitral mexicana. En este sentido, se ha señalado que:

*"(…) la misión del árbitro se distingue de la función jurisdiccional que ejerce en (sic) juez (…) mientras que la del juez proviene de ley, la del árbitro de un pacto entre las partes; tiene naturaleza contractual. En cuanto al contenido, mientras que el juzgador imparte justicia ejerciendo una jurisdicción universal, el árbitro tiene como misión exclusivamente resolver la disputa sometida a su consideración, dentro de los linderos del acuerdo arbitral. Y con respecto a consecuencias, mientras que el acto del juez contiene imperio, es coercitivo, el árbitro carece de ello"[27].*

Con base en las consideraciones anteriores, se llega a dos conclusiones fundamentales para el tema en cuestión: 1) Los árbitros no tienen el carácter de autoridad en el derecho mexicano, y 2) No puede equipararse a los árbitros a una autoridad judicial desde la perspectiva constitucional.

De esta forma, se concluye que los árbitros, en el contexto mexicano[28], no pueden ejercer el control difuso de constitucionalidad y convencionalidad, pues este está reservado a las autoridades (jurisdiccionales), y los árbitros no ostentan tal carácter, ni siquiera por equiparación.

Adicionalmente, otra razón que refuerza la imposibilidad de que los árbitros ejerzan control difuso de constitucionalidad bajo el derecho mexicano es la cuestión del orden público.

El pacto arbitral es, en esencia, un acuerdo de voluntades de carácter privado cuyo objeto son derechos de libre disposición. En este sentido, el arbitraje es una manifestación de la autonomía de la voluntad de los particulares, quienes, bajo los principios de libertad contractual, someten a arbitraje las controversias derivadas de relaciones jurídicas privadas, sin que puedan contravenir disposiciones imperativas o prohibitivas ni afectar el orden público.

Así, la autonomía privada encuentra límites intrínsecos y extrínsecos. Estos últimos "provienen del exterior, actúan fuera de la voluntad del individuo y se plasman (…) en una norma jurídica, como las que se refieren a la moralidad, como las buenas costumbres y el orden público (…)[29]".

En otras palabras, los individuos tienen la facultad de crear y disciplinar sus relaciones y situaciones jurídicas privadas, pero, con el fin de salvaguardar la certeza jurídica y la paz social, deben hacerlo de acuerdo con las normas inderogables del ordenamiento jurídico. Estas son de naturaleza imperativa y prohibitiva, establecidas para la tutela de intereses públicos, y representan un límite a la autonomía privada[30].

Por lo tanto, la voluntad de las partes de someter una controversia a arbitraje expresa "la intangibilidad de los derechos privados pero sujeta al respeto del orden público del Estado Mexicano"[31].

De hecho, una de las causales de nulidad del laudo arbitral, prevista en la fracción II del artículo 1457 del Código de Comercio, es que el laudo sea contrario al orden público.

Así, las partes tienen el derecho humano de someter a arbitraje las cuestiones que sean de libre disposición, siempre que sea lícito y reconocido por el ordenamiento como digno de protección[32].

En coherencia con lo anterior, aunque los árbitros realizan una actividad materialmente jurisdiccional por disposición de la voluntad de las partes, son particulares (no autoridades) y, por ello, carecen de *imperium*.

En consecuencia, requieren de la colaboración de los jueces estatales para ejecutar las medidas precautorias, hacer cumplir el laudo arbitral o pronunciarse sobre la nulidad del laudo[33].

Por lo tanto, el acuerdo arbitral, al tener límites formales y materiales, no podría otorgar al árbitro el imperio del que está desprovisto. Es un imposible jurídico que, por voluntad de las partes, el árbitro pueda llevar a cabo actos de privación o ejecución material sobre las personas o las cosas, los cuales están reservados a los jueces estatales[34].

En este contexto, la función del árbitro se limita a resolver conflictos dentro del marco de la voluntad de las partes, sin afectar los intereses tutelados por el orden público.

El control difuso de constitucionalidad y convencionalidad implica, en última instancia, la inaplicación de normas contrarias a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que México es parte. Este delicado mecanismo de protección de los derechos humanos compete a las autoridades jurisdiccionaleles y no puede ser trasladado al ámbito arbitral sin desvirtuar la naturaleza del arbitraje.

Lo anterior, porque el ejercicio del control difuso por parte de los árbitros implicaría una intervención en temas que, por definición, escapan del ámbito de la autonomía privada y son inherentes al poder judicial estatal.

Los derechos humanos, al ser parte del orden público, representan un límite infranqueable para la actividad arbitral. El arbitraje, como mecanismo alternativo de resolución de controversias, no está diseñado para realizar un análisis constitucional en la tutela de derechos humanos.

Si bien Francisco González de Cossío llega a una conclusión opuesta a la presentada en este artículo, compartimos su acertada reflexión sobre la relación entre arbitraje y Constitución:

*“Los procesos constitucionales y arbitrales son agua y aceite. Se trata de herramientas jurídicas que buscan cosas distintas. No deben mezclarse. Estando juntas en el mismo recipiente (sistema jurídico) cada una debe encontrar su espacio y ceñirse al mismo. No lograrlo tiene por resultado entorpecer – ¡a ambas! [35]”*

Nada más cierto. La naturaleza jurídica del arbitraje y del proceso judicial, así como las funciones de árbitros y jueces, son esencialmente diversas. Por ello, es necesario darle a cada uno el tratamiento, las facultades y las obligaciones que corresponden a su esencia.

Aquí cobra relevancia el famoso latinajo ‘Reddite ergo quae sunt Caesaris Caesari, et quae sunt Dei Deo’ (“Dad al César lo que es del César, y a Dios lo que es de Dios").

No existe razón práctica, jurídica ni lógica para asimilar a los árbitros con los jueces estatales, precisamente porque las diferencias entre unos y otros son las que hacen del arbitraje un medio alternativo de solución de controversias, con virtudes frente al proceso judicial, y lo convierten en una opción interesante y eficaz para las partes. No debe desnaturalizarse el arbitraje de tal manera quese pongan en riesgo las ventajas que actualmente ofrece.

En suma, el control difuso en México es un mecanismo de protección de los derechos humanos, cuyo ejercicio está reservado a las autoridades de tipo jurisdiccional, ya que la eventual inaplicación de una norma del derecho mexicano es de orden público y escapa a la voluntad de las partes.

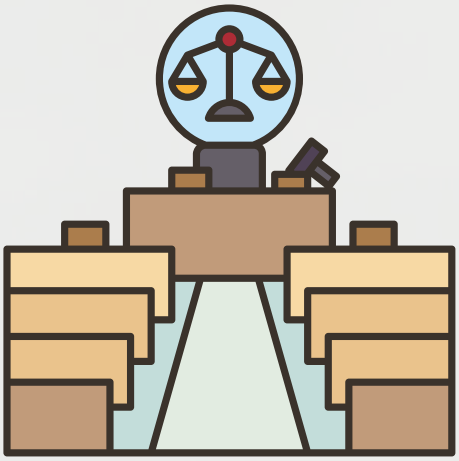
Por ello, concluimos que su ejercicio en el ámbito arbitral no sólo desbordaría la naturaleza privada de este mecanismo, sino que también comprometería su eficacia y operatividad, desviándolo de su propósito fundamental: la solución eficiente de controversias en el marco de la autonomía de las partes.

Aunque esta postura puede no ser la más popular en el ámbito arbitral, resulta esencial reflexionar sobre las consecuencias y los riesgos que implicaría otorgar a los árbitros la facultad de ejercer control difuso. Los problemas que podrían surgir a raíz de esta facultad nos invitan a considerar si, en última instancia, la ausencia de tal facultad no representaría el menor de los males.

Para comprender cabalmente las implicaciones de conferir a los árbitros esta facultad, es necesario analizar los posibles inconvenientes prácticos y jurídicos que podrían derivarse de su ejercicio en el ámbito arbitral.

Como señala acertadamente Reynaldo Bustamante Alarcón, existen varios problemas que podrían surgir al extender el control difuso a los árbitros[36]. En este sentido, es crucial considerar detenidamente los siguientes aspectos:

1) El papel del Poder Judicial y los Tribunales Constitucionales frente al tribunal arbitral: Surge la cuestión de si el Poder Judicial o el Tribunal Constitucional deben tener la facultad de revisar lo resuelto por los árbitros cuando estos ejercen control difuso[37];



2) Determinación de parámetros para el control de la constitucionalidad: Es necesario preguntarse si deben establecerse criterios claros que orienten a los árbitros en el ejercicio del control de la constitucionalidad. La ausencia de estos parámetros podría debilitar tanto la fuerza normativa como el componente político de la ley[38].

Para abordar estos puntos, tomaremos como referencia el caso peruano, donde los árbitros tienen la facultad de ejercer control difuso. El Tribunal Constitucional de Perú ha atribuido al arbitraje la naturaleza de 'jurisdicción independiente' y ha establecido jurisprudencialmente que los árbitros no solo pueden, sino que deben, ejercer el control difuso[39].

Sin embargo, al otorgarles esta facultad, el Tribunal Constitucional peruano también ha establecido los parámetros constitucionales que los árbitros deben respetar al ejercerla:

*"...Solo podrá ejercerse control difuso (...) sobre una norma aplicable al caso de la que dependa la validez del laudo arbitral, siempre que no sea posible obtener de ella una interpretación conforme a la Constitución y además, se verifique la existencia de un perjuicio claro y directo al derecho de alguna de las partes[40]".*

El Tribunal peruano aclara también que, aunque el arbitraje es considerado una jurisdicción independiente, esto no debe interpretarse como una autorización para que los árbitros ejerzan sus atribuciones sin respetar los principios constitucionales[41]:

*"(...) la función jurisdiccional se sustenta y se debe a la norma fundamental, más allá de la especialidad sobre la que pueda versar o de la investidura de quienes la puedan ejercer. De este modo y aunque se dota a la justicia arbitral de las adecuadas garantías de desenvolvimiento y se fomenta su absoluta observancia, la misma se encuentra inevitablemente condicionada a que su ejercicio se desarrolle en franco respeto al orden constitucional y a los derechos de la persona"[42]. (énfasis añadido)*

¿Cuál es la consecuencia de esta postura? En Perú, procede solicitar al Poder Judicial[43] la *"tutela jurisdiccional para que invalide un laudo que, al ejercer el control difuso (…) vulneró los parámetros constitucionales que rigen tal tipo de control"[44].*

Se ha señalado que dicha solicitud no tiene por objeto revisar el fondo del laudo, sino someterlo a un control constitucional para verificar si se vulneró la Constitución en el ejercicio del control difuso por parte de los árbitros[45]. En caso de que el órgano jurisdiccional determine que el laudo contravino la Constitución, lo anulará, y los árbitros deberán resolver nuevamente el fondo del asunto, pero ahora sin las vulneraciones constitucionales en las que incurrieron[46].

Sin embargo, aunque se aclara que no se revisará el fondo del laudo, la consecuencia es clara: el procedimiento arbitral se prolonga y existe un riesgo tangible de que el fondo del laudo sea modificado de manera indirecta[47]. Esto ocurre porque, si se determina que el tribunal arbitral ejerció incorrectamente el control difuso y concluyó que una norma era inaplicable al caso concreto, la anulación del laudo implicará necesariamente que esa norma debe ser aplicada. Por tanto, el asunto se resolvería sobre una base diferente a la inicialmente considerada por los árbitros, lo que altera, aunque sea indirectamente, el fondo del laudo arbitral.

Este escenario pone de manifiesto que el ejercicio del control difuso por parte de los árbitros puede tener un impacto significativo en el resultado final del arbitraje, lo que representa un riesgo considerable tanto para las partes como para la esencia del arbitraje.

Diversos juristas peruanos han cuestionado la decisión del Tribunal Constitucional de otorgar a los árbitros la facultad de ejercer control difuso. Uno de los principales reparos radica en el vacío existente sobre los procedimientos que el tribunal arbitral debe seguir para ejercer dicho control, así como en la falta de claridad respecto a los alcances de la responsabilidad civil de los árbitros[48]. Algunos incluso sostienen que esta medida ha afectado la seguridad jurídica en Perú al generar *"escenarios ajenos al control jurisdiccional (…) y con poderes jamás otorgados ni diseñados por el propio legislador, ni menos por el Constituyente"[49].*

Otros autores argumentan que el Tribunal Constitucional peruano cometió un grave error al conceder a los árbitros la facultad de ejercer control difuso, calificando esta decisión como inconstitucional. Sostienen que el control difuso es una facultad exclusiva e inherente a los jueces del Poder Judicial por disposición de la Constitución [50]:

*"(…) resulta cuestionable (…) reconocer la posibilidad de la aplicación de este control (…) en la vía arbitral, ya que (…) no existe dispositivo (…) que regule el debido procedimiento para su correcta aplicación, afecta el sistema dual de jurisdicción constitucional (…), vulnera el principio de unidad de la jurisdicción y genera una gran incidencia en la institucionalidad del orden constitucional (…)[51]".*
*(…)*
*Asimismo, la facultad otorgada a los árbitros para solucionar una controversia cuenta con un carácter excepcional y responde únicamente a la voluntad de las partes; mientras que, la jurisdicción proporcionada a los jueces cuenta con un carácter general que responde a la teoría del Ius Imperium del Estado, ya que el Poder Judicial es el encargado de administrar justicia. Por tanto, los árbitros no cuentan con las mismas potestades que los jueces ordinarios[52]".*

En el caso de México, las mismas críticas al ejercicio del control difuso por parte de los árbitros serían igualmente aplicables, dado que la Constitución establece de manera tajante que esta facultad corresponde exclusivamente a las autoridades.

