

ICC
Mexico



Pauta 117

Arbitraje & ADR

Pauta 117: Arbitraje & ADR

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

Marzo 2026

Consejo Editorial

Presidente

Claus Von Wobeser

Vicepresidentes

Alberto Espinosa Desigaud

Federico Bernaldo de Quirós

Marlene Garayzar

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, del Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio (ICC México). 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 - 2025 -0220 14595200 -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, México Teléfonos: (52) 5687 2203, 5687 2207, 5687 2321 5687 2507, 5687 2601.

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.

Índice

Carta del Presidente	04
Conoce a nuestros autores	09
Entrevista: Mediación y algoritmos en la contratación laboral	13
La justicia es ciega. ¿Hay árbitros ciegos?	16
Prevención y solución de conflictos en contratos FIDIC: reflexiones prácticas	21
Lo bueno, lo malo, lo feo y la buena noticia en torno a la ley general de mecanismos alternativos de solución de controversias	30
Arbitraje financiado y MASC: por qué la cuantificación temprana del daño redefine la estrategia del conflicto	37
Cláusulas de arbitraje como método de solución de controversias contractuales	42
Mediación en Materia Laboral	45
Administrative Arbitrariness and Due Process in Environmental Permits: Odyssey v. Mexico under NAFTA Article 1105	50
La especialización judicial como mecanismo para fortalecer el arbitraje: Modelos comparados exitosos y las propuestas en México	57
Anomalías procesales y el orden público en el arbitraje internacional	67
El uso de la mediación y el arbitraje en los conflictos relacionados con procedimientos de insolvencia	76
La intervención judicial en el Arbitraje en México, a la luz de los criterios del Poder Judicial de la Federación	87
Facultades del Tribunal Arbitral para aplicar Derechos Humanos a la luz del Derecho Pactado	98

Carta del Presidente

Claus von Wobeser

**Presidente de la International Chamber of Commerce México
(ICC México)**

Estimados socios:

En un entorno global marcado por la transformación tecnológica, la relocalización de inversiones y ajustes estructurales en los sistemas judiciales, la certeza jurídica se ha convertido en un activo estratégico. En ese contexto, el arbitraje, la mediación y los demás medios alternativos de solución de controversias (MASC), son herramientas de competitividad, gestión de riesgos y continuidad de los negocios.

Esta edición de Pauta aborda, con profundidad técnica y visión crítica, los principales retos y tendencias que hoy redefinen la forma en que empresas e inversionistas previenen y resuelven sus controversias. Desde la interacción entre inteligencia artificial y mediación, hasta la evolución del arbitraje en materia administrativa, ambiental, de insolvencia y contratos internacionales, los artículos reunidos en este ejemplar ofrecen un panorama integral de un ecosistema en constante sofisticación.

El arbitraje comercial internacional —pilar histórico de la International Chamber of Commerce— continúa consolidándose como el foro idóneo para solucionar controversias complejas que requieren neutralidad, especialización y ejecutabilidad transfronteriza. La adecuada redacción de cláusulas arbitrales, la comprensión de los límites del orden público, la interacción con reformas judiciales y la especialización de tribunales son temas que hoy impactan directamente la seguridad jurídica de las operaciones. Al mismo tiempo, la mediación y otros MASC avanzan como instrumentos eficaces para preservar relaciones comerciales, optimizar recursos y facilitar soluciones tempranas con enfoque estratégico.

Para ICC México, fortalecer esta cultura de prevención y solución eficiente de controversias es una prioridad institucional. A través de la promoción de mejores prácticas, la formación especializada —como nuestro Diplomado de Arbitraje, cuyo talento se refleja en el suplemento de esta edición— y la vinculación con la red global de ICC, contribuimos a consolidar a México como una jurisdicción confiable para la inversión y el comercio internacional.

Los trabajos que integran este número no solo actualizan el debate técnico; también confirman que la evolución de los mecanismos de solución de controversias es inseparable de la competitividad económica del país. En la medida en que nuestras empresas cuenten con herramientas eficaces, previsibles y alineadas con estándares internacionales, fortaleceremos la confianza, atraeremos capital y respaldaremos el desarrollo sostenible.

Estamos seguros de que los artículos serán de gran interés para los lectores y contribuirán a la actualización de temas relevantes de arbitraje y métodos de resolución de controversias, que están llamados a jugar un papel vital en el corto y mediano plazos para retener inversiones y captar nuevos proyectos y recursos, por lo que continuará siendo una de nuestras prioridades en el trabajo diario de ICC México.

La International Chamber of Commerce México (ICC México), presenta en esta edición de Pauta una serie de artículos que exploran las relaciones entre arbitraje, tecnología, reformas judiciales y resolución de controversias en transacciones internacionales, ámbito que constituyen uno de los pilares del liderazgo de nuestra organización y que se mantienen en un proceso de perfeccionamiento continuo. Esta edición es especial, al incluir un suplemento con los trabajos de los alumnos que obtuvieron mención especial o calificación máxima en la trigésimo sexta edición de nuestro Diplomado de Arbitraje.

En la entrevista “Mediación y algoritmos en la contratación laboral”, se analiza el alcance de una de las primeras acciones colectivas en Estados Unidos que alega discriminación derivada de sistemas de contratación basados en inteligencia artificial, mediante herramientas algorítmicas de contratación, lo que podría sentar un precedente para miles de solicitantes afectados por decisiones automatizadas, inaugurando un nuevo capítulo en la intersección entre derechos civiles, tecnología y empleo. En México algunas empresas ya utilizan herramientas algorítmicas para seleccionar personal, por lo que es de gran relevancia comprender cómo mediar en disputas relacionadas con esos sistemas.

En el artículo “Mediación en materia laboral” se analiza el entorno del nuevo modelo de justicia laboral de México, que prioriza la resolución dialogada de conflictos antes de que lleguen a los tribunales. Se explica que desde la promulgación de la reforma constitucional de 2017 y la reforma laboral de 2019 a la Ley Federal del Trabajo, se ha establecido la conciliación prejudicial obligatoria como un punto de entrada en el sistema, que integra la mediación y la negociación conjunta. Un aspecto fundamental de la mediación se relaciona con un diagnóstico correcto del conflicto que determina el éxito del proceso.

“Cláusulas de arbitraje como método de solución de controversias contractuales” es un ensayo que aborda el contexto de las recientes reformas en materia judicial y de la incertidumbre generada por la elección de jueces vía voto popular, que ha puesto a prueba el sistema judicial mexicano, por ello, gradualmente crece la tendencia a optar el arbitraje como método de solución de controversias contractuales.

Se explica que la cláusula de arbitraje debe tener una redacción precisa y clara para asegurar la eficiencia del proceso y la seguridad jurídica de las partes y se describen los requisitos que debe tener, como el objeto, sede, idioma, leyes aplicables, así como la institución y reglas, es decir, la especificación de la institución administradora. Dado que, como cualquier acuerdo entre partes privadas, la cláusula arbitral puede ser declarada inválida, ineficaz o inaplicable por diversas razones, es de suma consideración las causas principales de nulidad.

En el ensayo “Arbitraje financiado y MASC: por qué la cuantificación temprana del daño redefine la estrategia del conflicto” se explica cómo se está transformando la gestión y resolución de controversias gracias a la existencia de nuevas herramientas para la cuantificación temprana del daño, que facilitan decisiones informadas sobre arbitraje, mediación y acuerdos tempranos, alineando los Medios Alternativos de Solución de Controversias con una lógica de eficiencia, gestión de riesgo y acceso efectivo a la justicia. El artículo plantea que el arbitraje financiado y los Medios Alternativos de Solución de Controversias no sólo no se oponen entre sí, sino que funcionan mejor cuando se entienden como aliados.

En el texto “Lo bueno, lo malo, lo feo y la buena noticia en torno a la Ley General de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias” se explica el cambio de paradigma de la justicia que propicia una participación más activa de la ciudadanía en las que se privilegia la negociación y la comunicación. En México, el primer y más importante antecedente data de 1998 en Quintana Roo, con la Ley de Justicia Alternativa, replicándose en más entidades. En 2018 se modificó el tercer párrafo del artículo 17 Constitucional para establecer que “Las leyes preverán Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias” y el 26 de enero de 2024 se publicó la Ley General de la materia. En el texto se destacan los puntos a favor y en contra de ese marco normativo, destacando que en el Consejo Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias no se consideró la participación de mediadores privados.

“La justicia es ciega. ¿Hay árbitros ciegos?” nos ofrece una reflexión sobre la representación de la justicia como una dama con una espada en una mano, una balanza en otra, un pecho al aire y los ojos vendados. La idea es que la justicia es ciega, porque debe garantizar la ecuanimidad, la imparcialidad, al tomar una decisión. El autor considera que, en el presente más inmediato, la tendencia global en el arbitraje es la aceptación entusiasta de la diversidad, por lo que plantea que, si hay abogados y jueces ciegos y si la labor del árbitro es equiparable a la de los jueces, y hay una voluntad inclusiva de incorporar a personas con minusvalías en el arbitraje internacional por parte de todas las instituciones, parecería lógico esperar que también hubiera árbitros ciegos. “La justicia es ciega. Pero si se imparte justicia a través del arbitraje, el árbitro no será ciego”, señala.

En el artículo “Arbitraje administrativo y debido proceso en permisos ambientales: Odissey vs México bajo el artículo 1105 del TLCAN” se analiza el caso de estudio relativo al tratamiento hostil en asuntos de medio ambiente revisados bajo las cortes locales. La disputa giró en torno a la negativa de las autoridades mexicanas para autorizar un proyecto de dragado marino en Baja California Sur. El análisis se concentra en el rechazo de la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales a un estudio de impacto ambiental del inversionista y, subsecuentemente, una segunda decisión del Tribunal Federal de Justicia Administrativa que confirmó tal negativa. De acuerdo con el tribunal arbitral que revisó el caso, México violó el Artículo 1105 del TLCAN, ordenando una indemnización de 37.1 millones de dólares.

“Prevención y solución de conflictos en contratos FIDIC: reflexiones prácticas”, es un artículo que explica que este tipo de modelos contractuales establecen las condiciones balanceadas y neutrales entre los participantes de un proyecto de construcción; la estructura de estos modelos es ajustable a cualquier legislación y jurisdicción local, lo que los ha convertido en un estándar internacional para la gestión de proyectos. Para cualquier persona que participe en la ejecución y administración de contratos FIDIC, prevenir y resolver adecuadamente las disputas se convierte en una prioridad estratégica.

En el suplemento con los trabajos más destacados presentados en el Diplomado de Arbitraje, se presenta el ensayo “Facultades del tribunal arbitral para aplicar derechos humanos a la luz del derecho pactado”, en el cual se explica que en México, desde la reforma constitucional del 10 de junio de 2011, a todas las autoridades les fueron impuestas obligaciones de promoción, respeto, protección y garantía de derechos humanos, por lo que, habiendo pactado como derecho aplicable el mexicano, la pregunta es ¿Hasta dónde son aplicables esas obligaciones para el tribunal arbitral? En el texto se analizan los alcances de los tribunales estatales al resolver controversias desde una perspectiva de derechos humanos, las herramientas con las que cuentan y la obligación de ejercer un control de constitucionalidad.

En el “Estudio sobre la prueba en el arbitraje” se plantea que el Arbitraje como medio alternativo de solución de controversias se erige como la vía por virtud de la cual la ciudadanía opta por dirimir sus controversias de manera efectiva sin acudir a los Tribunales del Estado. Durante el procedimiento arbitral, una de las etapas más importantes, como en todo procedimiento, es el de la audiencia para el desahogo de pruebas, pues estas constituyen el pilar sobre el cual se sostienen las pretensiones de las partes, así como la decisión final del Tribunal Arbitral en el laudo. En este trabajo se explora la posibilidad de que los tribunales arbitrales puedan analizar la prueba circunstancial, indirecta o de contexto para reconocer la verdad de hechos y situaciones complejas que someten las partes y que no cuentan con pruebas directas.

El artículo “Anomalías procesales y el orden público en el arbitraje internacional” se explica que el concepto de orden público como causal de anulación de un laudo en sede arbitral o para rechazar su ejecución en una jurisdicción es problemático, pues su generalidad y abstracción exigen una interpretación que salvaguarde la eficacia del arbitraje y a la vez ceda el paso al control judicial en casos extraordinarios. Se presenta un análisis de jurisprudencia comparada, que muestra una tendencia a aplicar restrictivamente la noción de orden público para anular un laudo o rechazar su ejecución, a distinguir entre el orden público interno versus el internacional y a evitar la revisión de los méritos del asunto. En el texto se analizan diversos laudos emitidos por árbitros en Europa y se revisa la situación en América Latina; en México, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha emitido dos criterios clave que van en línea con la práctica internacional de blindar el arbitraje.

En el ensayo “La especialización judicial como mecanismo para fortalecer el arbitraje. Modelos comparados exitosos y las propuestas en México” se plantea que la reforma judicial de 2024 ha reposicionado al arbitraje comercial como instrumento estratégico para controversias en México, especialmente en contextos de inversión extranjera directa y comercio internacional. México puede replicar los resultados positivos observados en los modelos comparados de Singapur, París y Perú, con reducción de tiempos procesales, coherencia jurisprudencial y aumento de confianza inversora mediante especialización judicial en arbitraje. Se examinan dos iniciativas pioneras, el proyecto de Juzgado Especializado en Arbitraje y MASC de Yucatán y el Centro de Arbitraje de Cancún en Quintana Roo, como primeros esfuerzos regionales para ese fin.

Finalmente, el artículo “El uso de la mediación y el arbitraje en los conflictos relacionados con procedimientos de insolvencia” describe la evolución que han sufrido los procesos concursales a nivel global para convertirse en procedimientos flexibles y considera que el uso del arbitraje comercial para resolver conflictos relacionados con procedimientos de insolvencia será cada vez mayor. Los procedimientos de insolvencia están evolucionando para dejar de ser exclusivamente procesos judiciales formales y rígidos y pasar a ser procedimientos más flexibles, con una intervención judicial mínima. Su objetivo es y debe ser la solución de los problemas de la persona o empresa deudora, prevaleciendo los mecanismos más eficientes. La mediación se ha consolidado como una herramienta sumamente útil en la resolución de conflictos derivados o vinculados con procedimientos de insolvencia, incluyendo las negociaciones para la aprobación e implementación del convenio de acreedores.

Como puede advertirse a lo largo de esta edición, los trabajos reunidos no solo analizan tendencias normativas y casos paradigmáticos; delinean una agenda estratégica para el fortalecimiento del arbitraje y los MASC en México y en el ámbito internacional.

En el “Estudio sobre la prueba en el arbitraje” se plantea que el Arbitraje como medio alternativo de solución de controversias se erige como la vía por virtud de la cual la ciudadanía opta por dirimir sus controversias de manera efectiva sin acudir a los Tribunales del Estado. Durante el procedimiento arbitral, una de las etapas más importantes, como en todo procedimiento, es el de la audiencia para el desahogo de pruebas, pues estas constituyen el pilar sobre el cual se sostienen las pretensiones de las partes, así como la decisión final del Tribunal Arbitral en el laudo. En este trabajo se explora la posibilidad de que los tribunales arbitrales puedan analizar la prueba circunstancial, indirecta o de contexto para reconocer la verdad de hechos y situaciones complejas que someten las partes y que no cuentan con pruebas directas.

Desde la mediación en entornos tecnológicos y laborales, hasta el arbitraje administrativo, de inversión, contractual e incluso en materia de insolvencia, pasando por la discusión sobre orden público, prueba, derechos humanos y especialización judicial, los artículos convergen en una misma premisa: la solución eficiente, especializada y previsible de controversias es condición indispensable para la competitividad y la atracción de inversión. Con Pauta 117, la International Chamber of Commerce México reafirma su compromiso de impulsar estándares de excelencia, formación técnica y diálogo institucional que consoliden a México como una sede confiable para la resolución de disputas y como un actor plenamente integrado en la arquitectura global del comercio y la justicia privada.