Tan es así que incluso se considera que ni las autoridades administrativas pueden llevar a cabo este control. Al respecto, resulta relevante el siguiente razonamiento de la Segunda Sala[53]:

*"(…)si bien es cierto que la (…) redacción del artículo 1º de la Constitución (…) establece la obligación para todas las autoridades del Estado de reparar violaciones a los derechos humanos (…), ese mandato no implica que todas las autoridades, incluyendo las que desempeñan funciones administrativas, puedan llevar a cabo algún tipo de control constitucional (…).*

*El Tribunal Pleno, al resolver el expediente varios 912/2010 (…), delineó el modelo general de control de constitucionalidad y convencionalidad, así como los órganos jurisdiccionales facultados y los medios de control para llevarlo a cabo.*

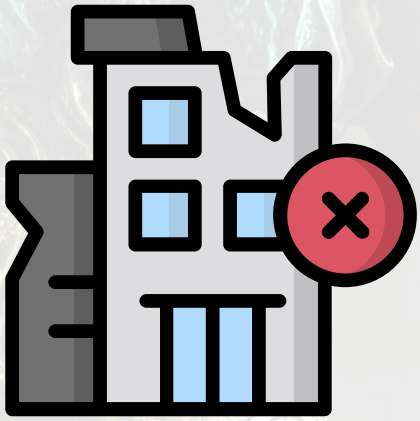
*Respecto de las autoridades del país (que no fueran jurisdiccionales) se precisó que, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de aplicar las normas correspondientes haciendo la interpretación más favorable a la persona para lograr su protección más amplia, sin tener la posibilidad de inaplicar o declarar su incompatibilidad". (énfasis añadido)*

Si las autoridades administrativas no pueden ejercer dicho control, por mayoría de razón, los árbitros, que no son autoridad ni se equiparan a los jueces nacionales, tampoco deberían poder hacerlo.

Como se desprende de lo anterior, aceptar que los árbitros puedan ejercer el control difuso resulta un arma de doble filo que, lejos de brindar beneficios, podría generar consecuencias profundamente negativas. Los riesgos más significativos incluyen la posibilidad de que los laudos arbitrales sean revisables en cuanto al control realizado y que se equiparen los árbitros prácticamente a autoridades. Esto afectaría directamente la eficiencia del arbitraje, ya que al incrementaría los costos y tiempos, complicaría y demoraría el procedimiento arbitral[54], y entorpecería la ejecutabilidad del laudo. Ello disminuiría el atractivo del arbitraje como medio alternativo de resolución de controversias[55], desincentivando su uso.

Ante la problemática planteada, resulta evidente que el mal menor es que los árbitros no puedan ejercer el control difuso. En el ámbito jurídico, toda facultad o derecho lleva una correlativa obligación. Por lo tanto, sería inadmisible otorgar a los árbitros la delicada facultad de ejercer el control difuso —llegando incluso a inaplicar normas— como si fueran jueces nacionales, sin imponerles la carga de que dicho control sea revisable por los tribunales estatales. Si esta facultad se concede a los árbitros, sería inevitable la revisión judicial sobre su ejercicio. No puede escaparse de ella.

Además, admitir que los árbitros puedan ejercer el control difuso en México, donde esta facultad es exclusiva de las 'autoridades', representaría un riesgo significativo. Al cruzar esta línea, sería solo cuestión de tiempo para que se les comenzara a reconocer como autoridades responsables en juicios de amparo, lo que significaría el colapso del arbitraje en México.



No se puede aspirar a tener lo mejor de ambos mundos. Esta es una cuestión de coherencia, equilibrio y respeto al principio de checks and balances.

Aquellos que defienden la posibilidad de que los árbitros ejerzan control difuso, ignoran que, en realidad, la postura que realmente protegería y fortalecería al arbitraje sería la exclusión de esta facultad por parte de los árbitros.

De lo contrario, se abriría una peligrosa caja de Pandora, que corrompería la esencia misma del arbitraje como medio eficaz y eficiente para la resolución de disputas.

Entre los autores mexicanos que defienden que los árbitros pueden ejercer control constitucional destaca Francisco González de Cossío, quien, al referirse a los sistemas jurídicos donde existe control difuso, sostiene que el árbitro realizaría:

*"…una interpretación conforme, que no estaría sujeta a los mecanismos, recursos de alzada, del control constitucional. El árbitro aplicaría la jurisprudencia interamericana y local constitucional y convencional como parte del "Derecho" aplicable para resolver la controversia. Pero el laudo no sería revisable en cuanto a ello, pues dicho ejercicio estaría revestido de 'finalidad', como una cuestión de derecho sustantivo"[56].*

Dicho autor también señala que los árbitros pueden controlar la regularidad constitucional y convencional de una norma, al darle un giro interpretativo o al inaplicarla por ser contraria al bloque de constitucionalidad y convencionalidad[57]. Sin embargo, matiza:

*"Pero hasta ahí llega la labor del árbitro. Lo que no puede hacer (…) es realizar un análisis de validez de la norma o acto. Esta facultad reside exclusivamente en los juzgadores constitucionales -y los árbitros no tenemos tal atribución"[58].*

La razón epistemológica que el autor ofrece para sustentar lo anterior es la diferencia entre el actuar del juez y del árbitro:

*"Mientras que el juez es un órgano de Estado dotado de facultades diversas, el árbitro es simplemente un prestador de servicios profesionales. No forma parte de un poder judicial. No tiene el papel "estructural" constitucional del juzgador. Sólo resuelve un problema. Como resultado, dentro de su acervo de facultades no está aquilatar la validez de una norma, sólo interpretarla".*

Desde nuestra perspectiva, esta diferenciación entre el juez y el árbitro es fundamental para sustentar nuestra postura de que los árbitros no pueden ejercer control difuso en el derecho mexicano. Según el marco jurídico nacional, el control difuso es una facultad exclusiva de los jueces nacionales, quienes están sujetos a un sistema que permite su revisión judicial.

No obstante, quienes defienden esta tesis podrían estar subestimando las implicaciones prácticas y teóricas de su posición. Si los árbitros pudieran ejercer control difuso, parecería lógico que su actuación en el ejercicio de esta facultad estuviera sujeta a algún tipo de revisión judicial. Sin embargo, quienes sostienen esta postura tienden a rechazar esta posibilidad, lo que podría percibirse como un planteamiento difícil de conciliar. Anticipando este tipo de críticas, González de Cossío argumenta:

*"Auguro que esta postura hará hervir la sangre de algunos: ¿O sea que los árbitros privados aplicarán derecho constitucional sin estar sujetos a los mecanismos procesales que se cercioran que el mismo está correctamente aplicado – mismos que aplican a los jueces mismos? Respuesta: "sí". Motivo: por que el laudo es final. Porque ese fue el deseo de las partes al optar por un mecanismo alternativo de solución de controversias. (…) Cualquier postura distinta sería contraria a la voluntad de las partes. Si una parte se somete al arbitraje, que es uni-instancial, es por que desea que todo sea resuelto en una sola instancia – incluyendo el Derecho público aplicable[59]".*

Sin embargo, a nuestro parecer, este razonamiento, omite un punto clave: el control constitucional no está sujeto a pacto entre las partes. Permitir que los árbitros ejerzan un control difuso sin revisión judicial sería otorgarles mayores potestades que las que poseen los jueces, lo que iría en contra de la naturaleza misma del control constitucional.

A su vez, los defensores del control difuso por parte de los árbitros sostienen que estos no deberían estar sujetos a procesos constitucionales. Al cuestionarse el autor en cita sobre la necesidad de sujetar a control constitucional a los árbitros plantea:

*"No faltará quien conteste que 'sí' aduciendo que toda conducta debe ser acorde a la Constitución. (…) ello no es evidente. La raison d'être de una Constitución es limitar poder público. En la medida en que los árbitros no cuentan con poder, la preocupación que justifica control constitucional no está presente"[60].*

Este razonamiento, aunque interesante, plantea ciertas dudas. Si los árbitros no ejercen poder público, ¿es coherente otorgarles la facultad de ejercer control difuso sin sujetar su ejercicio a revisión judicial? De permitirse esta atribución, parecería necesario establecer mecanismos que aseguren la correcta aplicación de dicho control.

Finalmente, González de Cossío señala que someter a los árbitros a control constitucional añadiría una innecesaria "capa de control constitucional", que podría ralentizar considerablemente los procedimientos arbitrales[61]. Este argumento plantea una preocupación legítima sobre la eficiencia del arbitraje, pero parece soslayar la necesidad de garantizar que, de otorgarse a los árbitros una facultad como el control difuso, esta se ejerza con las garantías adecuadas[62].

En este contexto, es fundamental reiterar que no es posible tener lo mejor de ambos mundos. Si el arbitraje se concibe como un mecanismo alternativo de resolución de controversias, desvinculado de las formalidades del control constitucional, entonces debe mantenerse en ese ámbito, renunciando a que los árbitros puedan ejercer control difuso.

Debemos optar por el menor mal para preservar la finalidad del arbitraje como un procedimiento eficaz. La evolución constitucional reciente y el tratamiento del arbitraje en Iberoamérica han planteado importantes desafíos.

No es sencillo armonizar el régimen constitucional con el sistema arbitral sin comprometer las ventajas inherentes a este último. Por ello, debemos ser cautelosos para evitar desnaturalizar el arbitraje y convertirlo en un mecanismo obsoleto, priorizando siempre su carácter práctico y eficiente[63].

Si bien nuestra postura concluye que los árbitros no pueden ejercer control difuso, existe una alternativa viable para aquellos casos en los que las partes deseen mayor flexibilidad en la aplicación del derecho: el arbitraje "en equidad" o ex aequo et bono.

Los árbitros que resuelven "en equidad", "según su leal saber y entender", tienen la facultad de prescindir de la aplicación estricta del derecho, privilegiando una solución basada en criterios de equidad y justicia. Como señala la doctrina:

*" (…) los árbitros de equidad pueden no sólo adaptar los principios y normas y flexibilizar su interpretación, sino aun dejarlas de lado, de modo de lograr una solución al conflicto sobre la base de criterios compatibles con los estándares propios de la actividad en la que se desenvuelve el conflicto[64]".*

Así, aunque desde una perspectiva estrictamente técnico-jurídica consideremos que los árbitros no pueden ejercer control difuso en México, el arbitraje "en equidad" o ex aequo et bono se presenta como una alternativa viable. Esta modalidad, bajo otro nombre, permite llevar a cabo lo que en esencia implica el control difuso. En este contexto, los árbitros "en equidad" pueden "dejar de aplicar una norma legal porque entienden que no resuelve equitativamente la cuestión controvertida que se les ha sometido" [65].

En última instancia, esto podría involucrar la inaplicación de una norma que se considera contraria a los derechos humanos. De esta forma, el arbitraje "en equidad" ofrece una vía para combinar las ventajas del control difuso con la flexibilidad inherente al arbitraje, preservando tanto su esencia como su eficiencia.

**Conclusiones**

Tras un análisis del marco jurídico mexicano, la jurisprudencia, la doctrina y el derecho comparado, hemos concluido que los árbitros en México no tienen la facultad de ejercer control difuso. Esta conclusión se fundamenta en varias razones clave:

a) En México, el ejercicio del control difuso está reservado a las autoridades jurisdiccionales.

b) Los árbitros no son autoridades según el derecho mexicano, ni se equiparan a los jueces nacionales desde una perspectiva constitucional.

(c) El control constitucional, al ser de orden público, no puede ser objeto de pacto entre las partes[66].

(d) Permitir que los árbitros ejerzan control difuso corrompería la naturaleza del arbitraje, además de que abriría la puerta a la revisión judicial de su ejercicio en el laudo arbitral.

Una reflexión crucial es que, en virtud del principio de congruencia, las facultades de los árbitros deben estar alineadas con sus responsabilidades. Los árbitros no pueden ejercer facultades de autoridad sin asumir, a la vez, las obligaciones inherentes a dicha condición. Facultades y obligaciones son dos caras inseparables de la misma moneda. No es viable otorgar poder sin su correlativa responsabilidad. Por ello, la opción más coherente y prudente es optar por el menor de los males: negar a los árbitros la facultad de ejercer control difuso.

Si bien existen posturas que defienden que los árbitros pueden ejercer control difuso, consideramos que estas no se alinean con el marco normativo mexicano ni con la esencia del arbitraje. Como alternativa, el arbitraje "en equidad" o ex aequo et bono ofrece una solución flexible que, sin los riesgos del control difuso, preserva tanto la eficacia del arbitraje como su adaptabilidad a las necesidades de las partes.

En conclusión, la postura que rechaza el control difuso por parte de los árbitros es, a nuestro parecer, la que mejor resguarda la integridad y la eficiencia del arbitraje en México, garantizando su función como un mecanismo eficaz de resolución de controversias.

**Consulta aquí las referencias bibliográficas**

# Impacto del Regulatory Chill en la formulación de políticas a través del Arbitraje de Inversión

Según la Organización Meteorológica Mundial, el 2024 terminó como el año más caluroso en la historia, desde que se tiene registro, además de que, los últimos diez años han estado entre los diez más calurosos, en una racha extraordinaria de temperaturas récord.[1]

Luego, el 2025 inició movido en materia ambiental con los incendios en California que fueron una noticia global, así como ocurrieron en Canadá y Australia en años anteriores. Adicionalmente, recién estrenando oficina, Trump ordenó la salida de los Estados Unidos de América del Acuerdo de París (principal pacto climático del mundo),[2] al tiempo que la tasa de calentamiento de los océanos se ha más que cuadriplicado en las últimas cuatro décadas[3] y con mayor frecuencia presenciamos sequías e inundaciones atípicas en diversas partes del mundo.

**Alfonso Cortez-Hernández**
Socio
Baker & McKenzie Abogados, S.C.

**Mauricio Contró Rodríguez**
Asociado
Baker & McKenzie Abogados, S.C.

**Consulta aquí las referencias bibliográficas**

Y todas estas cuestiones ecológicas, por tan solo mencionar algunas, ¿qué tienen que ver con el arbitraje internacional? Estudiosos en la materia cada vez profundizan más sobre el concepto denominado "enfriamiento reglamentario", más típicamente utilizado en inglés como regulatory chill. Fundamentalmente, el concepto del regulatory chill sugiere que la figura del arbitraje de inversión, como institución, puede influenciar el curso de las políticas públicas, ya que la mera amenaza de una disputa de inversión puede llevar a los gobiernos a abandonar, retrasar o incluso derogar medidas regulatorias importantes, como en materia ambiental, sanitarias o de cualquier otra índole de interés de la población.[4]

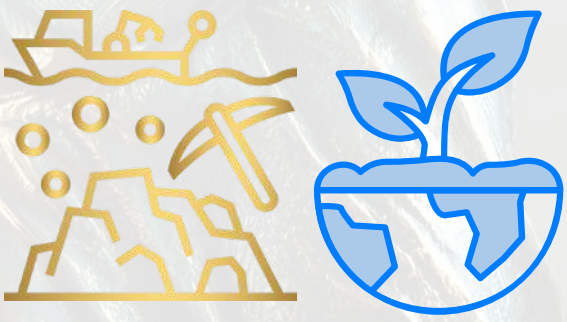
Hace poco más de diez años, la revista The Economist ya lo planteaba de la siguiente manera:

*Si se quisiera convencer al público de que los acuerdos comerciales internacionales son una forma de permitir que las empresas multinacionales se enriquezcan a costa de la gente común, esto es lo que se haría: dar a las empresas extranjeras un derecho especial a solicitar una indemnización a un tribunal secreto de abogados corporativos altamente pagados cada vez que un gobierno apruebe una ley para, por ejemplo, desalentar el tabaquismo, proteger el medio ambiente o prevenir una catástrofe nuclear. Sin embargo, eso es precisamente lo que han hecho miles de tratados comerciales y de inversión a lo largo del último medio siglo, a través de un proceso conocido como "solución de disputas entre inversionistas y Estados" o ISDS.[5]*

Analicemos un ejemplo real que nos permita entender con mayor claridad este tema: en 2009, la empresa sueca de energía Vattenfall, presentó una demanda contra Alemania con base en el Tratado sobre la Carta de la Energía, alegando que las estrictas regulaciones ambientales impuestas a una planta de carbón junto al Río Elba violaban sus derechos como inversor extranjero. Alemania había implementado estas regulaciones con el afán de proteger el medio ambiente y la salud pública; sin embargo, la demanda de Vattenfall por 4700.00 millones de dólares estadounidenses despertó en otros países el temor de ser demandados en caso de implementar regulaciones ambientales similares.

Como se puede ver, la amenaza de posibles disputas puede llevar a los gobiernos a no adoptar las medidas regulatorias necesarias para proteger derechos de su población, ilustrando así el concepto del regulatory chill y la delicada balanza entre la implementación de políticas públicas y los derechos de los inversionistas. Otro ejemplo de este fenómeno puede apreciarse en materia de salud, cuando Nueva Zelanda reconoció su demora para implementar regulaciones sobre el empaquetado neutro de los productos de tabaco por esperar a que se resolviera un caso de arbitraje de inversión en contra de Australia por el mismo tema, y así poder conocer de antemano el resultado de esa controversia, antes de implementar nuevas regulaciones.[6]

En cuanto a México, el año pasado se resolvió el caso CIADI UNCT/20/1 de Odyssey Marine Exploration Inc., por el cual la Demandante reclamó que las autoridades mexicanas le rechazaron los permisos ambientales para un proyecto de minería de fosfato en las aguas de Baja California Sur (conocidas por su biodiversidad), bajo el argumento de la SEMARNAT de que el proyecto podría tener un impacto negativo en el medio ambiente. El arbitraje resultó en una decisión a favor de Odyssey, otorgándole un laudo favorable por 37.1 millones de dólares de compensación por el incumplimiento de las obligaciones por parte de México.[7] Como era de esperarse, Greenpeace y otras organizaciones criticaron la decisión del arbitraje, argumentando que sentó un precedente negativo en la lucha contra la minería submarina y la protección de la biodiversidad.



Aunque la razón de ser principal de los tratados de inversión era, en un inicio, fomentar la inversión extranjera entre países, protegiendo a los inversionistas contra los riesgos de expropiaciones sin compensación o del comportamiento discriminatorio de los Estados anfitriones, con el tiempo, la interpretación de dichos tratados ha ampliado las causas de responsabilidad de los Estados. En las últimas dos décadas hemos sido testigos de un notable incremento en el uso del arbitraje de inversión, por virtud de los tratados internacionales existentes entre países o regiones. Esta tendencia ha suscitado inquietud en diversos sectores, pues se percibe que los tratados de inversión otorgan derechos y obligaciones que favorecen desmesuradamente a los inversionistas, perjudicando la soberanía de los Estados y su capacidad de regular en beneficio del bien común.

Ya sea que el regulatory chill sea una realidad tangible o una percepción, la abundancia de disputas de inversión (muchas de las cuales han desafiado directa o indirectamente la regulación del interés público de los Estados) ha llevado a muchos gobiernos a reconsiderar sus tratados de inversión. En algunos casos, esto ha resultado en la repudiación total de estos acuerdos; en otros, ha impulsado esfuerzos para renegociar los textos y eliminar o reformular los elementos problemáticos. Varios países han decidido abstenerse completamente de acuerdos que incluyan disposiciones de ISDS (Investor-State Dispute Settlement), mientras que otros han introducido en sus tratados bilaterales de inversión, excepciones y exclusiones para áreas clave de regulación y política pública.

Así, por ejemplo, tanto el Tratado entre México, Estados Unidos y Canadá (T-MEC) como el Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico (CPTPP, por sus siglas en inglés) incluyen cláusulas generales de excepción, basadas en el Artículo XX del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT).[8]

Dicho artículo XX proporciona un marco para que los países implementen políticas nacionales importantes sin vulnerar sus compromisos comerciales internacionales, siempre y cuando estas políticas no se utilicen como pretexto para el proteccionismo.

Las excepciones del Artículo incluyen medidas necesarias para proteger la moral pública, la vida y la salud humana, animal o vegetal, y para asegurar el cumplimiento de las leyes y regulaciones que no sean inconsistentes con las disposiciones del GATT.

También permiten medidas relacionadas con la conservación de recursos naturales agotables, siempre que se apliquen conjuntamente con restricciones a la producción o consumo doméstico.

Conforme los Estados continúan con los esfuerzos de implementar reformas y mejoras a los capítulos de ISDS en los tratados internacionales, el futuro del arbitraje de inversión seguramente será determinado por la evolución que traiga la relación entre inversionistas y los Estados anfitriones.

La introducción de medidas de transparencia, disposiciones de responsabilidad social corporativa y una mayor claridad en los tratados podrán ayudar a modernizar el sistema de ISDS y abordar las preocupaciones existentes, para lograr así un mayor equilibrio entre los derechos de los inversionistas y los Estados.

En última instancia, el éxito de las reformas dependerá de su capacidad para crear un marco de arbitraje justo, transparente y equilibrado que proteja tanto los intereses de los inversionistas como el derecho soberano de los Estados de gobernar en interés público.[9]

**Consulta aquí las referencias bibliográficas**

# La distribución de costas como técnica de manejo eficiente del Arbitraje

**XXXV Diplomado de Arbitraje Comercial Internacional**
**Rodrigo de la Peza López Figueroa**
Trabajo Final

**Rodrigo de la Peza López Figueroa**
Investigador y profesor titular
Escuela Libre de Derecho

**1.Introducción**

La regulación de costas es una de las técnicas para el manejo eficaz y eficiente del arbitraje, pues el hecho de que el tribunal arbitral emita una condena mediante la cual obligue a las partes al pago de todos o algunos de los elementos que configuran el concepto general de costas, en diversa proporción, puede servir como incentivo para que todas las partes se comporten de buena fe durante el procedimiento arbitral, y al mismo tiempo como sanción por no haberlo hecho, y con ello, haber provocado una menor eficiencia en la conducción del caso.[1]

El presente trabajo tiene por objeto el análisis de la distribución de costas, en un arbitraje institucional que deba regularse por el derecho arbitral mexicano -específicamente el Código de Comercio mexicano, y por el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional ("Reglamento CCI").[2]

Específicamente, se estudiará (§ 2.1) si puede afirmarse que existe un deber de buena fe procesal en el derecho arbitral, y en su caso, cuál es el contenido obligacional de ese deber; (§ 2.2.) el contenido y la naturaleza jurídica de la facultad del tribunal arbitral para determinar la distribución de costas; y (§ 2.3) los parámetros que podrían ser útiles para que el tribunal arbitral ejerza la facultad de distribuir las costas como técnica para el manejo eficiente del arbitraje, de manera justa y razonable.

**Consulta aquí las referencias bibliográficas**

## 2.Desarrollo

### 2.1.El deber de buena fe en el procedimiento arbitral

#### 2.1.1.El concepto de la buena fe

En términos muy abstractos, sería raro que alguien pusiera en duda que las personas deben guardar un buen comportamiento en la sociedad, y conducirse en general de manera honesta, pacífica y justa.[3] Lo difícil es determinar qué conductas específicas son acordes con estos cánones, y para el análisis y definición de esas conductas suelen emplearse los principios generales del derecho, entre los cuales, uno de los más importantes es del principio de la buena fe, [4] que en esencia ordena que las personas se conduzcan de manera transparente y sincera, evitando la mentira y el engaño, la frustración de las finalidades comunes de las relaciones sociales, así como en general aquellas prácticas que son viciosas o dañinas para los demás o para la sociedad, inclusive en aquellos casos en los que del ordenamiento jurídico no se derive un deber específico a su cargo, para conducirse de determinada manera.

#### 2.1.2.Inclusión y referencia al principio de buena fe en el ordenamiento jurídico

Afirmar que existe un deber general de buena fe desde el punto de vista jurídico, puede ser más controversial, y la respuesta puede ser más o menos complicada en función de cada sistema jurídico, las herramientas para interpretarlo y la tendencia cultural jurídica del intérprete.

En este sentido, y atendiendo a las exigencias del positivismo jurídico, en México se ha reconocido la existencia de los principios generales del derecho, mediante su reconocimiento normativo expreso a nivel constitucional, como fuente del derecho, o al menos como una técnica de integración de la ley. [5]. En mi concepto, la inclusión y referencia a estos principios en el texto constitucional atiende a la ratio legis, consistente en la enorme utilidad que representa contar con una herramienta práctica que ayude al operador jurídico a interpretar las normas en un caso concreto, sobre todo cuando existen dudas en cuanto a su contenido y alcance, o cuando entran en colisión.

Por ejemplo, los deberes derivados del principio de buena fe, pueden entrar en ocasiones en colisión con el diverso principio de legalidad, conforme al cual, a diferencia de las autoridades estatales, una persona es libre de hacer todo aquello que no está prohibido. Esta colisión da la oportunidad al operador jurídico, para que en determinado caso concreto, pueda realizar un ejercicio de ponderación entre los deberes derivados del principio de la buena fe (por ejemplo, la prohibición del ejercicio abusivo de un derecho), y la libertad de ataduras, derivada del principio de legalidad (por ejemplo, en el uso que puede darse a una cosa que se tiene en propiedad).

Asimismo, en diversos preceptos de leyes secundarias mexicanas, así como en diversos criterios jurisprudenciales, se plasman algunas normas cuyo contenido ha sido resultado de la aplicación práctica del principio de la buena fe a lo largo de la historia del derecho occidental.

Así, en el ámbito procesal, dicho principio se traduce en un deber general de “buena fe procesal”, a cargo de las personas que se encuentran sujetas a un procedimiento, y este deber se vulnera cuando las partes incurren en ciertas prácticas dañinas o contrarias a la finalidad del proceso, por ejemplo, cuando se ofrece una prueba cuyo desahogo ocasiona daños y perjuicios a alguna persona,[6] cuando los abogados incurren en prácticas que pueden obstaculizar que el juez llegue a la verdad de los hechos,[7] o dilatar innecesariamente el procedimiento elevando los costos del mismo,[8] o que causen un daño a su contraparte mediante una estrategia litigiosa que, aunque en sí misma se encuentre permitida, no persiga los fines para la que fue creada y se emplee únicamente con el ánimo de causar daño.[9]

La *ratio legis* de estas disposiciones y la razón detrás de los criterios jurisprudenciales, radica claramente en que una conducta contraria a la buena fe procesal, puede obstaculizar o incluso impedir que el ejercicio de la función jurisdiccional cumpla con su finalidad esencial, que es resolver una controversia de manera justa, expedita, completa e imparcial.

Lo mismo sucede en materia contractual, y con más contundencia, pues nuestro derecho nacional -específicamente en términos del artículo 1796 del Código Civil Federal-, expresamente contempla la cláusula general implícita de buena fe, lo cual significa que desde que se celebra un contrato, los contratantes se encuentran obligados no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que, según su naturaleza, se deriven de la buena fe.[10]

Además, la aplicación del principio general de buena fe contractual se ha plasmado en otros preceptos legales; por ejemplo, la regla de interpretación de los contratos, establecida en el artículo 1853 del Código Civil Federal, en términos de la cual en caso de duda, debe entenderse que el contenido de las obligaciones contractuales debe ser aquél con el que el contrato pueda surtir sus efectos de la mejor manera.[11]

La ratio legis de estos preceptos, y de esta última regla en particular, también es fácil de identificar. En los contratos, muchas veces las partes no pueden prever todos los problemas o vicisitudes que puedan surgir en el desarrollo de su relación, pero debe presumirse que si celebraron un contrato, no es para hacerse daño mutuamente, ni mucho menos para perder el tiempo en un contrato que no logrará sus fines; sino porque ponen su confianza en el co-contratante para que precisamente, mediante el contrato, se logre la finalidad que corresponde a su celebración.