Reciban un cordial saludo.

Claus von Wobeser
Presidente

International Chamber of Commerce México (ICC México)



Conoce a nuestros autores



Antonio M. Prida Peón del Valle

Vicepresidente de la Comisión de Arbitraje & ADR de ICC México
Socio
Curtis, Mallet-Prevost, Colt & Mosle LLP



Giuseppe De Palo

Mediador Internacional
Senior Fellow
Dispute Resolution Institute



Jordi Sellarés Serra

Secretario General
ICC España



Erica Mucchietto

ICC España



Roberto Hernández García

Socio Director
COMAD S.C.



Julio Arcos Flores

Asociado
COMAD, S.C.



Enrique A. Hernández-Villegas

Vicepresidente del Comité de Mediación de
ICC México
Fundador & Director General de Solución de
Conflictos Legales (SCL)



Fernando Pérez Lozada

Senior Investment Manager
Loopa Finance



Luis Gerardo Ramírez Villela

Socio
Müggenburg, Gorches y Peñalosa, S.C.



Sophia Lozano Chernitsky

Asociada
Müggenburg, Gorches y Peñalosa, S.C.



Georgina Herrera Guerrero

Abogada laboral
Müggenburg, Gorches y Peñalosa, S.C.



María Fernanda Treviño Torres

Law Clerk
GM Arbitration



Tamara Capdevila Quijano

Asociada
GM Arbitration



Erika Patrón Germon

Socia Fundadora
Macari Patrón Asesores Jurídicos



Alejandro Faya Rodríguez

Socio Director
Faya & Associates



Rosa María Rojas-Vértiz C.

Consultora

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil
Internacional (CNUDMI)



Neófito López Ramos

Magistrado en Retiro



Ricardo A. Silva Diaz

Socio

Oropeza Abogados

Entrevista: Mediación y algoritmos en la contratación laboral

Antonio M. Prida Peón del Valle
Socio
Curtis, Mallet-Prevost, Colt & Mosle LLP

Giuseppe De Palo
Mediador Internacional
Senior Fellow
Dispute Resolution Institute

En 2024, se presentó en Estados Unidos la demanda de gran escala Mobley v. Workday, Inc., una de las primeras acciones colectivas (class actions) que alega discriminación derivada de sistemas de contratación basados en inteligencia artificial (IA).

El demandante, un hombre de 40 años con discapacidad y miembro de una minoría, sostiene que las herramientas algorítmicas de contratación desarrolladas por la demandada—basadas en IA—filtraban candidatos por motivos de raza, edad y discapacidad antes de cualquier revisión humana.

Su relevancia radica en que podría sentar un precedente para miles de solicitantes afectados por decisiones automatizadas, inaugurando un nuevo capítulo en la intersección entre derechos civiles (civil rights), tecnología y empleo.

Antonio: Giuseppe, ¿por qué consideraste importante abordar el tema de la mediación en la era de la contratación algorítmica? Y, además, ¿cómo se relaciona esto con países como México, donde la mediación todavía se está consolidando pero genera gran interés?

Giuseppe: Porque la inteligencia artificial está transformando tanto el empleo como los métodos de resolución de disputas. Incluso en lugares donde la mediación es relativamente joven, como México, las empresas ya utilizan herramientas algorítmicas. Comprender cómo mediar en disputas relacionadas con estos sistemas será relevante mucho antes de lo que muchos anticipan.

Antonio: Hoy en día, cuando una persona solicita un empleo, a menudo es un algoritmo el que revisa primero su currículum. ¿Cómo cambia eso el panorama de las disputas laborales?

Giuseppe: Añade un nivel adicional de complejidad. Estos sistemas prometen eficiencia, pero cuando se les acusa de sesgo, los mediadores deben entender tanto la tecnología como el marco jurídico para ayudar a las partes a navegar la disputa.

Antonio: Mencionas el caso Mobley. ¿Por qué es tan relevante?

Giuseppe: Es una de las primeras acciones colectivas que alega discriminación derivada de un sistema de contratación algorítmica. Aborda cuestiones de raza, edad y discapacidad, y anticipa el tipo de disputas que veremos cada vez con más frecuencia, no sólo en Estados Unidos sino globalmente.

Antonio: ¿Qué diferencia estas disputas de los casos tradicionales de discriminación?

Giuseppe: Son híbridas. Combinan derechos civiles, opacidad tecnológica y elementos de incompreensión humana. Y aquí es pertinente la advertencia del profesor Walter Quattrociocchi sobre lo que denomina “Epistemia”: la tendencia de los modelos lingüísticos a generar respuestas estadísticamente plausibles que aparentan reflejar conocimiento, aunque no necesariamente estén fundamentadas en una comprensión real. En disputas algorítmicas, esto significa que no basta con analizar qué produce el sistema; hay que entender qué tan fácil es que produzca seguridad sin entendimiento. Esa fragilidad epistémica exige más rigor, no menos, en los procesos de mediación.

Antonio: En tu análisis enfatizas la importancia de comprender los sistemas más que asignar culpas. ¿Por qué?

Giuseppe: Porque el daño en sistemas algorítmicos suele surgir sin intención. El sesgo puede deberse a patrones en los datos, variables proxy o una supervisión insuficiente. Cuando las partes entienden eso, baja la defensividad y aumenta la disposición a dialogar.

Antonio: También hablas de la necesidad de construir un vocabulario compartido. ¿A qué te refieres?

Giuseppe: Conceptos como “sesgo” o “equidad” significan cosas distintas para científicos de datos, profesionales de recursos humanos y demandantes. La mediación se convierte en un ejercicio de traducción: alinear definiciones para que el diálogo sea realmente constructivo.

Antonio: Algunos críticos sostienen que la mediación quizá no sea adecuada para casos de discriminación algorítmica. ¿Cómo respondes?

Giuseppe: Sus preocupaciones son legítimas. Estos casos involucran transparencia, interés público y cuestiones sistémicas. Pero la mediación puede complementar al litigio, permitiendo soluciones tempranas, medidas provisionales y reformas mientras los tribunales resuelven los principios más amplios.

Antonio: La transparencia aparece una y otra vez. ¿Por qué es tan problemática?

Giuseppe: Los demandantes suelen sentir que luchan contra una “caja negra”. Las empresas temen exponer secretos comerciales. Esa tensión puede hacer que la mediación parezca desequilibrada si no se diseña con cuidado.

Antonio: ¿Cómo puede la mediación generar transparencia sin obligar a las empresas a revelar información confidencial?

Giuseppe: Mediante sesiones conjuntas con expertos, protocolos de confidencialidad o resúmenes acordados sobre el funcionamiento del algoritmo. La mediación también puede producir resultados que generan confianza, como auditorías independientes o informes des identificados de pruebas de sesgo.

Antonio: Describes los remedios prospectivos como especialmente eficaces. ¿Qué los hace tan valiosos?

Giuseppe: Porque la discriminación algorítmica rara vez se limita a un solo caso. Medidas como revisar los conjuntos de datos, analizar impactos diferenciados o implementar monitoreos continuos ayudan a prevenir daños futuros y promueven aprendizaje institucional.



Antonio: Con tanta complejidad tecnológica, ¿dónde queda el elemento humano?

Giuseppe: Sigue siendo fundamental. Detrás de cada alegación de sesgo algorítmico hay una persona que se siente invisible. La mediación ofrece precisamente ese espacio para ser visto y escuchado, algo que ninguna tecnología puede sustituir.

Antonio: Vinculas estas ideas con el concepto de “algorética” del padre Paolo Benanti. ¿Cómo se relaciona con la mediación, y cómo dialoga con la perspectiva de Quattrocioni?

Giuseppe: La algorética plantea la responsabilidad ética de guiar los algoritmos en servicio de la dignidad humana. Benanti nos recuerda que las máquinas pueden organizar información y detectar patrones, pero no pueden replicar empatía, intuición ni sensibilidad cultural. Quattrocioni añade un punto crucial: a medida que externalizamos procesos cognitivos a sistemas que producen plausibilidad sin comprensión, nuestra toma de decisiones se vuelve más frágil. En una disputa impulsada por IA, el mediador debe intervenir no sólo para equilibrar información asimétrica, sino para reconstruir un terreno epistémico compartido. Por eso la resolución auténticamente humana nunca ha sido tan necesaria.

Antonio: Para concluir, volvamos a México. La mediación crece aquí, aunque sigue siendo relativamente nueva. ¿Es demasiado pronto para que México se prepare para disputas derivadas de la contratación algorítmica, o es el momento adecuado?

Giuseppe: Es el momento adecuado. Las herramientas de contratación basadas en IA ya están presentes en el mercado laboral mexicano, especialmente entre empresas competitivas y multinacionales. Estas disputas surgirán. Comprenderlas ahora permitirá a México desarrollar marcos de mediación eficaces y, potencialmente, liderar la región en resolución ética de controversias vinculadas a la inteligencia artificial.

La justicia es ciega. ¿Hay árbitros ciegos?

Jordi Sellarés Serra
Secretario General

Erica Mucchietto

ICC España

Esta es una contribución rápida, escrita aceleradamente mientras no se ha logrado terminar otra, más compleja, sobre en nombre de quién se dictan los laudos. Este artículo pretende ser una mera reflexión amable. Aunque puede tener algo de crítica.

La justicia suele ser representada como una dama con una espada en una mano, una balanza en otra, un pecho al aire y los ojos vendados. La idea es que la justicia es ciega, porque debe garantizar la ecuanimidad, la imparcialidad, al tomar una decisión. Por ello la justicia es ciega. Parecería, por tanto, que la ceguera sería una ventaja para hacer de juez. O de árbitro. Se evitarían los engaños o las preferencias. Idealmente, nada impediría a un ciego hacer de árbitro.

En el pasado y en el presente.

En el presente más inmediato, la tendencia global en el arbitraje es la aceptación entusiasta de la diversidad. Diversidad que suele significar la presencia de más mujeres como árbitro - un hecho empíricamente demostrable, simplemente repasando las estadísticas que ofrece la Corte Internacional de Arbitraje de la ICC cada año, o las cifras similares de otras instituciones arbitrales-. Esta materia se engloba bajo el epígrafe “género” y no “sexo”, con lo que quizá hay quien cree que una cosa es la realidad física y la otra es simplemente opcional, donde puede haber múltiples opciones. Pero los datos hasta ahora acumulados sobre género se limitan a distinguir entre hombres y mujeres. Es toda la diversidad de las estadísticas disponibles.

Año	Somma di HOMBRE	Somma di MUJER
2014	1198	129
2015	1177	136
2016	1202	209
2017	1239	249
2018	1211	273
2019	1164	312
2020	1165	355
2021	1154	371
2022	910	364
2023	944	398
2024	999	408
Totale complessivo	12363	3204



Otras instituciones tienen estadísticas parecidas. Así la London Court of International Arbitration (LCIA)

Año	Somma di HOMBRES	Somma di MUJERES
2014	371	49
2015	378	71
2016	394	102
2017	315	97
2018	397	102
2019	403	163
2020	358	175
2021	307	142
2022	363	120
2023	55	95
2024	47	104
Totale complessivo	3388	1220



Podemos decir que la justicia es cada día más femenina. Probablemente en no muchos años la minoría sean los hombres relacionados con actividades jurídicas. Ya hay materiales en la literatura acerca de esta materia, entre ellos también un informe "Report of the Cross- Institutional Task Force on gender diversity in Arbitral Appointment and Proceedings" realizado por el International Council for Commercial Arbitration que se puede consultar en línea (<https://docs.pca-cpa.org/2016/01/2848997d-icca-reports-no.-8.pdf>).

Si la justicia es cada vez más una mujer, ahora sólo falta que sea ciega. No se detallan, en esas estadísticas, qué otras variaciones sobre las personas estándar, "normativas" -si es que hay una norma que regule este tema, que no la hay-, ordinarias. No se clasifican las personas en altos o bajos, gordos o flacos, binarios o extraordinarios, miopes, hipermetropes, calvos, melancólicos o depresivos, jóvenes o viejos, rubios, morenos, pelirrojos, blancos, negros, orientales, mestizos en sus múltiples variantes, etc.

Uno podría pensar que todas estas categorías no tienen relevancia. Pero las tienen. Aunque no estén escritas. De la misma manera que hay un límite inferior de edad para llegar a ser árbitro -en la experiencia de quien firma, suele ser la edad de Cristo, 33 años, cuando uno logra su primer nombramiento como árbitro-, hay también un límite superior -la Corte no suele aceptar propuestas de octogenarios o aún más ancianos, aunque sean personas en plenitud de facultades-. Quizá sería bueno detallar también la edad de los árbitros, ya que es posible que detectáramos un cierto "edadismo", o discriminación por la edad. Aunque no haya ninguna norma que lo recoja, porque en estos temas mejor no dejar pistas ni pruebas.

Esta voluntad global -o su apariencia- a favor de la "inclusión", es decir, facilitar la posibilidad de que gente con lo que antes se denominaba "minusvalías" o simplemente "taras" o "hándicap", acaben desarrollando las mismas tareas del resto, ignorando su diferencia, o incluso garantizando una cuota mínima para que estén representados, están en todas partes. Así, en España, hay unas plazas reservadas en la oposición o examen a la carrera diplomática a aquellos con "aptitudes diferentes"[1] y en el Reino Unido se llegó a nombrar a un sordomudo embajador en un país del Asia central. Recientemente ha nombrado una embajadora en Eslovenia que es ciega[2]. Aunque luego estas decisiones no resultan nada prácticas.

En la misma línea, la Cámara de Comercio Internacional adoptó en 2023, en el año del centenario de su Corte, una guía para la inclusión de la discapacidad en el arbitraje y el ADR[3]. La idea clave es que se debe favorecer su comprensión y hay que lograr el "acomodo" del procedimiento para que se logre su incorporación al plantel de árbitros. En términos parecidos, la London Court of International Arbitration ha dado a esa política inclusiva un acrónimo: EDI, que son las iniciales de "Equality, Diversity & Inclusion"[4].

También han desarrollado una Guía[5], en la que se establece que no se puede discriminar entre muchas otras cosas por "disability" (punto 3), es decir por "discapacidad", y se establecen la necesidad de "ajustes" o promoción de la conducta "inclusiva", pero principalmente centrada en el género, en sus infinitas posibilidades, y el resto, en cambio, le preocupa menos. Así, en su punto 4.2 pide que "Be mindful of any cultural or other differences that may influence communication styles (e.g. gesticulation, eye contact, etc.)." Queda claro que no piensa en la posibilidad de que haya ciegos en el pleito.

Quizá por ello, asociaciones de aspirantes a árbitro, como el Club Español e Iberoamericano de Arbitraje, en el buscador de miembros, tiene una pestaña que permite seleccionar aquellos que tienen o se proclaman con “discapacidad”. Sólo hay 12[6].

Conozco a varios. A uno no le recuerdo ninguna discapacidad, salvo que sea que es calvo, tiene ya sus años y usa gafas. A otro, que también tiene sus años, no usa gafas, tiene el pelo blanco y no soy capaz de imaginar ninguna discapacidad. Al menos visibles. Con otros dos sí que me consta que cojean al andar. Aplicando la Guía de la ICC antes reseñada, en su ejercicio de “mindfulness” recuerda que:

“1. Many disabilities are not visibly manifest, especially to the untrained eye.

2. Persons with the same disability can experience or manifest their disabilities differently.

3. Not everyone who has a disability needs or wants accommodation at a given point in time.”[7]

En otras palabras, hay discapacidades que no son visibles salvo para el ojo entrenado -lo que no deja de ser paradójico si consideramos la ceguera como la “discapacidad” en consideración-, que quizá al posible discapacitado no le guste que se sepa y que quizá no requiera ningún ajustedel procedimiento. Alguien en silla de ruedas puede hacer de árbitro, de abogado de parte, de secretario del tribunal arbitral o de experto. Un sordo, un tartamudo, quizá también. En conversación informal en medio de la calle, el presidente de una institución arbitral local que funciona con listas de árbitros me comentaba el caso de un jurista de prestigio reconocido, cuya sordera ha ido a más. Ha pedido expresamente que se le evite un nuevo nombramiento, porque en el último, a pesar del “sonetone”, tuvo muchas dificultades para seguir las alegaciones de las partes.