**2.1.3. Aplicabilidad del principio de la buena fe en el Arbitraje**

Ahora bien, no elude mi atención, que el derecho arbitral comercial mexicano, es un sistema normativo autocontenido, esto es, la normativa que lo regula se contiene únicamente en el Título IV del Libro V del Código de Comercio, la Convención de Nueva York y la Convención de Panamá; por lo que no le son aplicables supletoriamente las normas constitucional y legales que se han citado con antelación; y también tengo presente que en dicho sistema normativo especializado no se hace alusión expresa al principio de la buena fe.

Sin embargo, la existencia y aplicabilidad de los principios generales del derecho, y en especial el de buena fe, no depende, en mi concepto, de su establecimiento en una norma positiva, sobre todo si los consideramos como técnicas de interpretación jurídica. Además, el hecho de que no cobren aplicación obligatoria, no significa que desaparezcan las razones que sirvieron de ratio legis y sustento para la emisión de dichas normas y criterios, pues también en el arbitraje se requieren herramientas de interpretación jurídica, así como criterios para valorar la conducta de las personas tanto en el procedimiento, como en sus relaciones contractuales.

Por consiguiente, no considero descabellado que dentro del arbitraje, se invoque el principio general de buena fe, sobre todo tratándose de asuntos regidos por el derecho nacional de aquellos países que, como México, han heredado un bagaje cultural de corte romanista. A final de cuentas, dicha invocación constituye únicamente un argumento más que puede hacerse valer en la discusión jurídica que necesariamente ha de tener lugar en todo procedimiento arbitral.

Específicamente, me parece conveniente el estudio del arbitraje a la luz del principio de la buena fe, desde el punto de vista del derecho contractual, pues aunque se trata de un mecanismo de solución de conflictos a través de una función materialmente jurisdiccional, tiene un fuerte elemento contractual, porque el sistema normativo que lo regula permite una maleabilidad esencial, para que las partes puedan diseñar un procedimiento que se ajuste a sus necesidades, a través de acuerdos de voluntad.[12]

Al respecto, conviene identificar que una de las finalidades principales de la cláusula arbitral es que las partes puedan dirimir su controversia de la forma más eficiente posible, esto es, con mayor expeditez y mayor eficacia en costos;[13] pues en ocasiones, el grado de eficiencia que el Estado puede ofrecer a través del servicio público de impartición de justicia, no es suficiente para atender a las necesidades de esas partes.

En este sentido, si la eficiencia forma parte importante, o inclusive esencial, del contrato mediante el cual las partes someten la resolución de sus conflictos presentes o futuros al arbitraje, entonces será contrario a la cláusula general de buena fe contractual, toda aquella conducta que haga menos eficiente el procedimiento arbitral, pues como ha quedado expuesto, una de las aplicaciones concretas del principio de buena fe contractual, es que las partes no lleven a cabo conductas que frustren el motivo o fin del contrato.

En relación con esta interpretación, es interesante el criterio emitido por el Pleno en Materia Civil del Primer Circuito, en una tesis aislada en la que se señala que al someterse al arbitraje, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, las partes deben asumir las consecuencias de esa decisión, y regularse por el "principio de buena fe, conforme al cual las partes están obligadas a observarlo en todos sus actos e intervenciones en el curso de las actuaciones arbitrales. El cumplimiento de este principio implica que las partes actúen de manera honesta y leal dentro del proceso arbitral."[14]

Por otro lado, toda vez que el arbitraje se concretiza a través de un procedimiento en el que el tribunal arbitral ejerce una función materialmente jurisdiccional, considero que también cobra aplicación el principio de buena fe en su aspecto procesal, pues las prácticas contrarias a dicho principio, pueden afectar no sólo la eficiencia del procedimiento, sino inclusive los fines para los cuales se instaura el arbitraje, específicamente la tramitación de un procedimiento en el que se respete el debido proceso y la igualdad de las partes, para que sirva de camino hacia la emisión de una resolución justa del conflicto.

Con base en lo hasta aquí expuesto, sostengo que sí existe un deber general de buena fe procesal en el procedimiento arbitral, especialmente en razón de que la naturaleza jurídica del arbitraje tiene elementos contractuales y jurisdiccionales, donde dicho principio general del derecho tiene especial relevancia.

**2.1.4. El deber de eficiencia y la función de conducción del proceso**

En un arbitraje institucional, en el que cobre aplicación el Reglamento CCI, debe atenderse a su artículo 22.1,[15] donde se dispone que tanto el tribunal arbitral como las partes tienen la obligación de conducir el arbitraje de una manera expedita y eficaz en término de costos.

Considero que dicha disposición reglamentaria, que hace exigible de manera manifiesta la obligación de las partes contendientes, consistente en no entorpecer la eficiencia del procedimiento arbitral, sirve de sustento para la aplicación del principio general de buena fe en el arbitraje, pues como se ha dejado expuesto, esa obligación deriva del deber general de buena fe, tanto desde el punto de vista procesal como contractual, pues una de las finalidades de la cláusula arbitral, es generar un proceso eficiente de resolución de conflictos.

Por su parte, el deber de eficiencia a cargo del tribunal arbitral, debe interpretarse en armonía con el artículo 1436 del Código de Comercio, donde se establece que a falta de acuerdo de las partes para diseñar el procedimiento, y conforme a las disposiciones del propio Título IV, el tribunal arbitral tiene la facultad para dirigir el procedimiento como lo considere apropiado.

Pues bien, con base en esta función de conducción del arbitraje, el tribunal arbitral puede establecer los criterios o parámetros apropiados para regular las costas, como técnica de manejo eficiente del caso. En el mismo sentido, en el artículo 22.2, del Reglamento CCI, se establece el deber a cargo del tribunal arbitral, de implementar medidas procesales apropiadas para lograr la conducción efectiva del caso, entre ellas, las técnicas para la conducción del caso descritas en el Apéndice IV del propio reglamento, que consisten esencialmente, en la bifurcación del procedimiento o la emisión de resoluciones parciales, la identificación de cuestiones que pueden ser resueltas por acuerdo de las partes, la regulación de pruebas con criterios de eficiencia en costos, el uso adecuado de tecnologías de la comunicación, la adecuada ordenación y calendarización de la discusión de las cuestiones relevantes del caso, en audiencias o conferencias, y la negociación de disputas.

A su vez, el Apéndice IV del Reglamento CCI, hace remisión expresa al Informe de la Comisión de Arbitraje y ADR de la CCI, Grupo de Trabajo sobre la Reducción del Tiempo y de los Costos en el Arbitraje, titulado "Técnicas para controlar el tiempo y los Costos en el Arbitraje",[16] que como complemento al Reglamento CCI, contiene propuestas relacionadas con técnicas para mejorar la eficiencia en la duración y costos del procedimiento arbitral. Entre ellas, cobra relevancia para el tema del presente estudio, la técnica relacionada con la Asignación de costos en el laudo final. A continuación se transcribe dicho apartado:

*Costos*

*82. Asignación de costos para incentivar la conducción eficiente en los procedimientos*

*La asignación de costos puede ser una herramienta útil para incentivar una conducta eficiente y para desincentivar una conducta no razonable. Conforme al Artículo 37(5) del Reglamento, el tribunal arbitral tiene discreción para asignar los costos de la manera que considere apropiada.*

*Se señala expresamente que, al tomar la decisión sobre los costos, el tribunal arbitral puede tomar en consideración la medida en que cada parte ha conducido el arbitraje de manera expedita y eficiente en términos de costos. El tribunal debe considerar informar a las partes al inicio del arbitraje (por ejemplo en la conferencia sobre la conducción de procedimiento) que pretende tomar en cuenta la manera en que cada parte se haya conducido en el procedimiento y que sancionará cualquier conducta poco razonable de una parte al decidir sobre los costos. El comportamiento poco razonable puede incluir: solicitudes excesivas de documentos, argumentos jurídicos excesivos, contrainterrogatorio excesivo, tácticas dilatorias, pretensiones exageradas, no acatamiento de órdenes procesales, solicitudes injustificadas de medidas precautorias y el incumplimiento injustificado del calendario procesal.*

Conforme a lo expuesto, la regulación y distribución de costos por parte del tribunal arbitral puede ser una herramienta útil para generar incentivos adecuados, que puedan evitar que la eficiencia en la conducción del procedimiento, se vea obstaculizada por la conducta de las propias partes, que ya sea por mala fe procesal, por negligencia o por impericia, pueden incurrir en prácticas procesales dilatorias, elusivas o irracionales que prolongan la duración del procedimiento arbitral, o elevan sus costos, de manera innecesaria.

Cabe precisar que para que la distribución de costas en el laudo arbitral, sirva como técnica de manejo eficiente del proceso, mediante la generación de los incentivos adecuados, es necesario que el tribunal arbitral defina los criterios o parámetros que empleará para llevarla a cabo. Eso podría contenerse en el Acta de Misión -lo cual podría tener la ventaja de perfeccionar o detallar lo pactado en la cláusula arbitral-, o en su defecto mediante una orden procesal. De lo contrario, la distribución de costas podrá servir de sanción en el procedimiento de que se trate, y quizás de precedente para disuadir a que esas mismas partes incurran en prácticas contrarias a la buena fe en arbitrajes futuros, pero no necesariamente servirá para generar incentivos adecuados en ese mismo procedimiento.

**2.2. La facultad del tribunal arbitral para distribuir las costas**

El término "costas", con el que se hace referencia a las erogaciones que las partes deben hacer con motivo del arbitraje, es un concepto general que puede abarcar muchos rubros.

En la fracción IV del artículo 1416 del Código de Comercio, se define este término a partir de la siguiente enumeración:

*(REFORMADO, D.O.F. 22 DE JULIO DE 1993)*

*Artículo 1,416. Para los efectos del presente título se entenderá por: (...)*

*IV. Costas, los honorarios del tribunal arbitral; los gastos de viaje y demás expensas realizadas por los árbitros; costo de la asesoría pericial o de cualquier otra asistencia requerida por el tribunal arbitral; gastos de viaje y otras expensas realizadas por los testigos, siempre que sean aprobados por el tribunal arbitral; costo de representación y asistencia legal de la parte vencedora si se reclamó dicho costo durante el procedimiento arbitral y sólo en la medida en que el tribunal arbitral decida que el monto es razonable; y honorarios y gastos de la institución que haya designado a los árbitros; (...).*

A partir de esta enumeración puede distinguirse, al menos como resultado de una interpretación meramente literal, que el Código de Comercio establece un tratamiento jurídico distinto para diversos elementos que componen las costas.Una de esas diferencias consiste en que para condenar al pago de los costos de representación y asistencia legal, debe haberse reclamado dicho costo durante el procedimiento arbitral; además de que únicamente se contemplan como costas, los gastos de representación y asistencia legal de la parte vencedora.

Otra diferencia la encontramos en los primeros dos párrafos del artículo 1455, que a continuación se reproduce:

*(ADICIONADO, D.O.F. 22 DE JULIO DE 1993)*

*Artículo 1,455. Salvo lo dispuesto en el párrafo siguiente, las costas del arbitraje serán a cargo de la parte vencida. Sin embargo, el tribunal arbitral podrá prorratear los elementos de estas costas entre las partes si decide que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso. Respecto del costo de representación y de asistencia legal, el tribunal arbitral decidirá, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, qué parte deberá pagar dicho costo o podrá prorratearlo entre las partes si decide que es lo razonable.*

De lo anterior se desprende que para la distribución de todas las costas excepto los costos de representación y de asistencia legal, el tribunal arbitral debe partir de un criterio de "costs follow the event", esto es, la parte vencida es la que paga las costas; y sólo en caso de que el tribunal lo considere razonable en vista de las circunstancias del caso, podrá realizar una distribución a prorrata.

En cambio, tratándose de la distribución de los costos de representación y de asistencia legal del vencedor, el Código de Comercio establece un parámetro distinto, pues el tribunal debe determinar en principio cuál de las partes debe pagar dicho costo -no necesariamente la parte vencida-, y sólo si lo considera razonable, podrá prorratearlo.[17]

Ahora bien, en términos del artículo 1452 del Código de Comercio;[18] dicho régimen opera únicamente en caso de que las partes no hayan adoptado reglas relativas a las costas, ya sea directamente, o mediante la referencia a un reglamento de arbitraje; y si se trata de un arbitraje institucional y cobra aplicación el Reglamento CCI, debe tenerse en cuenta lo dispuesto en su artículo 38, donde las facultades del tribunal arbitral para la distribución de costas, como técnica para el manejo eficiente del caso, parecen permitirle un margen de actuación más amplio.

En efecto, en dicho precepto se establece lo siguiente:

*Artículo 38*
*Decisión sobre los costos del arbitraje*

*1 Los costos del arbitraje incluirán los honorarios y los gastos de los árbitros, así como los gastos administrativos de la CCI determinados por la Corte de conformidad con los aranceles vigentes en la fecha de inicio del arbitraje, los honorarios y los gastos de los peritos nombrados por el tribunal arbitral y los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje.*

*2 La Corte podrá fijar los honorarios de los árbitros en un monto superior o inferior al que resulte del arancel aplicable si así lo considera necesario en razón de las circunstancias excepcionales del caso.*

*3 En cualquier momento del procedimiento arbitral, el tribunal arbitral podrá tomar decisiones sobre costos, distintos de aquéllos fijados por la Corte, y ordenar su pago.*

*4 El laudo final fijará los costos del arbitraje y decidirá cuál de las partes debe pagarlos o en qué proporción deben repartirse entre ellas.*

*5 Al tomar decisiones sobre costos, el tribunal arbitral podrá tomar en cuenta las circunstancias que considere relevantes, incluyendo la medida en la que cada parte haya conducido el arbitraje de forma expedita y eficaz en término de costos.*

*6 En caso de retiro de todas las demandas o de terminación del arbitraje antes de dictarse el laudo final, la Corte fijará los honorarios y gastos de los árbitros y los gastos administrativos de la CCI. A falta de acuerdo de las partes sobre la distribución de los costos del arbitraje o sobre otras cuestiones relevantes en relación con los costos, tales cuestiones serán decididas por el tribunal arbitral. Si el tribunal arbitral no hubiere sido constituido al momento del retiro de las demandas o de la terminación, cualquier parte podrá solicitar a la Corte que proceda con la constitución del tribunal arbitral de conformidad con el Reglamento a fin de que el tribunal arbitral pueda tomar una decisión sobre los costos.*

En mi opinión, es conveniente interpretar que al elegir el Reglamento CCI, las partes se apartan de la regulación específica de los gastos de representación y asistencia legal establecida en el Código de Comercio, y que adoptan la regulación contenida en dicho Reglamento, en la parte en la que reglamenta todos los elementos de las costas de manera homogénea.

En primer lugar, considero que es mejor no limitar el apartado de gastos de representación y asistencia legal, a los erogados únicamente por la parte vencedora; pues existen casos en los que ambas partes vencen en una porción y son vencidas en otra; o bien, hay casos en los que no existe propiamente parte vencedora, o que el procedimiento se termina sin la emisión de un laudo en el que se declare vencedor. Considero que para que la distribución de costas sea equitativa, debe tomarse como base el monto de los gastos de representación y asistencia legal erogados por ambas partes; por supuesto, hasta el monto que el tribunal arbitral considere razonable, en términos de la fracción IV del artículo 1416, antes citado.

En segundo lugar considero que es más adecuado no exigir como requisito para la procedencia de la condena en costas en relación con los gastos de representación y asistencia legal, que éstos hayan sido reclamados expresamente, sino que es mejor dejar al tribunal arbitral una discrecionalidad amplia para establecer los parámetros que tomará en cuenta para imponer el pago de esas costas a una de las partes o repartir dicha carga entre las partes en diversas proporciones.

Lo anterior, pues en mi opinión, la naturaleza de la facultad de distribuir el pago de costas, establecida en el artículo 1453 del Código de Comercio y en los apartados 3 y 4 del artículo 38 del Reglamento CCI, constituye una función complementaria a la jurisdicción del árbitro, esto es, aunque no versa sobre el fondo del asunto, sino sobre la tramitación del procedimiento, es una herramienta útil para que el tribunal arbitral garantice el orden y el respeto entre las partes, y de éstas hacia el tribunal arbitral, lo cual es indispensable para que el proceso sea eficiente; sobre todo si se toma en cuenta que el tribunal

arbitral no cuenta con facultades para imponer medidas de apremio.

Y sobre todo, me parece adecuado integrar el alcance de esta función mediante el apartado 5 del artículo 38 en cita, expresamente se faculte al tribunal arbitral para "tomar en cuenta las circunstancias que considere relevantes, incluyendo la medida en la que cada parte haya conducido el arbitraje de forma expedita y eficaz en término de costos", pues en el Código de Comercio no se faculta expresamente al tribunal a distribuir los costos tomando en consideración la conducta procesal de las partes. En este sentido, en el ejercicio de la facultad del tribunal arbitral para distribución de costas, puede hacerse uso del principio de buena fe para decidir la proporción correspondiente.

En este punto conviene abordar la cuestión relacionada con la naturaleza de la asignación de costos como consecuencia por la vulneración a un deber de buena fe.

¿Se trata de una sanción o de una indemnización?

En la práctica parece haber precedentes en los que se considera que la distribución asimétrica de los costos, procede únicamente cuando se demuestra que se ha causado un daño.[19]

Sin embargo, en mi concepto esto no es necesario, pues aún considerando que se trata de una indemnización, si el tribunal arbitral llega a considerar que una de las partes debe pagar costas en lugar de la otra, ese pago sirve de indemnización respecto del monto que, de otra suerte, tendría que pagar esa otra parte si se distribuyeran los costos por igual.

En cualquier caso, desde mi punto de vista, si la distribución de costas se decide sobre la base de que la conducta de una de las partes no fue acorde con el principio de buena fe procesal, entonces se trata de una sanción por la vulneración al deber de eficiencia, en los términos antes expuestos; y no de una indemnización que requiera prueba de daño; lo cual no excluye que la causación de un daño pueda analizarse como elemento determinante para decidir sobre la distribución de costas.

**2.3. Parámetros para la distribución de costas**

Partiendo de lo expuesto hasta aquí, en el sentido de que el tribunal arbitral puede emplear su facultad para distribuir el pago de las costas del arbitraje, como una herramienta útil para el manejo eficiente del caso, que genere incentivos adecuados para que las partes actúen en acatamiento a un deber general de buena fe procesal, falta precisar qué metodología puede emplear el tribunal para realizar una distribución justa y adecuada para estos fines. Al respecto, no existen normas ni criterios uniformes.

Una primera aproximación al tema, podría sugerir que los distintos elementos que componen el concepto general de costas, y que se enumeran entre otros, en la fracción del artículo 1416 del Código de Comercio, pueden atribuirse de manera distinta a las partes por su naturaleza. Por ejemplo, los honorarios de los árbitros o los costos generados a cargo de la institución arbitral, podrían considerarse erogados en beneficio de ambas partes, y por lo tanto repartirse por partes iguales, mientras que el pago de los servicios de un perito o los honorarios de los abogados, parece más lógico que los pague cada una de las partes que contrató los servicios de ese perito y de esos abogados.

Aunque como se verá más adelante, este criterio podría servir para hacer una repartición justa en ciertos casos, debe tomarse en cuenta que en general, las partes no contratarían peritos ni abogados por su propio gusto, sino que se ven en la necesidad de hacerlo porque tienen que instaurar o continuar con su participación el procedimiento, debido a que su contraparte los demandó, o siendo demandado se niega a satisfacer sus prestaciones, o se rehusó a acudir primero a la mediación, etcétera. Analizado desde este punto de vista, parece adecuado presumir que en principio, todas las cantidades erogadas con motivo del arbitraje, catalogadas en un mismo rubro conceptual, sirven al interés de todas las partes, por lo que desde un punto de partida neutro, las costas deberían considerarse obligación de cada una de ellas por partes iguales, aunque en ciertos ordenamientos, como en el artículo 1455 del Código de Comercio, se disponga que las debe pagar por principio la parte vencida.

Sin embargo, en ejercicio de la facultad de emplear técnicas para el manejo eficiente del caso, el tribunal arbitral puede inclinar la balanza para obligar a una de las partes a pagar todas las costas, o la mayor parte de las mismas, en función de si su conducta procesal es acorde o no con el deber general de buena fe.

En mi opinión, toda vez que el mecanismo del procedimiento arbitral se echa a andar con motivo de una pretensión jurídica (demanda o reconvención), considero que para la distribución de costas, debe tomarse como punto de partida que quien plantea una pretensión jurídica debe cubrir las costas generadas por el ejercicio de dicha pretensión; pero al mismo tiempo, y en vista de que la principal obligación derivada de la buena fe procesal consiste en no ejercer acciones frívolas o notoriamente improcedentes, dicha parte debe poder tener el incentivo de que si su pretensión es procedente, y su contraparte insiste en continuar con el procedimiento en lugar de satisfacerla de inmediato, entonces será dicha contraparte quien pague las costas.

Por consiguiente, considero que lo más adecuado para la distribución de costas, es que el tribunal arbitral emplee como criterio basal, un parámetro aritmético de "costs follow the event", que atribuya a cada una de las partes, el pago de las costas en proporción a la cantidad de dinero que resulte de restar el monto al que asciende la pretensión que ejerció, aquella cantidad pretendida respecto de la cual resultó vencedora.
Al respecto, me parece que la metodología más adecuada para realizar este cálculo es el modelo porcentual que propone Francisco González de Cossío, que esencialmente consiste en calcular primero el porcentaje que la pretensión de cada parte corresponde al monto total a que asciende el asunto, esto es, la suma de todas las pretensiones; posteriormente, calcular con base en dicho porcentaje, el monto correspondiente al costo generado por cada parte, del total de costos determinado, y por último, calcular la porción que debe pagar cada una de las partes, del costo generado por su pretensión, dividiendo para ello el monto por el que resultó vencedora, entre el monto total de su pretensión, y aplicando el resultado como porcentaje de ese costo de su pretensión, previamente calculado.[20]

Ahora bien, mediante la aplicación del criterio aritmético descrito, se logra en mi opinión una distribución de costas que contempla en buena medida el deber de buena fe procesal de las partes, que se verán incentivadas a ejercer sus pretensiones de manera responsable y prudente; pero no necesariamente contempla todos los casos, como sucede cuando el procedimiento arbitral se termine por acuerdo de las partes o por cualquier motivo, antes de la emisión del laudo arbitral; y además, no calcula con precisión, de manera diferenciada, las distintas prácticas dilatorias de las partes o las conductas que generan ineficiencia del proceso.

Por consiguiente, a continuación propongo algunos parámetros adicionales o complementarios, que quizás podrían ayudar al tribunal arbitral a tarar uno u otro extremo de la balanza, para calibrarla en función de las distintas conductas en que puedan incurrir las partes, y que por ser contrarias a la buena fe procesal, generen ineficiencia y mayores costos en el procedimiento.

### 2.3.1. Obligaciones procesales y Cargas procesales

En teoría del proceso, puede distinguirse entre obligaciones procesales, que son aquellas que surgen de la relación jurídico procesal a cargo de las partes, y que sirven al correcto trámite del procedimiento, y las cargas procesales, que surgen para una de las partes como condición para obtener un beneficio procesal.[20] Desde este punto de vista, considero que al momento de distribuir el pago de las costas, el tribunal arbitral puede identificar si la conducta de alguna de las partes,

que provocó determinados costos, consistió en el incumplimiento de una obligación procesal -como sucedería, por ejemplo, si dejan de cubrir los adelantos para las costas, o si falta a alguna audiencia-, o bien, si consistió en que esa parte no agotó una carga procesal -como sería el caso, si por ejemplo, esa parte ofreció una prueba testimonial y no presentó a su testigo.

Esta distinción puede servir como parámetro útil, si se identifica que el incumplimiento de una obligación procesal es más grave que el no agotamiento de una carga procesal, en función de las circunstancias de cada caso. Esto puede motivarse, señalando por ejemplo, que el incumplimiento de determinada obligación procesal, afectó todo el procedimiento porque de su cumplimiento dependía el impulso procesal; o bien, que la falta de agotamiento de la carga procesal, si bien dilató el procedimiento, ya produjo una consecuencia negativa para la parte responsable, por ejemplo, la preclusión o la deserción de la prueba, y esa circunstancia puede aminorar la gravedad de la sanción que merece.

**2.3.2. Gravedad de la conducta**

Puede formularse un parámetro en el que se midan en un extremo aquellas prácticas que más gravemente afectan la eficiencia del procedimiento, o incluso la igualdad entre las partes o el debido proceso, y en el otro, las que ciertamente fueron dilatorias o generaron ineficiencia, pero no de manera importante. Dicho parámetro de gradualidad puede emplearse para encontrar agravantes o atenuantes en la distribución de costas.

**2.3.3. Dolo procesal y culpa procesal**

En mi concepto, toda práctica dilatoria o que en general haga el procedimiento más tardado o menos eficiente en cuanto a costos, implica un incumplimiento al deber general de buena fe procesal, como he dejado expuesto con antelación.

Sin embargo, eso no significa que todo incumplimiento a la buena fe, constituya un acto de dolo o mala fe, sino que también las partes pueden incurrir en estas prácticas por negligencia o por simple impericia. Conviene precisar a continuación estos conceptos.

Si el dolo consiste en cualquier maquinación premeditada e implementada con el ánimo de causar un daño, entonces en el plano procesal, esto significa incurrir en una práctica dilatoria o elusiva, como sucede cuando una de las partes ejerce una pretensión frívola o notoriamente improcedente, o solicita la práctica de diligencias o procedimientos innecesarios, precisamente con el propósito de chicanear o de cualquier forma retardar el procedimiento, o inclusive para nublar el buen juicio del tribunal arbitral, el ofrecimiento de pruebas falsas o la interposición de procedimientos para hostigar a los árbitros, causar desigualdad o parcialidad a su favor o afectar el debido proceso; o en general, cuando una de las partes hace que el procedimiento arbitral sea menos eficiente en cuanto a costos, precisamente para causar un daño patrimonial a su contraparte.

En este sentido, si al momento de distribuir los costos, el tribunal arbitral identifica que existen pruebas o indicios suficientes, de que una de las partes actuó con dolo procesal, entonces la asignación de las costas deberá inclinar la balanza a su cargo de manera drástica.

En cambio, la calibración de la balanza podrá ser relativamente menos inclinada si las prácticas dilatorias o de ineficiencia se producen por la culpa de alguna de las partes, esto es, cuando sin la intención de causar el resultado dañino, esa persona dejó de tener la diligencia debida en su participación dentro del procedimiento arbitral, y dicha negligencia tuvo como consecuencia la dilación o ineficiencia del proceso.

Aquí puede hacerse una escala de valoración más sofisticada, si se distingue entre distintos niveles de culpa.

Por ejemplo, podría hablarse de una culpa grave, cuando una de las partes no tiene el cuidado o diligencia en un asunto que podría ser exigible al más inexperto de los litigantes (culpa lata), por ejemplo, el no acatamiento de órdenes procesales,[22] la presentación de solicitudes injustificadas de medidas precautorias y el incumplimiento injustificado del calendario procesal.[23]

En este rubro podrían encuadrar aquellas obligaciones establecidas por el tribunal arbitral en al acta de misión o una orden procesal, en donde expresamente se haga énfasis en la importancia de su cumplimiento para efectos de eficiencia en el proceso, y precisamente se aperciba a las partes con la distribución de costas a su cargo en caso de incumplimiento.