Recuerdo con cierta amargura todo el papeleo -absurdo, con exigencia de cita previa, que me obligaron a bajar a Barcelona un día de agosto para entregar en una oficina de la administración unos papeles que me había dado otra oficina de la administración- que tuve que hacer para lograr la declaración oficial de discapacidad de mi difunta madre. Luego tuve que lograr la declaración del grado de minusvalía -concepto que yo entendía incluido en el anterior, pero que no era lo mismo-. Al final logré un carnet con el que se suponía que los taxis que usaba para ir al médico saldrían más baratos -pero resultó que se debían solicitar con años de antelación- y un cartón con su foto con el que puedo aparcar en plazas de minusválido. Pero no logré siquiera una rebaja en los impuestos -de hecho, la Hacienda española me está haciendo una declaración paralela de impuestos sobre la renta del último año de vida de mi madre porque apliqué la reducción de vivir con minusválido que no correspondía porque los ingresos de mi madre superaban los 8.000 Euros anuales-. Por ello me sorprende que haya quien logre sacar una ventaja de ser discapacitado o minusválido.

Me he planteado si es posible ser ciego y árbitro. En abstracto, supongo que sí. Pero en la práctica, me temo que no. Una búsqueda somera, preliminar, básica, de casos de árbitros ciegos, conduce a la constatación que no hay muchos árbitros ciegos. Claro que quizá la ceguera es una de las cuestiones que hay que omitir para proteger los datos personales. La razón es que aunque no hay obstáculos para que alguien ciego sea árbitro, otra cosa es la práctica. ¿Cómo podría un árbitro leer los documentos? Las partes deberían traducir todo al braille, ¿quién pagaría el coste? Quizá la Corte o el mismo árbitro. Recuerdo cuando, al celebrar el centenario de ICC España, invitamos a todos lo que a lo largo de los años habían pasado por nuestra oficina como becarios en prácticas. Entre ellos, un sordomudo, un joven fuerte, alto, muy eficiente y muy listo, que no se distraía por nada del mundo.



Para que pudiera seguir las mesas redondas de los actos del centenario -entre ellas las del Iberian Arbitration Day- era necesario un par de traductores al lenguaje de signos, que trajo de la asociación con la que está vinculado. Para sorpresa mía, no era un servicio gratuito y tuvimos que abonar el sueldo de dos traductores -porque debían turnarse para no quedar agotados- para una sola persona de entre el público.

No parece probable que las partes acordaran escoger un árbitro ciego. Si una institución asignara el caso a un árbitro ciego, esto subiría los costes, y la pregunta legítima es ¿por qué las partes deberían sufragar este coste si hay muchos más árbitros que no tendrían ese coste? ¿Podría hacerse (y seguro que con la inteligencia artificial es más fácil y más barato, pero no práctico) una audiencia? ¿Cómo podría el árbitro ver las caras de los testigos y sus reacciones a preguntas, las presentaciones en pantallas de los peritos, etc.? En temas de construcción, por ejemplo, las partes presentan fotografías para que el tribunal vea el estado de la obra, o cómo algo está mal hecho, etc. ¿Cómo podría valorarlo un árbitro ciego?

Es cierto, con la pandemia de COVID 19 se demostró que muchas de las reuniones presenciales que se veían indispensables en los arbitrajes pasaron a virtuales, a través de conexiones por pantalla, vía “zoom”, “teams” o similar. Pero una vez recuperada la normalidad, parece que mientras que la conferencia inicial con las partes para fijar los puntos litigiosos sí que muchas veces se hace de manera “on line”, las audiencias posteriores se prefieren en persona. Precisamente para eso, ver cómo reaccionan las partes o los árbitros, o los peritos, su lenguaje corporal, sus miradas, se hacen presencialmente. Esa sería la información que se perdería si el árbitro fuera ciego.

Hay abogados ciegos. He tenido estudiantes de Derecho que eran ciegos y hay hasta letrados famosos con esa característica. Por citar uno, el que presidió en España la ONCE -la Organización Nacional de Ciegos de España, que tiene una lotería y es un potente grupo económico-, Miguel Durán, y hasta presidió un canal de televisión (Tele 5), luego volvió al derecho y ha tenido clientes importantes -como casos judiciales con bancos-.

Hay políticos ciegos. Un conocido que disfrutó la misma beca para estudiar en el extranjero que tuve la suerte de tener, estudió en Estados Unidos y a su vuelta acabó de alcalde de su pueblo. Siempre con su ordenador adaptado y su perro lazarillo.

Hay jueces ciegos. Pocos, pero los hay. En Brasil, desde el 2009, Ricardo Tadeu, que se quedó ciego a media carrera de Derecho en la Universidad de São Paulo. En 1990 no pudo opositar porque no se pensó que un ciego quisiera ser juez. Más adelante aprobó oposiciones muy exigentes, primero para el Ministerio Público y luego para la judicatura.

Hoy dicta alrededor de 400 resoluciones al mes en el Tribunal Regional de Trabajo de Curitiba y trabaja mediante un método propio: Sus asistentes le leen los procesos y él dicta oralmente las sentencias, que luego son redactadas por su equipo[8]. Hay alguno más en Brasil, como Márcio Aparecido da Cruz Germano [9].

En España, hay un precedente relevante. El juez Juan del Olmo, instructor del caso del 11- M [los atentados islamistas del 11 de marzo del 2004 en cuatro trenes matinales con destino Madrid, que explotaron hacia las ocho de la mañana con más de 200 muertos]. Continuó trabajando tras ser operado de glaucoma, utilizando medios tecnológicos adaptados para completar su labor.

Además, aunque la Ley Orgánica del Poder Judicial, vigente desde 1985, aún excluye a quienes estén “impedidos psíquica o físicamente”, el Consejo General del Poder Judicial, el máximo poder de los jueces en España, considera que una persona ciega puede presentarse a las oposiciones, siempre que desempeñe sus funciones en puestos compatibles o adaptados. Finalmente, el primer juez español ciego, Héctor Melero Martí, aprobó la oposición el 2020 [10].

En Bélgica, Bart Hagen, de 32 años, ejerce como juez desde el 2024 en Amberes [11]. En Francia, en Lyon, Jean-Marc Defossé es juez siendo también ciego [12]. Austria tiene dos jueces ciegos, Gerhard Höllerer y Alexander Niederwimmer [13], y en Alemania hay hasta 70 jueces invidentes, como Thomas Drengenberg [14], Ronald Hinz [15], André Stahl [16], Ulrich Badde [17] o Hans-Eugen Schulze [18]. En el Reino Unido, ya en el siglo XVIII tuvieron un juez ciego: Sir John Fielding [19].

En Estados Unidos, desde el 2015, en el Tribunal Supremo de Michigan, Estados Unidos, hay otro magistrado ciego: Richard Howard Berstein [20]. Antes hubo otro en el Tribunal Supremo de Missouri, entre 2002 y 2016, Richard Bertram Teitelman [21]. También Richard Conway Casey fue juez federal a pesar de ser ciego [22].

Pakistán, desde el 2018, tiene otro juez sin vista, Yousuf Saleem [23]. Como en los casos anteriores, tras recurrir la exclusión de los exámenes por su ceguera hasta su tribunal supremo. En la vecina India, hay otro caso de juez ciego. En este caso, jueza. Thanya Nathan, que es juez en el estado de Kerala con 24 años [24].

En Perú también hay un juez invidente: Edwin Béjar Rojas. Como en el caso brasileño, perdió la vista progresivamente. Ingresó en primer lugar a la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de San Antonio Abad de Cuzco y se graduó con honores. En 2009, se presentó a la selección para jueces del Consejo Nacional de la Magistratura (CNM) de ese país. Fue inicialmente excluido por su ceguera, pero recurrió y ganó, logrando que se le permitiera hacer el examen con las adaptaciones necesarias. Ese año no aprobó. Lo logró años después. En su caso, la tecnología y los métodos adecuados le permiten ejercer con eficacia [25].

También ha habido jueces ciegos en Puerto Rico (Víctor Parés Collazo, que da nombre a una escuela, y Towie Rodríguez Calvo [26]), en Chile (Clemente Winn [27]), en Sudáfrica (Zak Yacoob [28]), en Zimbabwe (Samuel Deme [29]).

Si la labor del árbitro es equiparable a la de los jueces, y hay una voluntad “inclusiva” de incorporar a personas con minusvalías en el arbitraje internacional por parte de todas las instituciones, parecería lógico esperar que también hubiera árbitros ciegos. Pero no hay aún ningún caso de árbitro ciego. Quizá por ello nadie recoge datos estadísticos de árbitros con minusvalías. Porque sería una línea recta sin cambios.

De momento sólo llego a una conclusión. Que la búsqueda de la inclusión es más una moda que una necesidad, más una campaña publicitaria que una herramienta útil que evite discriminaciones, más un gesto de cara a la galería que una exigencia de los usuarios y del mercado. Al menos con los ciegos. La justicia es ciega. Pero si se imparte justicia a través del arbitraje, el árbitro no será ciego.



Prevención y solución de conflictos en contratos FIDIC: reflexiones prácticas

Roberto Hernández García
Socio Director

Julio Arcos Flores
Asociado

COMAD S.C.

Introducción

Los contratos FIDIC se han vuelto el estándar para proyectos de todas las dimensiones en todo el planeta, tanto públicos como privados, gracias a su capacidad de adaptarse a diversos marcos legales y jurisdicciones y a su estructura transparente.

FIDIC no solamente proporciona un lenguaje contractual común y procesos estandarizados, sino que, además, establece las reglas del juego en los vínculos contractuales, lo cual posibilita que todas las partes (Contratistas, Contratantes, subcontratistas, consultores, autoridades reguladoras, y demás) colaboren entre sí.

Sin embargo, la diversidad de actores, la envergadura de las obras y la incertidumbre inherente a los proyectos de infraestructura hacen que no se pueda evitar la creación de conflictos. Los retrasos en la entrega de información, las dificultades técnicas imprevistas, los cambios de alcance y las distintas interpretaciones de las cláusulas del contrato suelen ser razones comunes de disputas.

Por lo tanto, para cualquier persona que participe en la ejecución y administración de contratos FIDIC, prevenir y resolver adecuadamente las disputas se convierte en una prioridad estratégica. Adoptar una postura proactiva implica, entre otras cosas, formar al personal constantemente en la lectura e interpretación de documentos contractuales, establecer vías de comunicación eficaces, documentar todos los eventos importantes que tengan lugar durante la realización del proyecto y aprovechar las herramientas que el propio contrato FIDIC ofrece.

Este artículo tiene como objetivo establecer un marco de referencia sobre el asunto, proporcionando algunas sugerencias para comprender la importancia de una adecuada prevención y gestión de disputas en este tipo de contratos, lo que requiere un esfuerzo importante para las partes involucradas.

Prevención y solución de discordias en contratos de construcción

Todos los contratos de construcción, independientemente del contexto en el que se ejecuten, deben incluir una cláusula para la solución de conflictos.

Sin embargo, lo cierto es que en un número reducido de contratos se establece explícitamente un enfoque preventivo o procedimientos para resolver conflictos de manera proactiva y sistemática. Frecuentemente, los contratos tradicionales delegan la solución de contiendas en cláusulas generales o dependen únicamente de los tribunales o el arbitraje, lo que puede resultar en procedimientos prolongados, caros y extenuantes para todos los involucrados.

Los contratos FIDIC, son estándares internacionales que contienen procedimientos claros y mecanismos transparentes para evitar y solucionar conflictos de forma efectiva. Estas herramientas hacen que los contratos FIDIC sean una forma efectiva de lograr proyectos exitosos, para quienes quieren fomentar la cooperación en proyectos de construcción y prevenir conflictos legales.

Para prevenir y resolver conflictos privilegiando la ejecución del proyecto, y evitar su interrupción, los Contratos FIDIC hoy cuentan con varias herramientas útiles tales como la alerta temprana, los Dispute Avoidance and Adjudication Boards (DAAB) y como se ha visto en la práctica incluso en la labor del Ingeniero FIDIC .

Sin embargo, aun con estas herramientas, la existencia de errores habituales, como no notificar los problemas a tiempo o desconocer los métodos contractuales, genera condiciones adversas que obstruyen el éxito esperado en los proyectos bajo contratos FIDIC.

Breve nota sobre los Contratos FIDIC

Los contratos FIDIC (Federation Internationale des Ingenieurs-Conseils) son un conjunto de modelos contractuales que establecen las condiciones balanceadas y neutrales entre los participantes de un proyecto de construcción. La estructura de estos modelos es ajustable a cualquier legislación y jurisdicción local, lo que los ha convertido en un estándar internacional para la gestión de proyectos.

Cada modalidad FIDIC se adecúa a diversos proyectos y perfiles de riesgo, definiendo una distribución transparente de las responsabilidades y obligaciones entre las partes, tales como en forma ejemplificativa mostramos a continuación, en la suite básica (Libros Rojo, Amarillo, Plata y Verde[5]):

- **Libro Rojo:** Se utiliza más en contratos de obra civil cuando el Contratante proporciona el diseño. El Contratista realiza la obra siguiendo los planos, las especificaciones y los documentos que le proporciona el Contratante. La administración contractual y la supervisión regularmente es llevada a cabo por un Ingeniero independiente designado por el Contratante.
- **Libro Amarillo:** Para trabajos en los que el Contratista es responsable del diseño y la construcción (diseño-construcción). En este caso, el Contratista asume más responsabilidad en términos técnicos y de riesgo, ya que debe proporcionar un producto terminado que satisfaga los estándares de desempeño establecidos por el Contratante (fitness for purpose). La administración contractual y la supervisión regularmente es llevada a cabo por un Ingeniero independiente designado por el Contratante.
- **Libro Plata:** Para los contratos EPC (Ingeniería, Procura y Construcción), donde el Contratista se hace cargo de la mayor parte de los riesgos, tales como los de diseño, suministro, construcción e implementación, y entrega el proyecto completo y operativo.
- **Libro Verde:** Dirigido a contratos breves y de poca cuantía y complejidad, que cuentan con trámites simplificados y una carga administrativa más baja. La administración contractual y la supervisión regularmente es llevada a cabo por un Ingeniero Independiente designado por el Contratante.

Cada modelo contiene estipulaciones claras acerca de los procesos fundamentales para su administración, en particular para prevenir y resolver conflictos que son en esencia iguales.



El costo de una controversia

La resolución inadecuada de conflictos en proyectos bajo contratos FIDIC puede generar costos elevados que exceden lo económico. Para establecer la relevancia de la prevención y la intervención temprana, es fundamental entender la magnitud de un conflicto.

- **Costo en el proyecto:** Los conflictos producen retrasos, reprogramaciones y, si las cosas van mal, la cancelación del proyecto. Estos retrasos tienen un impacto en los plazos establecidos por contrato, incrementan los costos indirectos y podrían conllevar la pérdida de financiación o sanciones. Asimismo, los recursos que se destinan a gestionar el conflicto se apartan de las tareas productivas, lo que tiene un efecto negativo en la eficiencia del proyecto.
- **Costo financiero:** Los pleitos conllevan desembolsos directos en honorarios de peritos, abogados, asesores técnicos y en compensaciones económicas. Además, los procesos formales de litigio o arbitraje pueden demorar tanto como meses o años en ser solucionados, lo cual puede generar gastos extras por conceptos de penalizaciones e intereses y por costos administrativos. Por ejemplo, si un conflicto no se resuelve, el costo inicial de un proyecto puede aumentar dependiendo de la envergadura del conflicto.
- **Costo empresarial:** Más allá de lo financiero, los conflictos perjudican la reputación de las compañías implicadas y tienen un impacto en sus relaciones con Contratantes, autoridades y proveedores. Una compañía que suele estar implicada en litigios tiene el riesgo de perder negocios futuros, ser sancionada contractualmente o quedar excluida de licitaciones tanto públicas como privadas. Asimismo, un entorno de conflictos desmotiva al equipo y complica la cooperación.