Asimismo, podría identificarse como culpa leve, un acto dilatorio o ineficiente que requería de la diligencia que podría esperarse de un litigante más experimentado y sofisticado (culpa levis), o en otras palabras, se trata de un error o descuido derivado de la simple impericia del litigante, y que por lo tanto no era exigible de manera importante, que evitara esa falta; por ejemplo, la presentación de promociones demasiado extensas.

Podrían categorizarse, finalmente, como culpa in concreto, aquellas conductas que adolecen de una falta de diligencia exigible a un litigante que precisamente tiene experiencia en el procedimiento arbitral, e inclusive en el área jurídica sobre la que el mismo versa, por ejemplo, si existiendo una cláusula escalonada, una de las partes se niega a agotar la mediación antes de acudir al arbitraje; o si existiendo un pacto de discovery prejudicial en un asunto relativo a cuestiones de alta especialización técnica, resulta que una de las partes no entregó toda la documentación relevante.[24]

**2.3.4. Dificultad del caso**

Como se ha dejado expuesto, el principal deber que se deriva del principio general de buena fe procesal, consiste en no ejercer pretensiones frívolas o notoriamente improcedentes; y para determinar que se ha incumplido ese deber, debe tratarse de un caso relativamente sencillo.

Ahora bien, en una línea de medición entre una pretensión frívola o notoriamente improcedente, y una pretensión muy discutiblemente procedente, existen distintos grados de dificultad, que puede emplearse para graduar la distribución de costas.

Así, por ejemplo, si una de las partes insistió mucho en la práctica de diligencias, la obtención de documentos y el desahogo de pruebas, que generaron dilación y costos extraordinarios en el proceso, y aun así es vencido, pero la pretensión que quería demostrar era realmente meritoria o discutible, quizás pueda atenuarse un poco la distribución de costas a su cargo.

**2.3.5. Desglose de los elementos de las costas**

Con anterioridad expuse que todos los rubros que componen el concepto general de costas, convenientemente deben considerarse de manera abstracta como una obligación procesal a cargo de ambas partes por igual.

Por lo tanto, parece también conveniente que al realizar la distribución de costas en el laudo arbitral, el tribunal lo realice tomando como base el monto total de las costas calculadas previamente por la Corte Internacional de Arbitraje del CCI.

Esto es así, porque normalmente, cualquier práctica dilatoria o que genere ineficiencia, genera costos en diversos rubros (por ejemplo, si se dilata el proceso por el desahogo de una prueba, también se generarán más costos en honorarios de los abogados).

Sin embargo, en los asuntos en los que pueda identificarse con claridad que determinada práctica contraria a la buena fe procesal, que generó dilación o ineficacia del procedimiento, generó por esa circunstancia una cantidad determinada de costos adicionales, que no repercutió de manera importante en los demás rubros que componen el concepto general de costas, entonces el tribunal arbitral podría asignar el pago de esos costos a cargo de la parte que los generó, desglosando ese rubro del resto de las costas.

## 3. Conclusiones

3.1.El deber de buena fe procesal es aplicable en el arbitraje

Incluso sin aplicar las normas del derecho positivo nacional que hacen referencia a este principio general del derecho, por no ser aplicables en el sistema autocontenido del derecho arbitral, la ratio legis en que se sustentan no desaparece, además de que existe una íntima relación entre este principio y el arbitraje, por los elementos contractuales y jurisdiccionales que forman parte de su esencia; y por lo tanto es razonable emplear los postulados del principio de la buena fe procesal, al menos como proposiciones de la argumentación jurídica.

### 3.1. La facultad para distribuir costos es una función complementaria a la jurisdicción del árbitro

En el ejercicio de sus atribuciones como conductor del procedimiento, el tribunal arbitral tiene la responsabilidad de que se guarde el debido orden y el respeto entre las partes y de éstas al propio tribunal; por lo que, ante la falta de facultades para imponer medidas de apremio, la facultad de regular y distribuir costas puede ser una herramienta útil para el manejo eficiente del caso, esto es, para evitar que las partes, en contra del deber de buena fe procesal, incurran en prácticas dilatorias o que disminuyan la eficacia en los costos del procedimiento. Esto ayudará a mantener el correcto manejo del caso, para que el proceso realmente sirva como camino hacia la emisión de un laudo justo y adecuado, por lo que se trata de una facultad complementaria a la función jurisdiccional que ejerce el tribunal arbitral.

### 3.2. Parámetros para la distribución de costas

Aunque en principio algunos de los elementos que componen el concepto general de costas, parecen servir a los intereses de una sola de las partes, debe considerarse que todos ellos se erogan por la tramitación del arbitraje, y por ende, conceptualmente debe entenderse que sirven a todas las partes, por lo que en un punto de partida neutro, los costos deberían considerarse obligaciones procesales a cargo de todas ellas por partes iguales.

Sin embargo, en ejercicio de la facultad de emplear técnicas para el manejo eficiente del caso, el tribunal arbitral puede inclinar la balanza para obligar a una de las partes a pagar todas las costas, o la mayor porción de las mismas, en función de si su conducta procesal se adecua o no a la buena fe procesal.

Para ello, conviene emplear un modelo porcentual que permita calcular el costo a cargo de las partes en función de la pretensión que ejercieron, en la medida en que dicha pretensión fue vencedora; y posteriormente, puede modularse la balanza en uno y otro sentido a través de otros criterios complementarios.

Dichos parámetros pueden basarse, entre otras cosas, en la distinta trascendencia que puede atribuirse a la práctica ineficiente en que incurrieron las partes, en función de si se trata del incumplimiento de una obligación procesal, o la falta de satisfacción de una carga procesal; o bien, pueden basarse en esquemas graduales que midan la gravedad de la conducta, el dolo o la culpa del infractor, la dificultad del caso concreto y por ende la justificación de ciertas prácticas procesales, y el desglose de los diversos elementos de costas.

**Consulta aquí las referencias bibliográficas**

# El límite de la flexibilidad arbitral: inaplicación de disposiciones normativas y su viabilidad en México

El arbitraje ha emergido como un mecanismo alternativo de resolución de controversias que permite a las partes alcanzar decisiones vinculantes fuera de los tribunales estatales. Su popularidad radica en la flexibilidad, la autonomía de las partes y la posibilidad de adaptarse a necesidades específicas. Sin embargo, la creciente complejidad de las disputas y la interacción con el marco normativo imperativo plantean retos significativos sobre los límites del arbitraje.

Uno de los temas más controvertidos en el ámbito arbitral es la inaplicación de disposiciones normativas por parte de los árbitros; una cuestión que oscila entre la autonomía de la voluntad de las partes y las restricciones impuestas por el orden público y las normas imperativas. Aunque el arbitraje goza de una relativa flexibilidad en la interpretación y aplicación del derecho, las disposiciones legales imponen límites claros, principalmente para garantizar la coherencia y estabilidad del sistema jurídico.

En este trabajo es analizada la inaplicación de disposiciones normativas desde una perspectiva crítica, a partir de su fundamento teórico, los parámetros establecidos por el derecho internacional y su regulación en México. También es examinado si este fenómeno es posible y deseable dentro del contexto jurídico mexicano, sobre la base de sus implicaciones en la legalidad de los laudos arbitrales, la coherencia del sistema jurídico y la legitimidad del arbitraje como institución.

Este análisis aborda tres aspectos fundamentales. En primer lugar, abordo los conceptos de orden público y normas imperativas, así como su papel en el arbitraje. En segundo lugar, evalúo si los árbitros pueden inaplicar normas en México y cómo este poder podría impactar en la validez de los laudos arbitrales.

**Salvador Alvarado**
Socio
Ancla Abogados

**Consulta aquí las referencias bibliográficas**

Concluye que la inaplicación de disposiciones por parte de los árbitros plantea serias preocupaciones respecto a la coherencia y estabilidad del sistema jurídico mexicano, así como a la percepción pública sobre la imparcialidad y legitimidad del arbitraje. Por ello, considero de suma importancia preservar el equilibrio entre la flexibilidad de este mecanismo y el respeto a los principios fundamentales del derecho, no solo desde un punto de vista teórico, sino también a partir de las circunstancias que afronta la judicatura mundial.

**1. Autonomía de la voluntad**

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha reconocido que la autonomía de la voluntad no es únicamente un principio general del derecho común, sino un concepto con profundas raíces constitucionales. Este principio deriva de los artículos 1° y 4° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, los cuales reflejan su vinculación con la dignidad humana y el derecho al libre desarrollo de la personalidad. En esencia, la autonomía de la voluntad materializa el respeto por el individuo y su capacidad para estructurar libremente sus relaciones jurídicas, dentro de un marco normativo que respalda su autodeterminación[1].

La autonomía de la voluntad no está limitada a las relaciones contractuales, su alcance abarca todos los aspectos de la vida del individuo en tanto reconoce la facultad de decidir libremente sobre sí mismo y sobre las condiciones en las que desea llevar a cabo su proyecto de vida. Este principio constituye un elemento esencial del derecho humano a la autodeterminación individual, entendida como la capacidad de elegir con plena libertad y responsabilidad las decisiones que impactan en su esfera personal, social y patrimonial.

El principio de autonomía de la voluntad constituye uno de los pilares esenciales del arbitraje y es indispensable para comprender su naturaleza como mecanismo alternativo de resolución de controversias.

Este principio tiene sustento en la facultad con que cuentas las personas para disponer libremente de sus derechos, dentro de los límites establecidos en el orden jurídico. En el contexto del arbitraje, la autonomía de la voluntad implica la capacidad de las partes para pactar acuerdos que regulen su relación jurídica mediante el sometimiento de sus controversias a la justicia arbitral y la definición de aspectos fundamentales del proceso.

La decisión de optar por el arbitraje implica que las partes renuncian a la jurisdicción de los tribunales estatales para confiar la solución de sus diferencias a un tribunal arbitral. Este acto de voluntad conjunta les permite personalizar el procedimiento arbitral según sus necesidades y expectativas. Por ejemplo, pueden designar a los árbitros que consideren idóneos, establecer las reglas que regirán el proceso, determinar el lugar en el que se llevará a cabo el arbitraje y seleccionar la ley aplicable para resolver su disputa.

Sin embargo, tal como sucede con prácticamente cualquier derecho humano, el principio de autonomía de la voluntad no puede entenderse como absoluto. En un Estado de derecho, el ejercicio de la autonomía de la voluntad encuentra límites, por ejemplo, en el respeto al derecho ajeno, al orden público y a los principios de convivencia social, entre otros. Estos límites no solo son una restricción lógica, sino también una exigencia para garantizar la paz y la armonía dentro de una sociedad democrática.

Al respecto la Suprema Corte ha señalado que los límites a la autonomía de la voluntad responden a la necesidad de equilibrar la libertad individual

con los derechos de terceros y los valores superiores del orden jurídico, tal como es previsto en el artículo 1830 del Código Civil Federal, en el cual el legislador estableció como prohibición la celebración de actos jurídicos que sean contrarios al orden público o a las buenas costumbres.

Así, si bien la autonomía de la voluntad encuentra su máxima expresión en el ámbito del derecho privado, particularmente en la celebración de contratos, siempre está subordinada a principios constitucionales y legales. En este sentido, la autodeterminación individual no solo es un derecho, sino también una responsabilidad que implica respetar las reglas esenciales de convivencia.

Por tanto, la autonomía de la voluntad es un pilar del derecho civil y una manifestación del derecho humano a la autodeterminación. No obstante, su ejercicio está condicionado por la necesidad de respetar el derecho ajeno, el orden público y los principios fundamentales del derecho. Este equilibrio entre libertad individual y responsabilidad social es lo que permite que la vida en sociedad se desarrolle en un entorno de justicia, paz y armonía.

En el contexto arbitral, la autonomía de la voluntad es el eje central que permite a las partes pactar las reglas del juego. Las personas no solo acuerdan someterse a un tribunal arbitral, sino que también definen elementos fundamentales como la ley aplicable, la sede del arbitraje y los árbitros que decidirán el caso.

El grado de personalización referido contrasta con el sistema judicial tradicional, en el cual las reglas del proceso son impuestas por el Estado. De este modo, el arbitraje responde a las necesidades particulares de las partes y fomenta la eficiencia y especialización en la resolución de conflictos.

A pesar de su amplia aplicación, la autonomía de la voluntad en el arbitraje no es absoluta. Las partes están sujetas a restricciones impuestas por el orden público y las buenas costumbres; principios que garantizan que los acuerdos arbitrales no vulneren derechos fundamentales o intereses colectivos. Por ejemplo, en México, el artículo 1445 del Código de Comercio es señalado que un convenio arbitral no puede ser válido si afecta derechos indisponibles o contraviene disposiciones de orden público.

En el ámbito internacional, la autonomía de la voluntad también encuentra respaldo en instrumentos como la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre Arbitraje Comercial Internacional, que permite a las partes decidir libremente aspectos clave del procedimiento, siempre que no infrinjan normas imperativas. Este enfoque flexible ha sido adoptado por múltiples jurisdicciones, consolidando al arbitraje como un mecanismo que respeta y promueve la autodeterminación de las partes. Sin embargo, los tribunales nacionales desempeñan un papel crucial al revisar la validez de los acuerdos arbitrales y garantizar que se respeten los principios fundamentales de equidad y debido proceso.

**2. Control de convencionalidad e inaplicación de disposiciones normativas**

En el ámbito de la función jurisdiccional, el principio de obediencia a las normas y criterios previamente establecidos es esencial para garantizar la seguridad jurídica y la igualdad ante la ley. La resolución de conflictos no se basa únicamente en la voluntad o discrecionalidad del juzgador, sino que se enmarca en un sistema normativo que delimita y orienta su actuar.

Lo propio de la decisión jurisdiccional radica en su esencia vinculante, sustentada en la capacidad, o más propiamente, en la potestad que tienen los jueces para resolver un caso con base en razones previamente establecidas por órganos jerárquicamente superiores o de igual nivel, según el sistema de precedentes aplicable. Estas razones, que adquieren carácter obligatorio, no pueden ser desobedecidas, pues garantizan la uniformidad en la interpretación y aplicación del derecho.

Este carácter obligatorio no solo refuerza la legitimidad de las decisiones jurisdiccionales, sino que también protege el principio de igualdad al asegurar que casos similares sean resueltos de manera congruente. Asimismo, permite que las personas prevean con cierto grado de certeza el alcance de sus derechos y obligaciones. En este sentido, la potestad de resolver no se reduce a un mero acto de autoridad, sino que representa una manifestación del orden jurídico cuya finalidad es la justicia y la estabilidad en las relaciones sociales.

Como señala Manuel Núñez Poblete:

*Lo propio de la decisión jurisdiccional radica en la capacidad o, propiamente, en la potestad de resolver un caso fundamentando la decisión en razones dadas anteriormente por otro órgano y que no se pueden desobedecer porque son obligatorias. Parafraseando la vieja fórmula romana (Dig. 2, 2.1), el magistrado aplica el Derecho que un tercero estableció para las partes de la contienda. En un concepto restringido de las fuentes jurídicas, ese tercero solo puede ser el Estado (legislador, constituyente, reglamentario o, al fin de cuentas, el soberano), mientras que una mirada más amplia también reconoce como fuentes creadoras a la comunidad (vulgar o forense, que modela ciertas costumbres y principios obligatorios), a las propias partes del proceso (que pueden haberse dado anticipadamente las reglas para solucionar el conflicto), y hasta los propios tribunales de justicia. En lo que concierne a las fuentes formales de origen estatal "fuentes-acto" en la conocida versión de Mortati (1991, p. 318) o Crisafulli (1993, pp. 38 y ss.) corresponde al juez fallar el asunto sometido a su conocimiento aplicando la norma positiva que corresponde al caso. Si no aplica la norma (en términos positivistas, si no hay coincidencia entre la norma individual de la sentencia y la norma general, Kelsen 1995, p. 275), su sentencia es revocable o anulable, según sea el recurso procesal de que disponga el agraviado con esa decisión. La revisión judicial de esa decisión, vista en la perspectiva ilustrada moderna, asegura que los jueces -en tanto poder del Estado- se mantengan y resuelvan sus casos dentro de los márgenes fijados por el legislador que, dadas ciertas condiciones, se presume que actúa por el pueblo.*

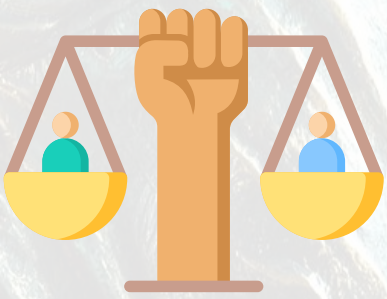
*Desde esa muy conocida perspectiva, el juez aplica y no crea la ley, todo lo cual resulta además muy conforme con el principio democrático según el cual la ley es obra de los representantes del pueblo.*

Para justificar la inaplicación de una disposición normativa vigente, el juez debe contar con una razón sólida. Estas razones pueden ser la falta de cumplimiento de la condición necesaria para que la disposición sea aplicable[2] o argumentos más elaborados relacionados con la identificación y el análisis de otras disposiciones normativas o principios que por ser más o coherentes con el ordenamiento jurídico, desplazan la aplicación de la disposición en cuestión.

En ese sentido, importa tener en cuenta una definición de inaplicación o desaplicación de una disposición normativa. De nueva cuenta, en palabras de Núñez Poblete:

*Por desaplicación entendemos aquí la omisión fundada y legítima del juez de resolver conforme a los criterios indicados en una norma dada. Es fundada porque ni es obra del arbitrio ni de la ignorancia del juez, y es legítima porque a través de ella el juez se mantiene dentro de la juridicidad. La actuación dentro del campo de la juridicidad, que presupone "una interpretación justificable teóricamente, según los métodos de la ciencia jurídica" (Rodríguez y Ossandón 2008, p. 197) o "una interpretación razonable y posible de la ley" (Pedreira 2007, p. 113), excluye otras formas torcidas de desaplicación que caen dentro de las conductas prevaricadoras.*

*De la no aplicación de la norma solo se sigue un resultado diverso en la decisión del asunto, manteniéndose inalterada la vigencia y la validez de la regla desaplicada.*



Al respecto, en el caso mexicano, previo a la reforma constitucional en derechos humanos del 2011, el control de constitucionalidad había sido históricamente exclusivo del Poder Judicial Federal, mediante mecanismos como el juicio de amparo, las controversias constitucionales y las acciones de inconstitucionalidad.

Este esquema de control de constitucionalidad concentrado fue ampliado en un primer término en 2008, cuando el Tribunal Electoral obtuvo la facultad de inaplicar leyes en su ámbito de competencia. Sin embargo, la evolución hacia un modelo difuso de control ha sido resultado de construcciones jurisprudenciales más que de disposiciones constitucionales claras.

En primer lugar, debe tenerse en cuenta que en la sentencia del caso Rosendo Radilla Pacheco contra los Estados Unidos Mexicanos, la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos estableció el siguiente mandato para el Estado mexicano.

339. En relación con las prácticas judiciales, este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico.

Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer un 'control de convencionalidad' ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes.

En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.

A partir de ello, en el asunto varios 912/2010, el Pleno de la Suprema Corte señaló que la reforma constitucional de 2011 marcó un cambio significativo al incorporar un enfoque pro persona en la interpretación y aplicación de disposiciones normativas. Según el artículo 1°, todas las autoridades deben velar por los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, así como garantizar siempre la protección más amplia posible a las personas.

Agregó que en el artículo 133 de la Constitución general es reforzada esta obligación en tanto que es señalado que los jueces deben preferir las disposiciones de la Constitución y de los tratados internacionales sobre cualquier disposición inferior que sea incompatible; obligación que no implica invalidar disposiciones de manera general, sino inaplicarlas en casos concretos cuando contravengan derechos humanos. Este enfoque fortalece la función judicial al priorizar la protección efectiva de estos derechos.

Así, el control de convencionalidad como parte del modelo judicial mexicano debe alinearse con el marco general de constitucionalidad definido por los artículos 1° y 133. Este modelo combina un control concentrado, ejercido a través de vías directas como el juicio de amparo, las acciones de inconstitucionalidad y las controversias constitucionales, con un control incidental realizado por jueces en procesos ordinarios. Ambos componentes operan de forma complementaria.

Lo anterior en tanto que los jueces estan obligados a preferir los derechos humanos sobre cualquier disposición normativa de rango interior a la Constitución y los tratados internacionales de los que el Estado mexicano es parte; supuesto en el que los jueces están obligados a desaplicar las disposiciones normativas de rango inferior.

Con ello, los jueces mexicanos ahora tienen un marco claro para ejercer el control de convencionalidad ex officio, el cual incluye los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales ratificados por México, así como la jurisprudencia de la Corte Interamericana.

Este ejercicio, según la Corte mexicana, no elimina la presunción de constitucionalidad de las leyes, sino que se basa en ella para determinar su compatibilidad con los derechos humanos.

La realización de dicho control sobre la posible inaplicación de una disposición a un caso concreto implica una metodología de tres etapas:

a) Interpretación conforme en sentido amplio. Los jueces del país, al igual que todas las demás autoridades del Estado mexicano, deben interpretar el orden jurídico a la luz y conforme a los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los cuales el Estado mexicano es parte, de forma tal que favorezca a las personas la protección más amplia en todo momento.

b) Interpretación conforme en sentido estricto. Ello significa que, a partir de la presunción de constitucionalidad de las leyes, cuando hay varias interpretaciones jurídicamente válidas, los jueces deben preferir aquélla que hace a la ley acorde a los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los que el Estado mexicano es parte, para evitar incidir o vulnerar el contenido esencial de estos derechos; y,

c) Inaplicación de la ley cuando las alternativas anteriores no son posibles, lo cual no rompe con la lógica del principio de división de poderes y del federalismo, sino que fortalece el papel de los jueces al ser el último recurso para asegurar la primacía y aplicación efectiva de los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los cuales el Estado mexicano es parte.

En suma, hay dos grandes vertientes dentro del modelo de control de constitucionalidad en el orden jurídico mexicano acordes con el modelo de control de convencionalidad en los términos apuntados. En primer lugar, el control concentrado en los órganos del Poder Judicial de la Federación con vías directas de control: acciones de inconstitucionalidad, controversias constitucionales y amparo directo e indirecto; en segundo término, el control por parte del resto de los jueces del país en forma incidental durante los procesos ordinarios en los que son competentes, sin necesidad de abrir un expediente por cuerda separada.

**3. ¿Es deseable que los árbitros inapliquen normas en México?**

El arbitraje, como mecanismo alternativo de resolución de controversias, está basado en un principio fundamental: la autonomía de la voluntad de las partes. Este principio permite que las partes involucradas en una disputa acuerden someter su resolución a un tercero imparcial, el árbitro, quien dicta la decisión sobre el conflicto.

Sin embargo, como fue mencionado, este principio no es absoluto y está sujeto a límites establecidos por el marco normativo y el orden público. En este contexto, surge la cuestión sobre si los árbitros deben tener la facultad de inaplicar normas, es decir, si es válido la omisión fundada y legítima de un árbitro de resolver conforme a los criterios indicados en una norma dada.

Es importante señalar que en el ámbito internacional ningún sistema legal otorga expresamente a los árbitros la facultad de inaplicar normas, sino que, por regla general, es permitida una interpretación flexible de las disposiciones aplicables, pero bajo límites estrictos.

En países como Francia, la interpretación flexible del “orden público internacional” en arbitrajes comerciales permite que los árbitros no apliquen normas locales si consideran que son incompatibles con principios internacionales de mayor jerarquía. Sin embargo, esta flexibilidad no equivale a una inaplicación absoluta de las normas, y sigue estando sujeta a la condición de que no se vulneren principios fundamentales[3].

A pesar de esta flexibilidad, el orden público sigue siendo un límite fundamental que los árbitros deben respetar, y cualquier laudo que lo transgreda puede ser anulado o no reconocido; aspecto que debe determinarse caso por caso.

Este enfoque de flexibilidad en la interpretación es común en el arbitraje internacional, pero no debe confundirse con la posibilidad de que los árbitros inapliquen normas. Más bien, ese ejercicio constituye una interpretación (atribución de significado) que respeta los principios fundamentales, sin dejar de lado el marco normativo aplicable.

En ese sentido, aunque algunos tribunales arbitrales en distintas partes del mundo pueden adaptar la aplicación de ciertas disposiciones normativas a las circunstancias particulares del caso, en ningún país de manera expresa y generalizada es otorgada a los árbitros la facultad de inaplicar disposiciones sin considerar los límites impuestos por el orden público y las reglas imperativas.

Por lo que hace al caso mexicano, en el marco normativo tampoco son establecidas disposiciones que faculten a los árbitros a inaplicar normas en los laudos que emita, ni limitaciones a la autonomía de la voluntad que impidan establecer en la cláusula arbitral la obligación para estos de inaplicar disposiciones contrarias a derechos humanos, por ejemplo, en los asuntos que les corresponda resolver.

Incluso podría sostenerse que al atribuir significado al artículo 1445 del Código de Comercio, se obtiene como norma la posibilidad de que en el acuerdo arbitral sea establecido un mandato para los árbitros para inaplicar normas, dado que el tribunal arbitral decidirá el litigio de conformidad con las normas de derecho elegidas por las partes y decidirá con arreglo a las estipulaciones del convenio y tendrá en cuenta los usos mercantiles aplicables al caso[4].

Sin embargo, por más tentadora que sea esa interpretación, considero que hay buenas razones para decantarse por la posición contraria, impedir que los árbitros inapliquen normas y con ello evitar consecuencias tanto en la coherencia del sistema jurídico[5], como en la legalidad del arbitraje.

Respecto de la coherencia del sistema legal, permitir que los árbitros inapliquen normas podría fragmentar el sistema jurídico y generar una suerte de jurisprudencia paralela y disociada de las normas y principios que rigen el derecho mexicano.

Esto dificultaría la interpretación y aplicación uniforme de la ley, en detrimento de la coherencia y previsibilidad del sistema legal.

En cuanto a la legalidad del arbitraje, al menos puede haber dos problemas de suma relevancia: la anulación y denegación de ejecución del laudo arbitral.

En primer lugar, importa tener en cuenta que en términos del artículo 1457[1], los laudos pueden ser anulados judicialmente por ser contrario al orden público.

¿Qué es el orden público? Desde el punto de vista del derecho, es un conceto jurídico indeterminado. Al respecto, ilustra la dificultad de definirlo lo señalado poren su tesis doctoral.

23. El resultado de los esfuerzos realizados en pos de su definición no han llegado a ninguna concreción de la que podamos partir en la actualidad ni desde la práctica autóctona ni desde la internacional en sede judicial ni arbitral. En nuestro país, se desiste expresamente de la pretensión de abarcar la noción de orden público señalando que “el orden público es una noción en extremo sutil, imprecisa e indeterminada que escapa a toda definición”. Del mismo modo, en la jurisprudencia extranjera más reciente se pone en evidencia la dificultad para interpretar el orden público en la práctica totalidad de decisiones y comentarios al respecto. En la Sentencia del Tribunal de Casación francés de 3 de junio de 199876 y en la del Tribunal de Apelación de 1 de julio de 1977, se continúa discutiendo sobre cuál es su adecuada interpretación en sede judicial imponiendo la necesidad de justificar en todo caso su aplicación con el objetivo de determinar la función y el contenido del orden público en cada decisión en la que éste se vea afectado. Indeterminación, puesta de manifiesto en las últimas inquisiciones del TJCE, a vueltas con la dificultad que implica el concepto de orden público en el Derecho de la competencia y el arbitraje internacional, y el orden público comunitario en el art. 27. 1 CB.