Por todo lo anterior, la implementación de medidas preventivas y mecanismos para resolver conflictos no solo protege los intereses contractuales, sino que además asegura la viabilidad económica y comercial del proyecto. Esto garantiza su permanencia y éxito en el mercado.

Procedimientos incluidos en los contratos de FIDIC: la obsesión de evitar conflictos.

FIDIC establece vías formales y alternativas para prevenir y solucionar disputas, lo que permite a las partes contar con elementos para manejar los conflictos de manera eficiente y salvaguardar sus derechos contractuales.

Se explican a continuación los mecanismos más importantes, destacando al DAAB como preventor y resolutor de conflictos contemporáneos, el Arbitraje como el medio final, y formal para resolución de disputas; y finalmente, lo que se ha visto en la práctica de ejecución del Contrato FIDIC, las actividades del Ingeniero en su participación en las determinaciones derivadas de Reclamos.

El Dispute Avoidance[6] and Adjudication Board (DAAB)

El DAAB es un panel autónomo, generalmente formado por tres especialistas en construcción, contratos y resolución de conflictos. Su objetivo es prevenir y solucionar disputas de manera rápida y eficiente técnica y jurídicamente.

El DAAB tiene la capacidad de aclarar inquietudes informales, ofrecer puntos de vista técnicos, colaborar con las partes en la interpretación de los términos del contrato y asistir a las partes para anticipar y solucionar conflictos antes de que aparezcan. Su participación desde el principio del proyecto fomenta la transparencia y el cumplimiento de los contratos.

Por un lado, el DAAB a través de las llamadas “Asistencia Informales” proporciona una oportunidad para que las partes puedan expresar sus preocupaciones y complicaciones en el proyecto sin que esto requiera formalidad alguna, más que el consentimiento de ambas partes de requerir el apoyo del DAAB. Bajo esta modalidad, DAAB proporciona sugerencias interpretativas contractuales y/o técnicas y en ocasiones, permite que las partes, con la guía del DAAB como un tercero imparcial, se sientan a dialogar dichas situaciones, antes de que las mismas escalen a un conflicto formal ante el propio DAAB.

Por otro lado, el DAAB también actúa como un órgano decisor bajo un procedimiento formal, las partes le proporcionan al DAAB memoriales escritos, se llevan a cabo audiencias, y en algunos casos visita y examina la obra si es necesario; posteriormente emite una resolución basada en hechos y en el contrato vigente con respecto al proyecto. Esta decisión es obligatoria de inmediato, pero si alguna de las partes no está de acuerdo, tiene la posibilidad de ser revertida en arbitraje.

El DAAB es una institución igual de viva que el contrato FIDIC. Un DAAB eficiente y eficaz es aquel que esta actualizado del avance del Proyecto, que conoce a las Partes y que las Partes confían en su criterio. Si bien, se reconoce que sus resoluciones no tienen el efecto jurisdiccional que el de un laudo arbitral o sentencia judicial, estas si pueden acordarse como vinculante, por lo que su participación y decisiones, encuentran un peso significativo y más si sí el órgano decisor es informado de forma contemporánea de las situaciones de un Proyecto. Para lograr una resolución satisfactoria, es fundamental incluir al DAAB desde el principio en el proceso de gestión de disputas y con ello no se refiere a contar con un DAAB debidamente contratado, sino hacerlo participe de actualizaciones del proyecto. Se reconoce que la mejor funcionalidad de un DAAB es cuando actúa como un órgano paralelo al avance de los proyectos

Arbitraje:

El arbitraje es el medio de solución de controversias formal y definitivo para resolver conflictos que fueron solucionados por el DAAB pero que alguna o ambas partes no aceptaron en dicha vía.

Los árbitros emiten un laudo que tiene validez y puede ejecutarse a nivel global. La revisión de miles de documentos, las declaraciones de expertos en cuestiones legales o técnicas y las audiencias presenciales u online pueden ser parte del proceso.

Sin embargo, uno de los principales inconvenientes del arbitraje es su alto costo. Los honorarios de los árbitros, los gastos legales, la revisión de documentos y la participación de expertos pueden sumar montos significativos, especialmente en disputas complejas. Además, los gastos asociados con la organización de audiencias, viajes y la gestión de pruebas pueden incrementar aún más el presupuesto necesario, lo que representa una carga considerable para las partes involucradas.

No obstante lo anterior, a pesar de que el arbitraje puede tardar años y resultar costoso en términos de honorarios y costos legales, proporciona certeza final a nivel jurídico y la oportunidad de ejecutar el laudo en una gran cantidad de países.

DAAB y Arbitraje: ¿amigos o enemigos?

Es importante tener presente que el DAAB no es una instancia "previa" al arbitraje, sino un verdadero método de prevención y solución anticipada de disputas que impide llegar a un arbitraje con todas las implicaciones que esto conlleva.



El DAAB y el arbitraje, lejos de ser mecanismos excluyentes, funcionan como medios complementarios dentro de la gestión de controversias en proyectos de construcción. La existencia del DAAB permite que las partes cuenten con una instancia técnica y ágil para resolver desacuerdos de manera temprana, disminuyendo así la tensión y evitando que los conflictos escalen innecesariamente. Si bien el arbitraje sirve como un recurso definitivo en caso de que las decisiones del DAAB no sean aceptadas[1], su función se ve enriquecida cuando se utiliza en conjunto con el DAAB, ya que permite que solo los asuntos más complejos o irresolubles lleguen a esta etapa.

De esta manera, la combinación de ambos mecanismos propicia un ambiente de diálogo y negociación constante, donde las partes pueden gestionar los desacuerdos de forma escalonada y sofisticada. Esto no solo reduce el desgaste y los costos asociados a disputas prolongadas, sino que también fomenta relaciones contractuales más colaborativas y eficaces a lo largo del proyecto.

En este sentido, resulta esencial que las partes diseñen una estrategia clara y bien definida para el empleo tanto del DAAB como del arbitraje, permitiendo así que puedan aprovechar las ventajas que ofrece cada mecanismo. Una estrategia adecuada implica determinar desde el inicio en qué situaciones se utiliza el DAAB para resolver cuestiones técnicas o contractuales de inmediato, reservando el arbitraje únicamente para aquellos casos donde no sea posible alcanzar una solución consensuada o definitiva. De este modo, se maximiza la eficiencia en la gestión de controversias, se optimizan recursos y se fortalece la colaboración entre las partes involucradas.

La función del Ingeniero FIDIC y la importancia de su rol para no generar conflictos e inclusive evitar algunos.

En los contratos FIDIC, el Ingeniero actúa como un punto focal entre el Contratante y el Contratista en lo que respecta a la administración y gestión contractual (Libros Rojo, Amarillo y Verde).

Aunque no es su responsabilidad prevenirlos o resolverlos, el Ingeniero tiene que ser profesional y diligente para disminuir la probabilidad de que aparezcan conflictos. Esto implica que es necesario leer y entender apropiadamente las cláusulas contractuales, proporcionar indicaciones precisas y a tiempo, y sostener una comunicación abierta entre las partes.

Es necesario que el Ingeniero incremente su capacidad para identificar puntos de conflicto y sugerir soluciones antes de que se intensifiquen en beneficio del proyecto.

En la práctica, la forma diligente de actuar del Ingeniero permite resolver problemas con anticipación y promover un entorno colaborativo; sin embargo, prevenir los conflictos es una responsabilidad que compete a todos los involucrados en el contrato, y formalmente al DAAB.

[1] Si bien como se señaló en párrafos anteriores, las resoluciones del DAAB pueden acordarse como vinculantes, existe la posibilidad de objetar la decisión y en dicho caso, la controversia podría ser elevada a un arbitraje; no obstante, dicha objeción debe de ser presentada con las formalidades que señale el Contrato; por otro lado, si no existiera objeción alguna a la decisión del DAAB, el efecto vinculante obliga a las partes a cumplirla, pudiendo ser materia de un procedimiento arbitral únicamente la consecuencias de un posible incumplimiento, más no el fondo de la misma. Independientemente de que exista objeción a una decisión del DAAB, si las Partes han acordado que sus decisiones son vinculantes, estas no dejarán de serlo hasta que exista, en este caso, un laudo que sostenga lo contrario. Importante hacer notar que si bien en los contratos FIDIC, el Ingeniero tiene la obligación de resolver reclamos y ciertos asuntos contractuales de manera neutral y justa, sin que este representando al Contratante, tiene la obligación de procurar (no obligación de que suceda) que tanto el Contratante como el Contratista alcancen acuerdos mediante consensos mutuos.

Aunque esta función en sí no es un procedimiento formal para prevenir o resolver conflictos, si el Ingeniero la ejecuta correctamente, contribuye a disminuir los conflictos en el proyecto.

Una práctica lamentable es la intervención directa y abusiva del Contratante para que el Ingeniero actúe en la forma y términos que este último le pida, evitando que el Ingeniero pueda actuar con profesionalismo. En muchos casos, esto convierte al Ingeniero en un simple portavoz del Contratante, defendiendo únicamente sus propios intereses. Esta situación demerita la figura del Ingeniero y no contribuye a la prevención de conflictos; por el contrario, los incrementa y dificulta el ambiente colaborativo que se busca en los contratos FIDIC.

Hemos observado una colaboración bastante útil respecto a las actividades del DAAB y el deber del Ingeniero en la resolución de reclamos, en la que el DAAB apoya y reitera el deber y autoridad del Ingeniero en el proceso de mediar el consenso en el proceso de determinación de reclamos. Si bien, el DAAB no puede interferir en procesos de reclamo, la constante comunicación con un DAAB y el Ingeniero permite que ambos coadyuven en la prevención de disputa al concederse el valor que cada uno conlleva intentar de manera razonada la culminación de reclamos en acuerdos, más no en decisiones impuestas que siempre dejan insatisfecho a alguna de las Partes.

El Ingeniero al igual que el DAAB pueden fungir como colaboradores contemporáneos de la prevención de disputas, cada uno con sus particularidades, pero que si se reconocen como útiles en un mismo propósito, pueden coadyuvar manera eficiente y eficaz.

Recomendaciones útiles para prevenir y solucionar conflictos en contratos FIDIC

Cuando se ponen en práctica desde el inicio del proyecto ciertas prácticas, la prevención y solución de conflictos en los contratos FIDIC mejora significativamente.

Una de las tácticas más efectivas es incluir al DAAB desde temprano y de manera activa. Los proyectos que incluyen al DAAB desde el principio y lo consultan con frecuencia previenen que numerosos problemas escalen a niveles superiores.

Otra práctica recomendable es instaurar una comunicación formal y rastreable, empleando medios digitales y formatos oficiales para cualquier notificación, reclamación, orden de cambio o acuerdo. Esta formalidad en la comunicación evita malentendidos y reduce los problemas de interpretación contractual, debido a que toda la información está registrada y accesible.

Una administración eficaz también supone una documentación apropiada. Esto implica conservar en la nube, de manera digitalizada, todos los acontecimientos, intercambios, determinaciones y pruebas técnicas. Por ejemplo, existen proyectos que convierten en digitales todos sus reportes técnicos, actas de obra y cartas, lo que les permite proteger sus intereses frente al DAAB o a un tribunal de arbitraje si fuera necesario.

Sin embargo, existen errores comunes que pueden resultar muy costosos para las partes involucradas. El desconocimiento del contrato y de los procedimientos FIDIC es un primer fallo. Cuando el personal técnico no presta suficiente atención a las condiciones del contrato, frecuentemente incurre en errores que le salen caros, como no comunicar en la forma contractualmente prevista ciertas acciones, impide que se puedan reclamar costos adicionales y ampliaciones de plazo.



En el desconocimiento del contrato hacemos especial puntualización al deber del Ingeniero como administrador del contrato, y como se mencionó anteriormente, como un factor valioso en la prevención de disputas, ya que la autoridad y conocimiento del Ingeniero permitiría el identificar que ciertos reclamos pueden evitar llegar a instancias más rígidas y complejas como lo es ante el DAAB o el arbitraje.

Otra equivocación frecuente es tardar en designar al DAAB. Si el panel se junta únicamente cuando ya está presente el conflicto, su capacidad de prevención se ve limitada y las partes pueden ver la intervención como defensiva, lo que hace que pierda legitimidad y poder para resolver. La participación del DAAB debe de ser de principio a fin y sin interrupciones ya que su suspensión tanto en conocimiento de una situación como el de un panel activo, generaría que una disputa escale a los costos del inicio de un arbitraje.

Los problemas en la resolución de disputas también son ocasionados por una mala administración de documentos. Las partes no tienen la capacidad de defenderse ante el DAAB o un tribunal arbitral ni de demostrar sus casos sin documentación, lo que podría resultar en la pérdida de derechos contractuales importantes.

Finalmente, la dura negociación es otro obstáculo habitual. Cuando las partes no muestran flexibilidad y no están dispuestas a considerar otras alternativas, frecuentemente se ven forzadas a aceptar acuerdos que no les satisfacen, lo cual conlleva la pérdida de oportunidades y el deterioro de relaciones comerciales a largo plazo.

Las repercusiones de estos fallos son inmediatas: retraso en la entrega, pérdidas monetarias, conflictos legales, sanciones contractuales y perjuicio a la reputación que pueden obstaculizar el trabajo de las empresas en proyectos posteriores. Por lo tanto, es esencial comprender los errores más comunes y aprender buenas prácticas para gestionar conflictos bajo contratos FIDIC.

Prevención y gestión adecuada de conflictos: una inversión estratégica.

La prevención y la correcta solución de conflictos en contratos FIDIC deben considerarse una inversión prioritaria, capaz de dirigir el rumbo de un proyecto hacia una conclusión exitosa. Los beneficios son extensos y de gran alcance cuando las compañías y los interesados invierten recursos, tiempo y mente en crear procedimientos para prevenir y resolver disputas de manera temprana.

Esta inversión se puede dar a través de las siguientes formas:

- Capacitación continua: formar al personal técnico, administrativo y jurídico en contratos FIDIC y herramientas de conciliación y resolución anticipada.
- Formación temprana del DAAB: Integrar el Dispute Avoidance and Adjudication Board desde la fase inicial del proyecto, consultarlo de manera regular y seguir sus recomendaciones antes de que aparezcan desacuerdos importantes.
- Crear vías de comunicación que puedan ser auditadas: aplicar procedimientos claros y plataformas digitales para registrar cualquier acuerdo, decisión o comunicación y generar evidencia rastreable.
- Fomentar la cultura de diálogo: dar preferencia a la negociación directa y los acuerdos amistosos con apoyo del DAAB, antes de recurrir a arbitrajes prolongados y costosos.
- Administración documental: respaldar, digitalizar y clasificar todos los documentos relevantes en la nube para poder proteger los intereses de las partes en cualquier etapa.

Los principales beneficios de esta inversión son:

- **Ahorro significativo en costos:** Al solucionar conflictos en una fase temprana, se eluden los elevados gastos de arbitraje, que pueden llegar a ser millonarios. En cuestiones de pagos un arreglo temprano permite un correcto flujo del proyecto sin la necesidad de esperar un proceso más largo.
- **Cumplimiento de plazos:** Al resolver los conflictos antes de tiempo, se evitan demoras en la entrega de proyectos, lo que hace más sólida la reputación y credibilidad de las compañías frente a autoridades y Contratantes.
- **Mejoramiento de la imagen comercial:** Los negocios que destinan recursos a la prevención y solución conjunta de conflictos se establecen como socios confiables y competitivos en las licitaciones futuras.
- **Relaciones comerciales duraderas y mejor ambiente de trabajo:** Un entorno colaborativo y transparente reduce la tensión y facilita el establecimiento de relaciones comerciales a largo plazo que sean saludables.
- **Manejo adecuado de riesgos contractuales:** Al identificar y documentar los riesgos desde la licitación y mantener un registro pormenorizado de cada acontecimiento, se protege la posición contractual y se previenen pérdidas financieras y sanciones.

Prevención de conflictos en Contratos FIDIC: recomendaciones, estrategias y fallos evidentes

Una combinación de cultura contractual, disciplina operacional y medidas preventivas es necesaria para prevenir conflictos en proyectos FIDIC.

Las estrategias principales, los errores frecuentes y las recomendaciones para prevenir conflictos mejor se describen a continuación:

Elaboración y revisión minuciosa del contrato: El primer paso para evitar confusiones es la claridad en el contrato. Deben examinarse de manera participativa todas las partes, cláusulas, anexos, especificaciones técnicas y condiciones específicas. No basta con leer las condiciones generales; la letra chica suele aparecer en los anexos.

Hacemos la recomendación clara y precisa, que siempre es optimo una lectura conjunta de las partes y el ingeniero respecto al contrato y con ello que se tenga de conocimiento el contenido el mismo bajo el testimonio de todos y que si existe confusión se pueda dialogar en el momento.

Identificación y administración de riesgos desde la licitación: Es esencial realizar talleres de evaluación de riesgos con abogados, técnicos, financieros y de seguridad antes de la firma. La matriz de riesgos debe establecer un responsable, medidas preventivas concretas y protocolos de notificación para cada riesgo detectado.

Elaborar listas de verificación ("checklists") y manuales internos de procedimientos: Para asegurar que todos los pasos y compromisos contractuales se lleven a cabo dentro del plazo establecido.

Documentación completa y bien estructurada: Documentar en los formatos oficiales y guardar en el sistema digital a disposición de las partes toda comunicación relevante, como instrucciones, ocurrencias, cambios en las condiciones, y otros. La trazabilidad documental es esencial frente a cualquier desacuerdo.



Intervención temprana del DAAB: Incluir al DAAB en reuniones periódicas, exposiciones de progresos y evaluaciones de incidentes es fundamental. Su intervención temprana posibilita solucionar conflictos de forma técnica e informal antes de que se intensifiquen.

Por ejemplo, convocar al DAAB a encuentros mensuales para plantear preguntas técnicas, debatir instrucciones confusas o revisar problemas iniciales. El DAAB tiene la capacidad de proporcionar sugerencias no vinculantes para orientar a las partes y prevenir conflictos formales.

No incluir al DAAB o hacerlo con retraso incrementa la posibilidad de que las disputas aumenten en intensidad; disminuyen las posibilidades de resolverlas y se incrementan los gastos y el tiempo para solucionar el conflicto.

Conclusiones

Para que haya un progreso constante, es fundamental prevenir y ser transparentes en la gestión de disputas y riesgos en los contratos FIDIC. La introducción temprana del DAAB posibilita la detección y solución anticipada de conflictos potenciales, mientras que incluir la gestión de riesgos y controversias asegura que el éxito del proyecto no se evalúe únicamente con base en tiempo y costo, sino también en la prevención de disputas.

La participación del Ingeniero FIDIC, siempre que sea profesional e independiente, contribuye significativamente a una gestión contractual más efectiva. Aunque su función principal no es la prevención formal de disputas, su papel como entidad neutral en la evaluación y resolución de reclamos permite que las partes involucradas (Contratista y Contratante) lleguen a acuerdos de manera más eficiente. Esta intervención proactiva facilita el entendimiento mutuo y ayuda a reducir la probabilidad de que los desacuerdos escalen a conflictos formales, actuando así como un apoyo adicional en la disminución de disputas dentro de los proyectos FIDIC.

El DAAB, el arbitraje y el Ingeniero FIDIC cuentan dentro de sus deberes una participación relevante en la prevención y solución de controversias, entre ellos no debe haber un desconocimiento o desentendimiento de las obligaciones y alcances de su participación, sino un respeto y entendimiento de que su correcto involucramiento ahorra tiempo, costo y, sobre todo permite completar proyectos.

Los sistemas de gestión documental en la nube y las plataformas digitales centralizadas garantizan la trazabilidad y el control de la información, ofreciendo accesos diferenciados por perfiles y asegurando la confidencialidad así como el cumplimiento de los contratos.

Cometer errores como no cumplir con los plazos del contrato, dar una interpretación subjetiva a las obligaciones, incluir al DAAB muy tarde y no tener una gestión documental apropiada son fallos que suelen ser costosos e irreversibles. Para mitigar estos peligros, se aconseja designar a un responsable de cumplimiento contractual y capacitarlo de manera continua.

Cada Contratista y Contratante debe establecer los sistemas y herramientas más apropiados para manejar contratos FIDIC, teniendo en cuenta su tamaño y habilidades. Es crucial no desatender ni subestimar estos contratos, pues tienen características que necesitan atención y adaptación continuas para conseguir los resultados esperados.

La gestión de riesgos y controversias mejora al seguir las mejores prácticas, consultar con expertos y actualizar los procedimientos a medida que los proyectos avanzan y la legislación cambia en el marco FIDIC, lo cual incrementa las probabilidades de éxito y certeza para todos los involucrados.

Lo bueno, lo malo, lo feo y la buena noticia en torno a la ley general de mecanismos alternativos de solución de controversias

Enrique A. Hernández-Villegas

Vicepresidente del Comité de Mediación de ICC México

Fundador & Director General de Solución de Conflictos Legales (SCL)

México mágico

- **Lo bueno:**

México es un país maravilloso y fascinante. Como México no hay dos. Eso cualquier extranjero lo sabe.

México es un país con una cultura milenaria

Nuestros museos y monumentos históricos son apreciados por los millones de turistas que nos visitan todo el año.

México, sus colores, olores y sabores son inconfundibles. ¡México indomable!

- **Lo malo**

Pero algo no está bien. 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, ya no es sustentable a largo plazo.

- **Lo feo**

Los abogados hemos construido la industria del litigio.

Parafraseando a don Luis Díaz Mirón, abogado y profesor de derecho laboral en México dice “la peor industria que los abogados hemos construido es la industrial del litigio, que ha sangrado a las personas”.

Recordemos que el litigio es una construcción de la sociedad moderna que gira en torno a los derechos legales y la polarización; sin embargo, no aborda las necesidades de las personas como seres emocionales.

- **La buena noticia**

Las cosas están cambiando para bien.

Estoy convencido que debemos tomar acción inmediata, urgente, comenzando por comprender que los mexicanos ya no quieren litigios como único camino para resolver sus conflictos legales.



La sociedad mexicana desea y espera soluciones creativas, amistosas y de fondo. Tenemos que aceptar que eso sólo se consigue a través de generar acuerdos negociados. Más acuerdos y menos pleitos.

“Las partes quieren una solución que armonice sus dificultades, no una sentencia que cristalice sus discordias”. Julio B.Maier.

Judicializar conflictos presentando demandas en los tribunales ya no es una opción viable. Estamos rebasados por una realidad que nos asfixia siempre que se piensa en resolver un conflicto.

Desde luego, aún existe una abogacía rezagada que persiste en mantener el status quo que no ha ofrecido otra respuesta más que litigar los casos judicializando los conflictos; esa abogacía es la principal detractora de los Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias (“MASC”).

Del viejo al nuevo paradigma

¿Qué es un paradigma?

Para decirlo brevemente y de manera concisa un paradigma es una transformación. No estamos hablando de cualquier cambio sino una profunda transformación; de hecho, cuando se habla de un cambio o rompimiento de paradigma se dice que es un cambio de reglas, el retorno a cero.

Sólo por mencionar algunos de las más grandes e importantes transformaciones en el mundo están la invención de la rueda, la imprenta pasando por el ferrocarril, la aviación, la computación, las naves aeroespaciales y la era del internet que han sido las grandes transformaciones para la humanidad en las cuatro revoluciones industriales que hasta ahora hemos tenido.

El derecho no ha sido ajeno a estas transformaciones; hoy en México estamos viviendo el nuevo paradigma de la cultura del acuerdo y la paz que tanta falta nos hace.

De la mano de las transformaciones comentadas se suma la llegada de las nuevas generaciones de Millenials y Centennials, jóvenes profesionistas con una nueva cultura de vida proclives a negociar más que pleitear; ellos comprenden que la mejor justicia son los acuerdos que se pueden conseguir de manera negociada. Es una nueva sociedad que aspira a vivir en paz.

Paulatinamente, hemos dejado atrás lo que yo denomino el “paradigma litigioso” en el cual los abogados fuimos formados en los siglos XIX y XX en México como abogados guerreros armados y entrenados para la guerra, entendiendo por paradigma litigioso como aquel en el cual las personas asumían que las controversias se tenían que resolver ante un tribunal; es decir, que un juez decidiera quien tiene o no la razón imponiendo un resultado que en la mayoría de los casos ni siquiera satisfacía al vencedor del juicio en un claro resultado perder-perder.

Los procesos tradicionales de solución de conflictos no logran satisfacer las necesidades de los tiempos actuales. Los tribunales están sobrecargados, los litigantes están enojados, los costos judiciales son altísimos, las relaciones comerciales y laborales se están destruyendo, y las partes damnificadas rehúsan solucionar sus conflictos.

Las partes se sienten frustradas con los abogados porque siempre están demasiado ocupados con cuestiones procesales o posicionándose para obtener una mejor posición negociadora dentro del juicio.

Afortunadamente, con el tiempo hemos ido dejando atrás ese paradigma litigioso optando por procedimientos de solución de conflictos legales en los cuales se privilegia el diálogo por encima de la confrontación que son un resultado ganar-ganar.

Ahora, en el Siglo XXI nos encontramos en un nuevo paradigma que denomino “generación de acuerdos”; es decir, pasamos de la época de la imposición a la del diálogo y el acuerdo negociado.

Afortunadamente hay una recuperación de la autoestima. Antes decías: tengo un problema contigo que lo resuelva el juez. Ahora es distinto, ¿Por qué mejor no lo tratamos de resolver juntos pensando en nuestro mutuo bienestar y en el de los terceros involucrados desde la cooperación y no desde la confrontación? Es una nueva mentalidad.

En los siglos XIX y XX el abogado litigante era contratado para defender los casos. Ahora, en el siglo XXI, el abogado es contratado para resolver casos lo que resulta ser una diferencia significativa si se toma en cuenta que ganar un caso puede tomar años, resolverlo puede tomar unos cuantos días o semanas, cuando mucho.

Por cierto, como abogados siempre que resolvamos un pleito en lugar de ganarlo estaremos acercándonos a la función más elevada de la abogacía.

El Conflicto

¿Qué es el conflicto?

Voy a intentar explicarlo de la manera más sencilla posible porque me encuentro colegas expertos que saben más del tema.

Un conflicto es una diferencia, ¿de qué?

Una diferencia entre dos personas que piensan distinto y que consecuentemente tienen diferentes puntos de vista, percepciones, realidades y valores. Entonces, esa diferencia las conduce al desacuerdo, el desacuerdo escala ya que ninguna persona, por lo general está dispuesta a conceder que el otro tiene razón y se convierte en una disputa, y cuando la disputa se lleva al espacio público tenemos un conflicto! con consecuencias dañinas si no se gestiona, ataja y resuelve oportunamente.

Alguien se preguntará ¿la diferencia es mala? ino! porque la diferencia son dos puntos de vista válidos bajo la máxima universal de que cada cabeza es un mundo, pero es la semilla de conflicto; sin embargo, es natural que exista aversión a la diferencia.

En un conflicto, las dos partes tienen razón porque cada una se expresa desde su sentir, desde su perspectiva, desde su visión del mundo, pero ninguna tiene el monopolio de la verdad.

Todos tenemos el derecho a no estar de acuerdo y disentir, al respecto cabe recordar las palabras de Voltaire quien decía: “Podré no estar de acuerdo contigo, pero defenderé hasta con mi vida tu derecho a expresar tu opinión”.

¡Bienvenida la discrepancia! Es en la diversidad donde se genera el conocimiento y es la manera en que el mundo avanza.



¿Cómo se resuelven las diferencias que separan a las personas?

En la gestión y solución de un conflicto no se persigue que las personas vean lo mismo, como tampoco que renuncien a sus percepciones, ni mucho menos que una se haga prevalecer sobre la otra; sino que se reconozca que el otro puede tener una percepción o punto de vista diferente al mío, que se respete, aunque no se comparta y para ello existe una palabra clave que es importante recordar y practicar todos los días, -tolerancia- que significa convivencia armónica de las diferencias.

Sin tolerancia es imposible asumir que una relación de pareja, amigos, familiar, laboral o de negocios pueda perdurar en el tiempo. No confundir tolerancia con tolerar. La tolerancia real es un valor activo de respeto y convivencia pacífica ante la diferencia, no la sumisión pasiva de "aguantar" o soportar situaciones dañinas.

Ahora bien, en una situación de conflicto, es común que la gente no sabe qué hacer o cómo reaccionar porque nadie nos enseñó en la primaria, secundaria ni bachillerato a gestionar y resolver conflictos llegando a la vida adulta en un claro analfabetismo emocional y en ocasiones nula inteligencia emocional; de ahí que se dice con razón, a las personas se les contrata por sus aptitudes y se les despide por sus actitudes.

Es común que cuando una persona entra en un conflicto con otra, las personas se enojan, se atacan, se insultan y se pelean surgiendo lo que el autor de este ensayo denomina el "abismo de separación"; es decir, las personas optan por separarse en medio del conflicto frente a su incapacidad para poderse comunicar y dialogar; insisto, las personas no saben qué hacer ni por dónde comenzar, les resulta muy difícil encontrar la solución y entran en crisis. Todo resumido, en una palabra, -caos- porque el conflicto va escalando meteóricamente.

En un conflicto se pierde lo más valioso que el ser humano tiene: la comunicación, además que la confianza se evapora al grado que un conflicto mal gestionado destruye todo a su paso, relaciones y vínculos valiosos de todo tipo. Recordemos que un conflicto es luz y sombra. Cada quien decide con que parte del conflicto se queda.

Recuperar el diálogo y la confianza es la tarea central de los MASC evitando que las personas que atraviesan por un conflicto terminen en un pleito legal interminable. Como dicen los abogados litigantes, un juicio se sabe cuándo comienza, pero nunca cuando termina porque un juicio es como abrir la caja de Pandora.

Recordando la mitología griega, Zeus creó a Pandora y la envió a la tierra con una caja, y le dijo: "Nunca, nunca abras esa caja". Bueno, un día, la curiosidad pudo más que Pandora, y ella abrió la caja. De ella salieron plagas, penas, y toda clase de males contra el 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.

Recordemos que la inmensa mayoría de los conflictos son problemas de comunicación, sólo que en los tribunales no se resuelven problemas de comunicación sino conflictos eminentemente jurídicos; sin embargo, cuando el conflicto es expropiado por el derecho su solución pretende ser jurídica resultando la menos adecuada.

Surgimiento, avance y desarrollo de los MASC

Breve historia de los MASC

El primer y más importante antecedente lo encontramos en 1998 cuando en el Estado de Quintana Roo surgió por primera vez la Ley de Justicia Alternativa que implicaba una nueva manera de resolver conflictos sin tener que litigar asuntos.

Posteriormente, en el Distrito Federal hoy Ciudad de México en enero de 2008 se publicó la Ley de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia para el Distrito Federal, cuyo propósito fue regular la mediación como sistema alternativo de justicia.

Rápidamente, surgieron en otros Estados leyes de Mecanismos de Resolución de Controversias, así como centros de mediación en Aguascalientes, Baja California Sur, Chihuahua, Coahuila, Colima, Guanajuato, Jalisco, Michoacán, Nayarit, Nuevo León, Oaxaca, Puebla, entre otros.

Fue tan importante y vertiginoso el impulso que tuvo la primera ley de MASC que en diez años se pasó de la primera regulación sobre Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en un Estado a que en 2008 los MASC tuvieran un marco y rango constitucional sin dejar de considerar que a nivel mundial el tema de los MASC estaba resurgiendo.