24. De otro lado, los Tribunales arbitrales deben prever el orden público susceptible de invalidar el laudo en cada caso concreto. De modo que ante la indeterminación general del mismo éstos se encuentran desamparados frente a la imposibilidad material de encontrar un criterio que les ayude a estimar con claridad las actuaciones que deben decidirse en consideración con las normas imperativas y de orden público que pueden repercutir, según los diferentes sistemas, en la eficacia del laudo.

Esta actitud particularizada y temerosa de dar una acepción más ecuánime del orden público en las diversas sedes y sistemas legales consolida, en definitiva, el lugar preferente que ocupa dicha noción en el espacio, no siempre grato, de la indeterminación a la que parece haberse resignado sino acostumbrado la ciencia jurídica.

Más allá de las dificultades para definir qué es orden público[1], lo relevante para el punto es que la inaplicación de normas por el tribunal arbitral en el laudo puede argumentarse fácilmente como un caso que lo contraria y con ello abrir la puerta no solo a retrasar la ejecución del laudo, sino a tener un caso sólido para lograr su anulación[2].

Al escenario anterior en cuanto a contrariar disposiciones de orden público, debe sumarse el caso de las normas imperativas. En el ámbito del arbitraje, las normas imperativas son disposiciones legales de carácter obligatorio que las partes no pueden eludir mediante acuerdos privados. Estas normas protegen principios fundamentales y garantizan el respeto al orden público en las relaciones jurídicas.

Según la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, las normas imperativas son aquellas que “no pueden ser derogadas por acuerdo entre las partes” y cuya aplicación es esencial para salvaguardar intereses públicos fundamentales.

En el contexto del arbitraje, la aplicación de estas normas cobra relevancia en tanto que los árbitros deben asegurarse de que los laudos emitidos no contravengan disposiciones imperativas del derecho aplicable.

La inobservancia de estas normas puede conducir a la anulación del laudo o a la denegación de su reconocimiento y ejecución, especialmente si se considera que vulnera el orden público del Estado en cuestión.

En ese sentido, el legislador mexicano estableció en el artículo 1462 del Código de Comercio[9] entre los supuestos para que los jueces nieguen el reconocimiento o ejecución de un laudo, que sea contrario al orden público.

En el arbitraje internacional, con base en la contravención al orden público los tribunales nacionales pueden rechazar la ejecución de laudos que infrinjan los principios fundamentales de justicia y moralidad de un Estado. En el artículo V(2)(b) de la Convención de Nueva York de 1958, es señalado que la ejecución de un laudo puede ser denegada si “el reconocimiento o la ejecución del laudo serían contrarios al orden público de ese país”.

Así, dado que el concepto de orden público es dinámico y varía según la jurisdicción, hay un espacio amplio a la incertidumbre en cuanto a la ejecución de laudos arbitrales. Algunos Estados adoptan una interpretación restringida, limitando la excepción a violaciones evidentes de normas fundamentales, mientras que otros aplican una visión más amplia, incluidos aspectos de política pública y consideraciones económicas. Esta variabilidad puede afectar la predictibilidad y uniformidad en la aplicación de la Convención de Nueva York[10].

Aunado a lo anterior, la arbitrabilidad de ciertas materias también influye en la aplicación de la excepción de orden público. Algunas jurisdicciones consideran que disputas relacionadas con temas como el derecho de familia o insolvencia no son arbitrables, por ejemplo, y cualquier laudo sobre estas materias podría ser rechazado por razones de orden público. La determinación de la arbitrabilidad depende tanto del derecho del foro como del derecho aplicable al acuerdo arbitral.

Por lo que la inaplicación de normas por parte de un tribunal arbitral plantea riesgos significativos para la validez y ejecución de los laudos arbitrales. Al ser un concepto jurídico indeterminado, el orden público representa una limitación crucial que, junto con las normas imperativas, establece un marco de actuación para los árbitros. Esto asegura que sus decisiones respeten principios fundamentales, lo que no solo protege el sistema jurídico nacional, sino también la legitimidad del arbitraje como mecanismo de resolución de controversias.

En este sentido, resulta esencial que las partes y los árbitros actúen con cautela en la interpretación de las disposiciones normativas aplicables al arbitraje. El respeto por el orden público y las normas imperativas no solo garantiza la estabilidad del sistema jurídico, sino que también previene escenarios en los que un laudo sea objeto de anulación o denegación de ejecución.

La flexibilidad inherente al arbitraje no debe confundirse con una autorización para transgredir estos límites, sino que debe ejercerse dentro de un marco de respeto a los valores fundamentales del derecho.

Adicionalmente, permitir que los árbitros inapliquen normas podría llevar a una asimilación de sus funciones a las de un juez ordinario, al menos dentro del contexto del control de convencionalidad ex officio referido en el apartado dos de este trabajo.

Como fue referido, para que un juez inaplique una disposición normativa vigente, debe contar con una razón sólida. Estas razones pueden ser la falta de cumplimiento de la condición necesaria para que la disposición sea aplicable o argumentos más elaborados relacionados con la identificación y el análisis de otras disposiciones normativas o principios que por ser más o coherentes con el ordenamiento jurídico, desplazan la aplicación de la disposición en cuestión.

Si los tribunales arbitrales empiezan a asumir esas funciones, sus actuaciones empatarían con el mandato que la Suprema Corte de Justicia de la Nación definió para los tribunales ordinarios distintos a aquellos que realizan un control concentrado de constitucionalidad y convencionalidad (jueces de distrito, tribunales de circuito y la propia Corte), con la diferencia que la facultad de no resolver con base en el mandato del legislador un caso en concreto es ejercida por particulares, con independencia que las razones para ello sean jurídicamente correctas.

Y, más aún, que los árbitros inapliquen disposiciones normativas abriría la puerta para que los tribunales constitucionales nacionales replanteen su posición respecto de no calificar a los primeros como autoridades responsables para efectos del juicio de amparo y revisar jurisdiccionalmente los razonamientos relacionados con la inaplicación en primer lugar e incluso, sobre la base de ello, el criterio decisorio.

Es cierto que la función de un tribunal arbitral no encuadra en lo señalado por el legislador mexicano en el artículo 5° de la Ley de Amparo respecto a que los particulares tendrán esa calidad cuando realicen actos equivalentes a los de autoridad que dicten ordenen, ejecuten o traten de ejecutar el acto que crea, modifica o extingue situaciones jurídicas en forma unilateral y obligatoria; u omita el acto que de realizarse crearía, modificaría o extinguiría dichas situaciones jurídicas, y cuyas funciones estén determinadas por una norma general.

Pero también lo es que mediante una interpretación analógica puede concluirse que son autoridades para efectos del juicio de amparo los árbitros, en tanto que tienen facultades para imponer una solución jurídica a un particular contraria a la solución prevista por el legislador para el caso en concreto.

Al respecto importa tener en cuenta que la doctrina y práctica arbitral han sido consistente en evitar la asimilación de los árbitros a autoridades estatales. El arbitraje es una institución por la cual un tercero resuelve una diferencia que divide a dos o más partes en ejercicio de la misión jurisdiccional que le fue ha sido conferida por ellos[12]. Como tal, los tribunales administrativos carecen del imperio propio de los jueces y para algunos estudiosos del tema, también de jurisdicción.

En ese sentido, en el amparo en revisión 131/2009, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación señaló que el arbitraje no es un procedimiento jurisdiccional, los árbitros no son autoridades del estado con potestad pública, el procedimiento arbitral comercial tiene una naturaleza y origen contractual, es decir, basada en la voluntad de las partes que aceptan que un particular decida una controversia existente entre ellas y el laudo arbitral, por tanto, no constituye una sentencia.

Por lo tanto, los árbitros no deben ser considerados autoridades estatales, sino facilitadores de la resolución de disputas en un ámbito contractual.

Si se les concede la facultad de inaplicar normas, podría generar la percepción de que el arbitraje es un espacio en el que se pueden evadir obligaciones legales, lo cual podría erosionar la confianza de las partes en este mecanismo. Esta confusión podría también socavar la independencia y la imparcialidad de los árbitros, esenciales para mantener la legitimidad del proceso.

Finalmente, debe tenerse en cuenta que la reforma al Poder Judicial Federal de finales de 2024 en México y los desafíos mundiales que enfrentan los poderes judiciales en buena parte del mundo, en parte tienen relación con cuestionamientos relativos a la legitimación democrática de sus decisiones relacionadas con la inaplicación de disposiciones normativas expedidas por los representantes populares.

De lo expuesto puede concluirse que conferir a los árbitros la facultad de inaplicar disposiciones normativas podría generar implicaciones negativas tanto para la coherencia del sistema jurídico mexicano, como para la legitimidad del arbitraje como mecanismo de resolución de controversias. Esta posibilidad abriría un debate sobre los límites de la autonomía de la voluntad de las partes y el respeto al marco normativo imperativo.

Además, podría aumentar la incertidumbre respecto de la validez y ejecución de los laudos arbitrales y motivar un escrutinio más riguroso por parte de los tribunales nacionales, incluida la posible reconfiguración de su criterio respecto de la naturaleza y las facultades de los árbitros.

En este contexto, es esencial preservar la naturaleza contractual del arbitraje y limitar la discrecionalidad de los árbitros frente a las disposiciones legales obligatorias y de orden público. Aunque el arbitraje este caracterizado por su flexibilidad y adaptabilidad, estas virtudes no deben interpretarse como una licencia para desatender principios fundamentales del sistema jurídico. Por el contrario, la sostenibilidad del arbitraje depende de un equilibrio cuidadoso entre la autonomía de las partes y el respeto al marco normativo que garantiza la estabilidad del sistema de justicia.

**Conclusiones**

La posibilidad de inaplicar disposiciones normativas en un laudo arbitral, cuando así lo acuerdan las partes, constituye un tema de relevancia tanto en el ámbito del arbitraje como en el estudio de la relación entre la autonomía de las partes y el orden público.

En primer lugar, el arbitraje, como mecanismo de resolución de disputas, tiene como característica por ofrecer a las partes una considerable libertad para definir los términos de su acuerdo, lo que incluye la posibilidad de seleccionar la ley aplicable a la controversia. Esta flexibilidad es distintiva del arbitraje, ya que permite que las partes puedan adecuar el proceso a sus intereses y necesidades específicas. No obstante, este principio de autonomía tiene límites, y uno de esos límites lo constituye el concepto de orden público.

El orden público, que hace referencia a las normas y principios fundamentales de un sistema jurídico que no pueden ser alterados ni modificados, incluso por acuerdo de las partes, juega un papel crucial en la regulación de la inaplicación de normas en el arbitraje. En este sentido, las disposiciones que protegen el interés general y los derechos fundamentales de las personas son inalterables, incluso en el contexto de un proceso arbitral. El desafío radica en identificar con precisión qué normas deben considerarse de orden público y cuáles pueden ser sujetas a la voluntad de las partes.

En el contexto mexicano, el Código de Comercio no prevé expresamente la inaplicación de disposiciones normativas por parte de los árbitros, lo que implica que deben operar dentro de un marco jurídico predeterminado.

Sin embargo, al reconocer que las partes tienen la libertad de elegir la ley aplicable al fondo del asunto, el sistema arbitral mexicano da cabida a un espacio de flexibilidad, aunque este no se extienda a todas las disposiciones normativas. En este sentido, si bien los árbitros tienen la capacidad de interpretar y aplicar la ley conforme al acuerdo de las partes, no pueden actuar de manera que contravengan las disposiciones esenciales del orden público. La inaplicación de una disposición normativa debe ser el resultado de un juicio detallado que considere si esa disposición forma parte de un conjunto de reglas que protegen el interés público y los derechos fundamentales, los cuales son irrenunciables. El análisis de la jurisprudencia y la doctrina revela que la inaplicación de disposición normativa es una práctica controvertida y sujeta a escrutinio. Los árbitros no deben ver su papel como uno que permite la suspensión de disposiciones que favorezcan la estabilidad social, la protección de derechos laborales o las disposiciones fiscales, por ejemplo. Lo anterior implica que, aunque el arbitraje ofrezca un mecanismo flexible de resolución, este no puede ser utilizado como una vía para eludir normas que son imprescindibles para el funcionamiento ordenado del sistema legal. El arbitraje debe ser una vía de resolución de conflictos respetuosa del marco normativo en el que se desenvuelve.

En este sentido, la inaplicación de disposiciones normativas puede tener consecuencias profundas no solo en el ámbito del arbitraje, sino en la relación entre el arbitraje y el ordenamiento jurídico en general. Si bien el arbitraje es un proceso que facilita la resolución de disputas de manera eficiente, su capacidad para inaplicar normas debe ser cuidadosamente evaluada. Los árbitros deben balancear su facultad de interpretación de la ley con la obligación de respetar el marco normativo que garantiza el orden y la estabilidad jurídica.

Por último, el futuro del arbitraje y la inaplicación de disposición normativa dependerá en gran medida de la evolución de las normativas nacionales e internacionales sobre arbitraje. A medida que el arbitraje siga creciendo y diversificándose, es probable que se enfrenten nuevos desafíos relacionados con este y otros temas. Por lo tanto, será necesario un constante debate y actualización de las reglas que rigen este aspecto del arbitraje, con el fin de garantizar que el sistema arbitral continúe operando de manera eficiente, justa y respetuosa del orden público.

**<u>Consulta aquí las referencias bibliográficas</u>**

**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

iccmex.mx
twitter.com/ICCMEXICO
ICC México
flickr.com/photos/iccmexico
instagram.com/iccmexico/
facebook.com/icc.wbo.mx/

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