En este sentido, se modificó el tercer párrafo del artículo 17 de la Constitución Política para establecer que “Las leyes preverán Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias.

México empoderado

A partir de esta importante reforma constitucional se empoderó a los ciudadanos de este país a que sean ellos mismos capaces de resolver sus diferencias y conflictos legales -sin- la necesidad de autoridades de por medio y abogados que los defiendan; por primera vez se les dio trato de personas -pensantes-, adultos mayores de edad capaces de resolver sus conflictos sin la intervención de jueces, aplicando una multitud de normas y leyes; se rompió para siempre el monopolio que el Estado tenía para resolver los conflictos de las personas,

Justicia cotidiana

Otro antecedente importante en México de donde surgió la necesidad de crear la nueva Ley General de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias tiene que ver con lo que se conoce como diálogos por la “justicia cotidiana”

En el mensaje a la nación, “Por un México en paz con justicia y desarrollo” del 27 de noviembre de 2014, el presidente de la República, Enrique Peña Nieto expresó lo siguiente: “Pero la justicia no se agota, hay que decirlo, en el ámbito penal. Hay una justicia olvidada, la justicia cotidiana, aquella que demanda la mujer, a quien le niegan el divorcio, el trabajador al que no le pagan su salario, o quien no puede cobrar una deuda. Esta justicia suele ser lenta, compleja y costosa, lo que provoca que la mayoría de los mexicanos no pueda acceder a ella con facilidad. A pesar de esta realidad que es evidente no se han presentado soluciones de fondo a estos problemas”.

Los procesos legales en México son demasiado largos, costosos, poco flexibles ni adaptables a las circunstancias; existen numerosos obstáculos tanto para el acceso a la justicia como para que su resultado contribuya a resolver eficazmente los conflictos de los ciudadanos.



La justicia se percibe como distante, es en gran medida incomprensible para los ciudadanos y tiende a aumentar la desigualdad social: Existe una tendencia a privilegiar la forma procesal sobre la solución del conflicto; y las personas que enfrentan conflictos a menudo no saben a quién acudir ni cómo obtener servicios de asistencia jurídica de calidad y de bajo costo.

Algo similar ya había dicho el presidente del Tribunal Supremo en Estados Unidos Warren E. Burger, 1984

“Toda la profesión judicial (abogados, jueces y profesores de derecho) ha quedado tan paralizada por la incesante actividad de los tribunales que tendemos a olvidar que debemos ser los sanadores de los conflictos.

Nuestro sistema es demasiado caro, demasiado doloroso, demasiado destructivo y demasiado ineficiente para un pueblo verdaderamente civilizado”.

Nueva Ley General de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias

Con un retraso de seis años el 26 de enero de 2024 se publicó la Ley General de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias. Como todo producto legislativo tiene pros y contras que comentaremos.

A través de los MASC, se busca cambiar el paradigma de la justicia y propiciar una participación más activa de la ciudadanía en las formas de relacionarse entre sí, en las que se privilegie la negociación y la comunicación.

Puntos a favor de la ley:

- Los Medios Alternativos de Solución de Conflictos (mediación, conciliación, arbitraje) son herramientas útiles y flexibles que diversifican las vías de acceso a la justicia.
- Se crearán Centros de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias como órganos auxiliares del Poder Judicial Federal; por primera vez el Poder Judicial de la Federación tendrá sus Centros de Justicia Alternativa.
- Se creará un Sistema de Convenios para que, una vez firmados por las partes y suscritos por el mediador sean inscritos en dicho sistema y de esa manera puedan considerarse cosa juzgada.
- Se regula el uso de mecanismos en línea para sustanciar estos procedimientos.
- Se incluye la sustanciación de MASC en sede administrativa.

Puntos en contra de la ley

- Antes de aprobar la Ley General de Mecanismos Alternativos de Controversias soy de la opinión que debimos haber comenzado por el principio, en este caso i) adoptar la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre Conciliación Comercial Internacional y ii) adoptar la Convención sobre los Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación, mejor conocida como Convención de Singapur, cosa que inexplicablemente no hemos hecho.
- Se crea el Consejo Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias, que será el máximo órgano colegiado rector en materia de políticas públicas respecto de los MASC, un consejo poco funcional y operativo formado por los 32 directores de los Estados en donde no se consideró la participación de mediadores privados.

-
- La sobrerregulación de los procedimientos y la aplicación de formalidades que no son propias de estos mecanismos;
 - La sobre intervención de las autoridades en la determinación de procedencia de estos mecanismos, su regulación y su conducción;
 - El requisito de nacionalidad mexicana que se exige a las personas facilitadoras, así como el régimen de responsabilidades al cual son sometidos los facilitadores;

Conclusiones

Ahora, la formación profesional a las nuevas generaciones de abogados está orientada a resolver disputas de manera inteligente y no únicamente a través del litigio judicial. Formar troubleshooters y no troublemakers.

Los MASC constituyen formas de empoderamiento de la ciudadanía, puesto que, con ellos se responsabiliza a los particulares de la gestión de sus propios conflictos convirtiéndose en agentes activos de la solución a los mismos.

Los abogados del siglo XXI son los que se atreven a romper viejos paradigmas, puesto que apuestan a “un buen arreglo en lugar de un gran pleito”; entienden que la justicia alternativa está encaminada a -soluciones- más que a verdades jurídicas, más que a decir quién tiene la razón, más que a pronunciar quien gana o quien pierde; entienden que el empleo de los MASC cambia el enfoque de lucha por uno de esfuerzo para coincidir.



Arbitraje financiado y MASC: por qué la cuantificación temprana del daño redefine la estrategia del conflicto

Fernando Pérez Lozada
Senior Investment Manager
Loopa Finance

El financiamiento de litigios y la cuantificación temprana del daño están transformando la forma en que las controversias se gestionan y resuelven. Lejos de incentivar el conflicto, estas herramientas facilitan decisiones informadas sobre arbitraje, mediación y acuerdos tempranos, alineando los Medios Alternativos de Solución de Controversias con una lógica de eficiencia, gestión de riesgo y acceso efectivo a la justicia.

I. Introducción

Del conflicto a la estrategia

Durante décadas, la resolución de controversias, ya fuera a través de arbitraje, mediación u otros mecanismos alternativos, se ha concebido como una decisión reactiva: primero surge el conflicto y, sólo después, se elige el foro o el método para resolverlo. En ese enfoque tradicional, el análisis económico del caso y la evaluación realista del daño suelen quedar relegados a etapas avanzadas del procedimiento, cuando muchas decisiones estratégicas ya han sido tomadas.

Sin embargo, la práctica contemporánea de la resolución de disputas está evolucionando. Hoy, especialmente en controversias complejas y de alto valor, el conflicto potencial se diseña estratégicamente desde el inicio. En ese diseño, dos herramientas han adquirido un rol central: el financiamiento de litigios por terceros (third-party funding o TPF) y la cuantificación temprana del daño.

Este artículo sostiene que el arbitraje financiado y los Medios Alternativos de Solución de Controversias (MASC) no sólo no se oponen entre sí, sino que funcionan mejor cuando se entienden como aliados. Lejos de fomentar litigios innecesarios, el financiamiento y el análisis económico temprano promueven decisiones más informadas, negociaciones más realistas y resultados más eficientes, alineados con los principios que inspiran tanto el arbitraje moderno como la mediación.

Uno de los incentivos más eficaces para activar la negociación se da cuando un fondo de financiamiento de litigios ha validado los méritos y probabilidades de éxito del caso para financiarlo, ya que estadísticamente el 70% de los casos financiados se ganan. En ocasiones, el solo hecho de saber que la contraparte tiene un fondo de financiamiento de su lado para invertir el capital necesario, puede lograr una verdadera negociación por la parte demandada. No obstante, es importante conocer los términos del acuerdo de financiamiento para evitar que el fondo pueda tomar el control absoluto en la mesa de la negociación, que pueda no estar alineado con los intereses no-económicos de las empresas participantes.

Idealmente, para que la negociación previa al litigio sea satisfactoria las partes financiadas deben conservar el poder de negociación contra el pago del retorno de la inversión correspondiente que suele ser mucho menor al inicio de la disputa que a lo largo del tiempo, al final una negociación temprana puede representar una ganancia rápida y segura aunque no sea extraordinaria en términos económicos.

II. Arbitraje financiado y MASC: desmontando un falso antagonismo

Uno de los argumentos más recurrentes contra el financiamiento de litigios es que este incentivaría el conflicto, prolongaría los procedimientos y dificultaría los acuerdos tempranos. Desde esta óptica, el TPF sería incompatible con la mediación o con soluciones consensuadas. La experiencia práctica muestra lo contrario.

El financiamiento de litigios es, por definición, non-recourse: el financiador asume el riesgo económico del caso y sólo recupera su inversión si el resultado es favorable. Esto genera un incentivo estructural para maximizar el valor del resultado, no para prolongar el conflicto. Un procedimiento largo, costoso e incierto rara vez es preferible a un acuerdo temprano que refleje adecuadamente el mérito del caso.

En la práctica, el financiamiento introduce una tercera evaluación independiente del conflicto, adicional a la del cliente y sus abogados. Esta evaluación no responde a incentivos emocionales ni a lógicas defensivas, sino a un análisis riguroso orientado a la eficiencia y al valor económico del caso.

Por ello, los financiadores sofisticados evalúan desde la etapa de due diligence no solo la viabilidad jurídica del reclamo, sino también una serie de variables clave que permiten tomar decisiones informadas desde el inicio del conflicto:

- Las probabilidades reales de éxito del caso.
- Los costos proyectados del procedimiento y su impacto en el valor neto de la reclamación.
- Los escenarios de resolución anticipada, incluyendo mediación y acuerdos tempranos.
- Las posibles opciones de salida, más allá de la obtención de un laudo final.
- La duración estimada de cada fase del procedimiento y las probabilidades de que se resuelva en cada una de las etapas.

En este sentido, si las probabilidades de llegar a un acuerdo (“settlement”) son elevadas, por ejemplo más de un 30% de que se resuelva el conflicto - dada la apertura de ambas partes, ofertas previas y/o las relaciones comerciales de largo plazo-, la estimación tiempos de resolución se reducen y con ello, las probabilidades de obtener un financiamiento aumentan.

Este enfoque integral explica por qué la mediación y otros MASC no representan una amenaza para el modelo de financiamiento, sino una herramienta natural para materializar valor cuando el momento es oportuno.

III. El rol del financiamiento en la mediación y la cuantificación temprana: la decisión que define la estrategia

La mediación fracasa con frecuencia no por falta de voluntad, sino por asimetrías de información y expectativas irreales. Cuando una de las partes enfrenta restricciones financieras significativas, su capacidad de negociar se ve afectada, ya sea por urgencia de liquidez o por la necesidad de aceptar acuerdos subóptimos.



El financiamiento de litigios contribuye a equilibrar ese escenario al reducir la presión financiera inmediata sobre la parte financiada, lo que le permite negociar sin urgencias artificiales. Al mismo tiempo, introduce una evaluación más objetiva del caso, ya que el financiador no comparte los sesgos emocionales propios del conflicto. Esta dinámica profesionaliza la discusión económica desde etapas tempranas, incorporando análisis de valor esperado y escenarios de resolución, y aumenta la credibilidad de la reclamación frente a la contraparte.

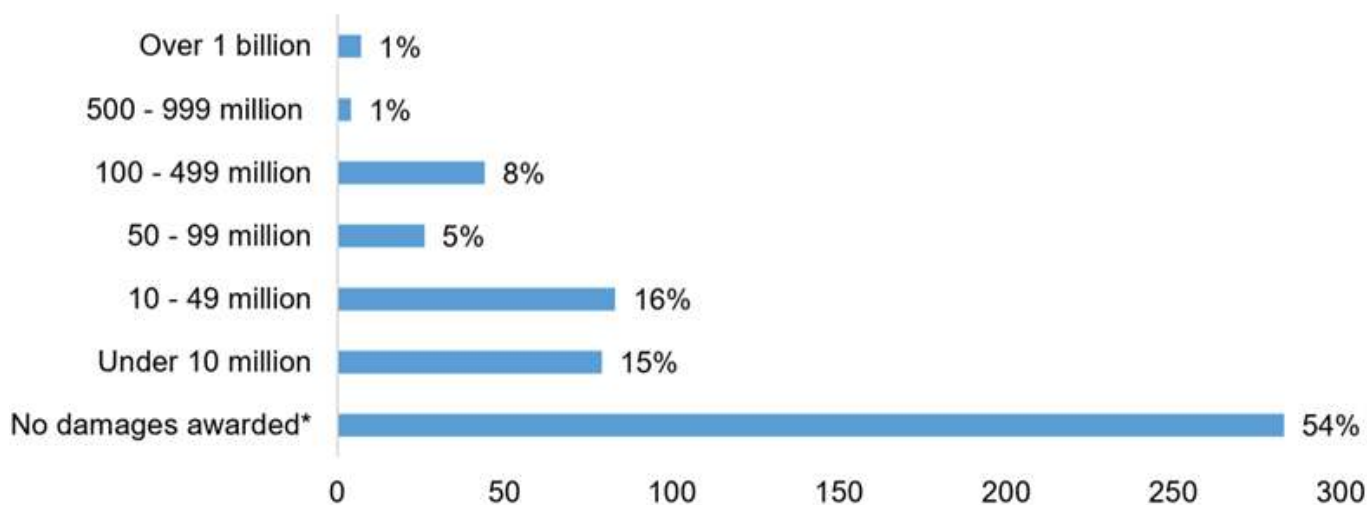
Los fondos de financiamiento, suelen asignar un valor de la reclamación objetivo con distintos escenarios de recuperación: pesimista, realista y optimista; incluyendo un escenario del monto de negociación que podría ser aceptado por ambas partes. Este análisis suele ser validado por expertos externos contratados por el fondo para revisar la cuantificación de daños de manera objetiva a través de una “due diligence”.

En ocasiones las empresas demandantes suelen asignar valores de recuperación por encima de la realidad, dada su visión parcial y en ocasiones, estratégica para maximizar un resultado económico (“anchoring effect”), anticipando posturas económicas mucho menores de la contraparte.

La estadística en materia de “daños reclamados frente a daños otorgados” por tribunales de arbitraje de inversión se sitúa en un promedio del 41%. Esto refleja un patrón de reclamación de daños que duplica lo esperado.

Por ejemplo, de todos los casos administrados por el CIADI, a mayor el porcentaje de daños reclamados, menor es el porcentaje otorgado, como se puede ver en el siguiente gráfico:

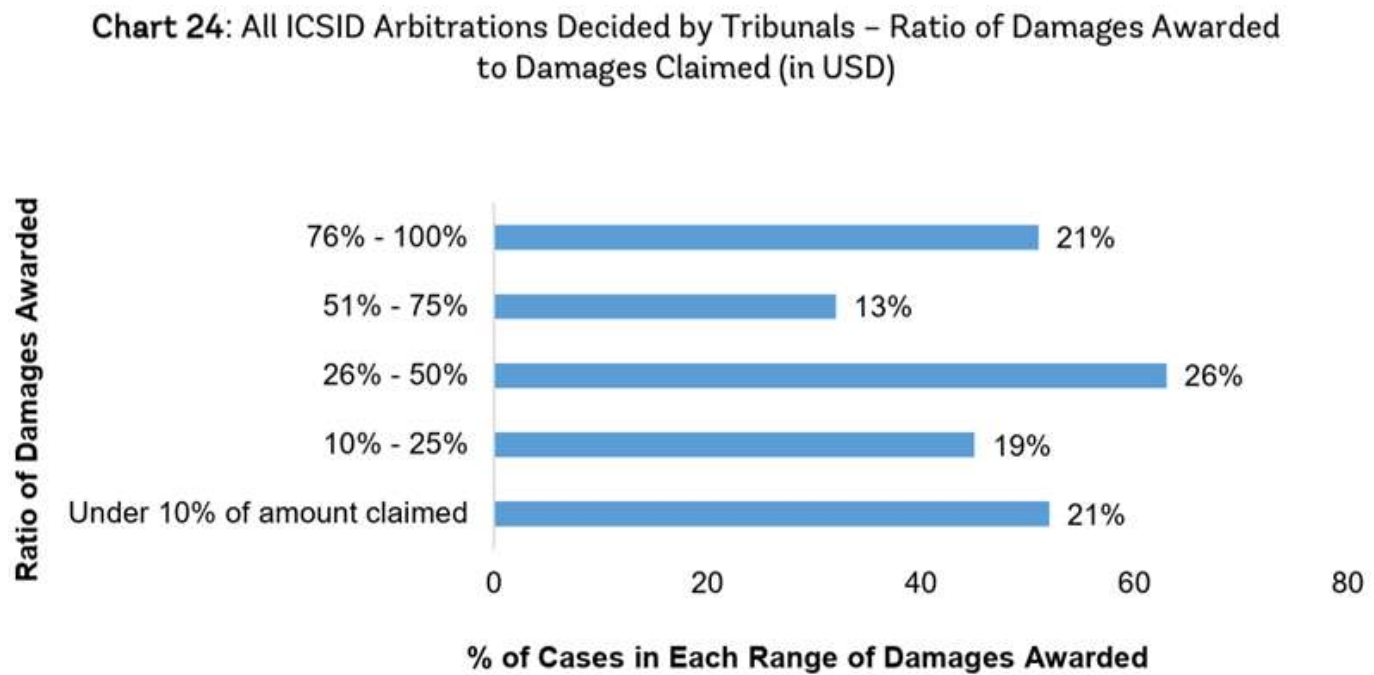
Chart 22: All ICSID Arbitrations Decided by Tribunals – Damages Outcomes (in USD)



* This category includes cases that concluded with an award declining jurisdiction, deciding that the claims were manifestly without legal merit, dismissing all claims on the merits, or upholding claims on liability but awarding no damages to the investor.

Por otro lado, según las estadísticas del CIADI más recientes de 2025, de todos los arbitrajes de inversión, solo en el 34% de todos los casos CIADI los tribunales han otorgado más del 50% del monto reclamado.

En particular, en la mayoría de los casos (26%) se otorgaron entre el 26% y 50% de los daños reclamados, como se refleja en el siguiente gráfico:



Lo anterior, nos permite reflexionar y destacar la importancia de la evaluación precisa de las reclamaciones, sobre todo en los procesos de arbitraje internacional.

Si el financiamiento aporta una capa adicional de análisis, la cuantificación temprana del daño es el elemento que articula la estrategia global del conflicto.

Tradicionalmente, la cuantificación del daño se desarrolla con un enfoque probatorio, orientado casi exclusivamente al arbitraje. El peritaje se concibe como un instrumento para sustentar una reclamación ante el tribunal, no como una herramienta estratégica para decidir cómo y cuándo resolver el conflicto.

Este enfoque resulta limitado.

Incorporar el análisis económico desde el inicio permite:

- **Evaluar si el arbitraje es el camino más adecuado.**
- **Determinar si una mediación temprana es viable.**
- **Ajustar las expectativas del cliente.**
- **Diseñar una estrategia coherente entre el foro, el costo y el valor real del reclamo.**

No hay mediación efectiva sin números creíbles. Cuando las partes negocian sin una referencia económica sólida, el proceso se convierte en un intercambio de posiciones, no en una búsqueda genuina de soluciones.

En este sentido, el TPF no sustituye la mediación ni la condiciona. Por el contrario, la potencia al crear un entorno más racional, estructurado y propicio para negociaciones significativas con información precisa en la cuantificación de daños.

IV. Impacto de la cuantificación temprana en la elección entre arbitraje y MASC

La decisión entre arbitraje, mediación o acuerdo directo no debería responder a inercias ni a preferencias abstractas, sino a información concreta.

La cuantificación temprana del daño delimita el rango razonable de negociación y permite identificar los puntos de sensibilidad económica del caso. Asimismo, facilita la evaluación del costo de oportunidad del tiempo y ayuda a definir el momento óptimo para activar un mecanismo alternativo de solución de controversias.

En muchos casos, este análisis revela que un acuerdo en fases iniciales genera más valor que un arbitraje largo, aun cuando las probabilidades jurídicas sean altas. En otros, confirma que la única vía razonable para preservar el valor del reclamo es acudir a arbitraje. Lo relevante es que la decisión deja de basarse en intuiciones y pasa a sustentarse en criterios objetivos, alineados con los principios de eficiencia y racionalidad que inspiran tanto el arbitraje como los MASC.

V. Conclusiones

Lejos de desplazar al arbitraje, la combinación de financiamiento y cuantificación temprana contribuye a fortalecer su legitimidad. Un arbitraje que llega a laudo tras haber explorado seriamente opciones de mediación y acuerdos, con plena comprensión del daño y del riesgo, es un arbitraje más sólido, más creíble y más eficiente.

Desde esta perspectiva:

- **El arbitraje deja de ser la “última opción”** y se integra en una estrategia más amplia de gestión del conflicto.
- **La mediación deja de ser un trámite formal** y se convierte en una herramienta real de creación de valor y resolución de conflictos.
- **El financiamiento actúa como un filtro de calidad**, descartando reclamos inviables y profesionalizando los que avanzan con equipos calificados.
- **El peritaje económico se consolida como un elemento estratégico**, no meramente probatorio.

El debate contemporáneo no es arbitraje versus mediación, ni financiamiento versus acuerdo. El verdadero desafío es diseñar estrategias de resolución de controversias que maximicen valor y reduzcan fricciones innecesarias.

El financiamiento de litigios y la cuantificación temprana del daño no generan más conflictos. Generan mejores decisiones. Al alinear incentivos, clarificar riesgos y aportar información objetiva, estas herramientas fortalecen tanto el arbitraje como los Medios Alternativos de Solución de Controversias.

En un entorno donde los conflictos son cada vez más complejos y costosos, el futuro de la resolución de disputas pasa por entender que arbitraje y MASC no compiten entre sí, sino que se complementan dentro de una misma estrategia orientada a la eficiencia, la racionalidad económica y el acceso efectivo a la justicia.

Bibliografía y fuentes del Artículo Arbitraje financiado y MASC por qué la cuantificación temprana del daño redefine la estrategia del conflicto

Cláusulas de arbitraje como método de solución de controversias contractuales

Luis Gerardo Ramírez Villela
Socio

Sophia Lozano Chernitsky
Asociada

Müggenburg, Gorches y Peñalosa, S.C.

Introducción

A raíz de las recientes reformas en materia judicial y de la incertidumbre que las mismas han generado, se ha puesto a prueba la seguridad que proporciona el sistema judicial mexicano. Hoy en día podemos observar cómo las personas han perdido la confianza en que los miembros del sistema judicial tienen la capacidad para resolver controversias legales de manera fundada, motivada, imparcial y apegada a la ley. Como consecuencia de esto, se ha vuelto tendencia optar el arbitraje como método de solución de controversias contractuales, renunciando a la jurisdicción de los tribunales competentes.

El acuerdo de arbitraje

De conformidad con la fracción I del artículo 1416 del Código de Comercio vigente, el acuerdo de arbitraje es aquél por el que las partes deciden someterse al arbitraje respecto a controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas por virtud de una relación jurídica, contractual o no contractual. Este acuerdo puede adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato; por ende, la cláusula arbitral o cláusula de arbitraje es aquella disposición por virtud de la cual las partes de un contrato se obligan a resolver cualesquier controversias derivadas del contrato en cuestión mediante el arbitraje y no ante los tribunales competentes.

Asimismo, el Código de Comercio en su artículo 1423, establece que el acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito y consignarse en un documento firmado por las partes. En cuanto a la cláusula arbitral, para que ésta sea válida y exigible, deberá constar en un contrato escrito y se deberá hacer una referencia que implique que dicha cláusula forma parte del contrato correspondiente. Cuando hablamos de una cláusula de arbitraje es importante tomar en cuenta los elementos esenciales de la misma. La cláusula de arbitraje debe tener una redacción precisa y clara para asegurar la eficiencia del proceso y la seguridad jurídica de las partes.

Por lo mismo, la cláusula arbitral debe contener, como mínimo, lo siguiente:

1. Voluntad expresa; es decir, se debe manifestar de forma escrita la intención y voluntad de las partes para someterse al arbitraje.
2. Objeto; es decir, se deben precisar cuáles serán las controversias que serán sometidas al arbitraje.
3. Sede; es decir, se debe especificar de forma escrita el lugar donde se llevará a cabo el arbitraje.
4. Idioma; es decir, se debe mencionar el idioma en el que se va a llevar a cabo el procedimiento de arbitraje.
5. Ley aplicable; es decir, la legislación que deberá regir el fondo de la controversia.
6. Institución y reglas; es decir, la especificación de la institución administradora o, en su caso, si es un arbitraje ad hoc.

Nulidad de la cláusula arbitral

Como cualquier cláusula y/o acuerdo entre partes privadas, la cláusula arbitral puede ser declarada inválida, ineficaz o inaplicable por diversas razones, por lo que es de suma importancia tomar en cuenta lo comentado en la sección anterior para darle plena validez a la cláusula que estemos redactando. Las causas principales de la nulidad de la cláusula arbitral o el acuerdo arbitral, son:

1. Que cuente con vicios del consentimiento; es decir, que haya sido pactada bajo violencia, error, engaño o fuerza.
2. Que alguna de las partes que la haya pactado no cuente con la capacidad legal para pactarla.
3. Que la cláusula sea patológica; es decir, que nombren árbitros que no puedan ser nombrados o que se sometan a instituciones arbitrales que no existen.
4. Que la materia del contrato principal sea ilícita.
5. Que no cumpla con los requisitos de validez mencionados en la sección anterior.

Principios clave de la cláusula arbitral

Si bien el sistema de arbitraje se rige por diversos principios que aseguran su funcionalidad, la cláusula arbitral tiene ciertos principios fundamentales cuyo propósito es garantizar que la voluntad que tienen las partes para resolver controversias fuera de tribunales sea vinculante, coherente y eficaz. Uno de los principios más relevantes y el cual marca una diferencia significativa entre el arbitraje y un juicio ante tribunales, es el principio de la autonomía de la voluntad, el cual es considerado como la base esencial del sistema de arbitraje en general. Este principio reconoce el derecho y voluntad de las partes para organizar el procedimiento al que se van a sujetar, permitiéndoles elegir a los árbitros, las normas aplicables y el lugar del arbitraje.

Otro de los principios que más se distinguen es el principio de la separabilidad de la cláusula arbitral. Este principio consiste en la independencia que tiene la cláusula arbitral del contrato principal, asegurando la subsistencia de la cláusula y del proceso arbitral en sí aún si el contrato es declarado nulo. Gracias a este principio, las partes tienen la seguridad jurídica de que el procedimiento de arbitraje al que eligieron someterse va a llevarse a cabo para resolver cualesquier controversias derivadas del contrato principal sin importar la validez del contrato en sí.

Sede del arbitraje

La sede del arbitraje podrá pactarse libremente por las partes involucradas en el mismo; en la práctica actual se utilizan como sedes, entre otras, la Ciudad de México, Nueva York, Estado de Nueva York, en los Estados Unidos de América, o bien, la ciudad de París, Francia.

Las partes pueden elegir libremente el idioma en que se llevará a cabo el arbitraje y podrán someterse además a la jurisdicción que consideren conveniente para tales efectos, incluyendo además que la resolución emitida en el proceso de arbitraje sea definitiva y obligatoria para las partes.

Beneficios del arbitraje

Si bien el sistema judicial ofrece cierta seguridad jurídica respecto a la solución de controversias, la reciente reforma judicial y la entrada en vigor de la elección de jueces vía voto popular, han causado más preocupaciones que soluciones. Por lo anterior, resulta importante analizar y sincerarnos respecto de los beneficios que tiene el sistema arbitral para resolver controversias entre partes privadas.

Uno de los beneficios más importantes de elegir el arbitraje como método de solución de controversias a raíz de la incertidumbre que genera la elección de jueces especializados vía voto popular, es precisamente la especialización de árbitros. A la hora de someterse al arbitraje, las partes tienen la libertad de elegir al árbitro o árbitros que decidirán sobre la controversia. Estos árbitros suelen estar especializados en diferentes materias, por lo que su conocimiento y especialización brindan seguridad jurídica a las partes respecto de su capacidad para resolver la controversia correspondiente de manera objetiva y clara, ya que cuentan con las capacidades y conocimientos técnicos suficientes para emitir un laudo de manera fundada y motivada.

Por otro lado, como bien sabemos, llevar un procedimiento judicial puede ser extremadamente lento, costoso y tardado, ya que los tiempos del proceso dependen completamente de los tiempos del sistema en sí. Es por esto que la rapidez y eficacia de un arbitraje es uno de los beneficios clave, ya que soluciona la controversia de manera expedita.

Ahora bien, es importante considerar que nos encontramos en una era en la que la inversión extranjera y la colaboración contractual entre empresas nacionales y extranjeras está en su auge. Tomando esto en cuenta, sabemos que uno de los mayores puntos de contención ante controversias que surgen entre nacionales y extranjeros es la jurisdicción a la que se someterán las partes. Es por esto que el alcance internacional del arbitraje resulta tan atractivo y otorga beneficios a las partes. El arbitraje internacional permite a partes de distintos países resolver controversias de manera neutral, flexible y, sobre todo, privada, permitiendo así mayor celeridad en la solución de controversias y no generando problemas adicionales a las partes al someterse a la jurisdicción de un país ajeno y lo que conlleva un proceso de esa naturaleza.

Conclusión

Como hemos analizado, el arbitraje no es solo un procedimiento que por sí solo cuenta con grandes características que lo distinguen, sino que es una alternativa esencial para el clima político-legislativo en el que se encuentra el país. Actualmente exista una obligación tácita entre abogados para proteger a nuestros clientes y brindar seguridad jurídica ante una situación que únicamente genera incertidumbre. La manera en la que podemos brindar esta seguridad jurídica es continuar con esta tendencia y seguir optando por designar el arbitraje como el método de solución de controversias en contratos privados, asegurando así que dichas controversias serán resueltas con mayor capacidad, objetividad y nivel de especialización.



Mediación en Materia Laboral

Georgina Herrera Guerrero
Abogada laboral
Müggenburg, Gorches y Peñalosa, S.C.

La mediación laboral en México es clave: privilegia soluciones dialogadas antes del juicio. Tras la reforma constitucional de 2017 y la reforma a la LFT de 2019, la conciliación prejudicial obligatoria es puerta de entrada e incorpora mediación y negociación colaborativa. Este artículo sintetiza marco, principios, etapas y prácticas, con enfoque preventivo y límites de irrenunciabilidad y orden público laboral.

La mediación laboral en México se ha convertido en un elemento central de este nuevo modelo de justicia laboral, ya que prioriza la importancia de la resolución dialogada de conflictos antes de que lleguen a los tribunales. Desde la promulgación de la reforma constitucional de 2017 y la reforma laboral de 2019 a la Ley Federal del Trabajo, se ha establecido la conciliación prejudicial obligatoria como un punto de entrada en el sistema, que integra la mediación y la negociación conjunta.

El conflicto es un hecho intrínseco de las relaciones laborales, ya que al interactuar el trabajo y el capital para producir bienes o servicios, siempre hay tensiones constantes en la distribución de beneficios, la seguridad laboral, las condiciones de trabajo y la productividad: la historia del derecho laboral es ilustrativa de la necesidad de canalizar esas tensiones en reglas y procesos institucionales que alivien la desigualdad estructural entre las partes. Durante años, el sistema mexicano fue desafiado: el proceso laboral se convirtió en un proceso largo con efectos interrelacionados para trabajadores, empleadores e instituciones.

Ante esto, el énfasis en los procesos autocompositivos se concibe como una intervención de política pública dirigida a mejorar el acceso a la justicia, aliviar la carga del sistema judicial y enfocarse en soluciones a corto y largo plazo; específicamente, la mediación y la conciliación, que no son instituciones nuevas en el mundo laboral, recibieron un nuevo protagonismo entre las reformas de la justicia laboral como parte de una construcción institucional que las incluye como antecedentes a la acción judicial.

El objetivo de este artículo será dilucidar por qué la mediación laboral es hoy una herramienta estratégica en la gestión de las relaciones laborales, cómo está integrada en el modelo mexicano de conciliación prejudicial, cuáles son sus principios rectores, cómo funciona en la práctica y cuáles son sus desafíos.

La mediación es un proceso de resolución de disputas con la ayuda de una tercera persona imparcial que facilita el diálogo entre las partes para alcanzar una resolución voluntaria. En el ámbito laboral, la mediación es un componente de un conjunto de mecanismos típicamente interpretados desde la teoría más amplia del proceso, distinguiendo entre autocomposición y heterocomposición: mientras que la heterocomposición se centra en el problema y busca involucrar a un tercero que pueda imponer una solución, la autocomposición busca que la disputa entre las partes se resuelva por acuerdo.

En la práctica laboral, la mediación y la conciliación a menudo se entienden como sinónimos pero con sutilezas, el grado de intervención o apoyo de un tercero en medio de una negociación, por ejemplo, en la mediación, el facilitador organiza la comunicación entre las partes, identifica intereses y barreras para la participación sin sugerir una solución concreta, mientras que en la conciliación, el tercero tiene el potencial de articular propuestas o recomendaciones de acuerdo para cerrar la brecha; esta diferencia es fundamental para entender el diseño mexicano: el sistema está normativamente concebido como conciliación prejudicial, pero en la práctica adopta mecanismos estándar de mediación y negociación colaborativa.

La mediación laboral, asimismo, abarca una característica que define en cierta medida el derecho laboral: la naturaleza de su orden público e interés social, lo que significa que el acuerdo no puede hacerse "a cualquier costo", porque hay derechos mínimos que no pueden ser renunciados o transaccionados en detrimento del trabajador, en consecuencia, un facilitador tercero no solo redacta un acuerdo, sino que lo hace manteniendo la legalidad, evitando estados de indefensión y asegurando que el acuerdo sea viable, proporcional y cumpla con las leyes laborales.

El Artículo 17 establece los comienzos constitucionales de tal enfoque, reconociendo (como parte del derecho de acceso a la justicia) mecanismos alternativos para resolver disputas, además, la reforma constitucional en justicia laboral (publicada en 2017) marcó un cambio fundamental en la arquitectura institucional del sistema, reemplazando las Juntas de Conciliación y Arbitraje con Tribunales Laborales del Poder Judicial, junto con una etapa de conciliación previa y obligatoria.

La reforma de 2019 se basó en este mandato a través de la Ley Federal del Trabajo, que hizo de la conciliación prejudicial un requisito general para los procedimientos, salvo ciertas excepciones. Para implementar este esquema, se establecieron Centros de Conciliación: a nivel federal, el Centro Federal de Conciliación y Registro Laboral; y, a nivel local, los Centros de Conciliación de las entidades federativas. Bajo el nuevo modelo, estos centros son independientes de los Tribunales Laborales, y el conciliador es el principal operador de los procesos, implementando los procedimientos del proceso conciliatorio y asesorando a las partes para acordar fórmulas de solución, evaluando propuestas, redactando y sancionando acuerdos y, si es necesario, emitiendo la constancia de no conciliación.

A nivel operativo, permite que la conciliación sea una "ruta real" por parte de las partes para la resolución de disputas, con plazos reducidos y una opción para finalizar sin llegar a un acuerdo si las partes no están dispuestas a continuar las negociaciones. Esta lógica intenta equilibrar los dos objetivos que necesitan ser balanceados: presentar un espacio real para el diálogo y, al mismo tiempo, no hacer que la conciliación actúe como un procedimiento de demora en el proceso; la legitimidad del mecanismo se basa en las partes que sienten que están en un espacio seguro, neutral y útil, con este fin, se reconocen principios que funcionan como pautas para la integridad del procedimiento.

En primer lugar, la voluntariedad debe articularse con cautela, en México, la asistencia a la etapa previa es obligatoria en la mayoría de los casos, pero el acuerdo no lo es, de modo que los requisitos procesales del acuerdo pueden reconciliarse con la libertad de las partes de no llegar a un acuerdo, en segundo lugar, la confidencialidad es instrumental: el intercambio transparente de información e intereses sin temor a represalias, así como el valor incrementado del proceso como un espacio de confianza, la confidencialidad también debe actuar como una salvaguarda contra la instrumentalización del procedimiento con fines probatorios.





En tercer lugar, si la tercera parte facilitadora no es lo suficientemente imparcial y neutral, el mecanismo no funcionará, en la mediación, la neutralidad no implica inacción respecto a la legalidad, sino neutralidad o imparcialidad, dada la asimetría estructural inherente en la naturaleza de las relaciones laborales, el conciliador que necesita actuar, debe tomar una posición imparcial pero al mismo tiempo equilibrar el poder y prevenir la existencia de estados de indefensión, y asegurar que se respeten los derechos mínimos.

Además, los límites del posible acuerdo están establecidos por la legalidad y la irrenunciabilidad de los derechos, para asegurar que la mediación laboral sea diferente de otros mecanismos y no se perciba como un sinsentido institucional.

Un aspecto fundamental de la mediación se relaciona con un diagnóstico correcto del conflicto que determina el éxito del proceso; en la conciliación laboral, es imperativo que se diferencien posiciones e intereses, que se determine si el conflicto es manifiesto o latente, la etapa en la que se encuentra, y que se identifiquen las relaciones de poder y recursos. Este análisis tiene un significado práctico: no todo conflicto se interviene a través de los mismos medios o cuando existe escalada, posiciones rígidas o comunicación deteriorada, una tercera parte facilitadora necesita intervenir para facilitar, organizar el diálogo y crear condiciones mínimas para la negociación ya que cuando hay disposición para dialogar, el proceso puede centrarse en opciones de trabajo, alternativas y hacer compromisos realistas.

Lo que la literatura técnica aporta es una contribución valiosa: la mediación no requiere del “talento personal” del mediador, sino que puede estructurarse en torno a una serie de etapas, tácticas y directrices que reducen la probabilidad de errores y aumentan la probabilidad de acuerdo. La etapa preparatoria es vital, recopilando información sobre las circunstancias circundantes, las personas y el tema de interés, sin sesgo en las fuentes y posturas; una preparación inadecuada a menudo conduce a reuniones infructuosas, ya que las partes llegan sin saber cuáles son las verdaderas reclamaciones, sin conocer los hechos o esperando resultados poco realistas.

Para iniciar el procedimiento, una tercera parte se presenta, modela profesionalismo y establece reglas básicas que deben servir como la base, como la estructura para que la conversación no resulte “atada” o artificial, de esa manera la conversación se vuelve orgánica; ya que sin estas reglas, la conversación se vuelve descontrolada, confusa, interrumpida o incluso muy insatisfactoria hasta el punto de no producir comunicación real.

Así que en esta etapa se acuerdan asuntos prácticos: cómo participará cada parte; quién los representará; qué orden seguir si intervienen; si se llevarán a cabo reuniones conjuntas o separadas; y todos los posibles controles sobre la información.

Por el momento, la negociación directa toma un primer curso en esta etapa: permite a las partes expresar sus propias versiones, especificar puntos de acuerdo y comenzar a buscar soluciones, pero la negociación se vuelve efectiva cuando pasa de ser una batalla de posiciones a una verdadera plática en la que ambas partes exponen cuáles son sus intereses. Así que una etapa crucial es descubrir intereses y prioridades, determinar cuáles son las preocupaciones reales de ambas partes y qué se puede intercambiar por lo que es mutuamente valioso.

La fase de propuesta de acuerdo es donde lo que realmente importa a cada parte es lo que se acuerda, lo que se puede intercambiar para crear valor, luego, a medida que el conciliador media la conversación, pasa a la siguiente fase del proceso con creatividad y realismo, proponiendo ideas que hagan propuestas de arreglo concretas, verificando si cada alternativa funcionará a favor, en contra y dentro de una “zona de acuerdo”, no basada en posiciones sino en intereses y donde ambas

partes logran un mejor resultado del que habrían logrado si el asunto hubiera continuado o llegado a juicio.

Para la mediación laboral, por ejemplo, esta etapa se ve mejorada por herramientas de comunicación como la escucha activa, la paráfrasis, preguntas estratégicas y reformulación narrativa, ya que la percepción del conflicto generalmente está cargada de emoción e interpretaciones inflexibles, por último, la mediación se cierra de una de dos maneras: con acuerdo o sin acuerdo; así que detenerse sin acuerdo no significa fracaso; significa reconocer que las partes prefieren alternativas heterocompositivas o no existe una base mínima para el acuerdo.

En México, la necesidad de conciliación previa al juicio es mediación institucionalizada, con reglas detalladas, plazos y proceso de ejecución cuyo propósito es resolver asuntos rápidamente y evitar que los casos que pueden resolverse mediante acuerdo mutuo accedan a los Tribunales, por el contrario, la constancia de no conciliación otorga a las partes el derecho de llevar el caso a los Tribunales cuando las partes no están genuinamente interesadas en la negociación.

El conciliador también debe transmitir a las partes el propósito, alcance y duración del procedimiento, explicar el carácter no adversarial del espacio e incentivarlas a proponer una fórmula de acuerdo y asegurarse de que sea un acuerdo no violatorio que no infrinja los derechos y las normas de orden público, y no lesione a terceros, esta función es particularmente valiosa para la tarea de equilibrar asimetrías: la conciliación es para evitar el escenario en el que una parte ejerce su fuerza económica o informativa.

Para los empleadores, la mediación y la conciliación deben ser vistas como algo más que una "última parada", sino como un instrumento para el control de riesgos y la gestión de contingencias, por lo tanto, existen prácticas en este sentido que pueden aumentar la probabilidad de acuerdo y reducir la exposición: se debe preparar un argumento antes de la conciliación, primero para evitar entrar en la conciliación sin información, cálculo de escenarios o certeza sobre los hechos que podrían apoyar una resolución; la falta de preparación daña la credibilidad de un empleador, y se vuelve muy difícil llegar a acuerdos; además, se debe llegar con una evaluación realista y sin intención de "ganar la audiencia", el objetivo: "ganar esa audiencia" o hacer que esos términos sean aceptables para las partes involucradas en el conflicto, dentro de los límites de la ley, por lo tanto, se recomienda el rango de la negociación, el punto de falta de acuerdo y las opciones de pago; también debe estar en la dirección de una comunicación orientada a los intereses.

Por ejemplo, en conflictos de terminación, el trabajador puede preferir rapidez y certeza sobre cantidad; mientras que el empleador valora la resolución final; detectar estos intereses permite espacio abierto para soluciones creativas; en tercer lugar, se debe observar la legalidad del acuerdo, es decir, que no involucre renuncia a las libertades básicas o la infracción del orden público, un compromiso débil se convierte en otra disputa litigiosa.

La aparición de algunos de estos tipos de desacuerdos, pueden ser síntoma de fallas en la política organizacional, como la falta de política interna, por lo tanto, los resultados de la conciliación deben retroalimentar la gestión laboral preventiva.

Existen desafíos para la mediación laboral; en cada proceso de cambio institucional, un riesgo es que la conciliación sea solo una formalidad en lugar de una verdadera oportunidad, es por ello que, la calidad técnica de la intervención, criterios coherentes y garantías de condiciones mínimas de confianza son esenciales.



Otro desafío es la homogeneidad, la diversidad territorial representa diferentes prácticas y capacidad institucional desigual. La credibilidad del sistema se ve socavada si la experiencia del usuario diverge demasiado; de manera similar, la mediación laboral debe preservar un enfoque general en lograr un equilibrio cuidadoso: ser adaptable pero pragmático y firme en términos de legalidad, no renunciabilidad y protección de los derechos individuales, ya que este equilibrio hace que el mecanismo sea aceptable para las partes, genera acuerdos sostenibles y minimiza litigios innecesarios.

La Organización Internacional del Trabajo ha observado que varios países han establecido procesos para prevenir y resolver disputas laborales en ministerios y organizaciones laborales (dentro o más allá de ellos), que se formalizan para fomentar el diálogo social y prevenir que los conflictos escalen.

En Chile, por ejemplo, existe un servicio de mediación laboral para disputas colectivas, en el cual una parte neutral media entre el empleado y su organización empleadora de maneras que permiten la comunicación y la cooperación. Por lo tanto, se puede argumentar en este sentido que la mediación no solo alivia los conflictos individuales, sino que en cualquier momento desescalada el choque colectivo antes de recurrir al uso de la fuerza.

La conciliación extrajudicial en Colombia se ha establecido en directrices gubernamentales que han diseñado procedimientos, requisitos y etapas para facilitar la conciliación que están organizadas sobre una base administrativa por un conciliador.

En Perú, la conciliación extrajudicial se ha establecido como un método experimental a través del cual los acuerdos procesales y la técnica de conciliación, basada en el procedimiento de negociación y conciliación, se han considerado condiciones previas para la construcción efectiva del acuerdo como un mecanismo preliminar.

Sin transferir mecánicamente las versiones de estos modelos mediante algún tipo de procedimiento, el aprendizaje central se mantiene firme: hay un mayor énfasis en la confianza, el profesionalismo, la verdadera capacidad de crear acuerdos efectivos en lugar de una "obligación" formal, y en mantener la "estabilidad" del mecanismo, y evitar un procedimiento burocrático.

La mediación laboral en México, por su parte, es un componente clave del nuevo sistema de justicia laboral, con la mediación, que funciona principalmente a través de la conciliación prejudicial obligatoria, como tal, sirviendo como la base del nuevo sistema de justicia laboral no solo dentro del contexto del proceso de descongestión de los tribunales, sino como un medio para acelerar y prolongar la solución, minimizando los costos incurridos por las partes, y así, no perder el proceso de acción estatal para la resolución de disputas, y para mejorar la estructura política y el poder de gobernanza de las relaciones laborales.

La mediación laboral es una buena herramienta que seguirá madurando con ciertos requisitos y regulaciones: preparación y reglas del juego, identificación de intereses, gestión de la comunicación y construcción creativa de alternativas, que dentro de los límites de la legalidad y la no renunciabilidad; el desafío ahora es establecer y fortalecer el mecanismo como un espacio de soluciones auténticas.

Esto debería involucrar una estandarización de los criterios, personal profesionalizado y una plataforma de diálogo común, a la luz de esto, la mediación se volverá cada vez más antigua y servirá como un método estratégico para la paz laboral y la competitividad en un clima de respeto por los derechos fundamentales.

Administrative Arbitrariness and Due Process in Environmental Permits: Odyssey v. Mexico under NAFTA Article 1105

María Fernanda Treviño Torres
Law Clerk

Tamara Capdevila Quijano
Asociada

GM Arbitration S.C.

I. Abstract

This article analyzes Odyssey Marine Exploration, Inc. v. United Mexican States as a case study on the operation of NAFTA Article 1105(1) regarding unfair treatment on environmental assessments reviewed by domestic courts. The paper focuses on two-tiered decisions, the first decision was issued by the Ministry of Environment and Natural Resources (“SEMARNAT”, for its initials in Spanish), which rejected an environmental impact assessment conducted by the investor (the “First Decision”). Subsequently, a second decision was issued by SEMARNAT, confirming its decision on rejecting the original environmental impact assessment (the “Second Decision”). In the eyes of the investment tribunal, SEMARNAT’s decision was considered *arbitrary* for a number of reasons, one being the limited period to re-conduct the environmental impact assessment of 4 months and the preconceived nature of its re-assessment.

II. Introduction

Odyssey Marine Exploration, Inc. (United States) (“Odyssey” or “Claimant”) v. United Mexican States (“Mexico” or “Respondent”) is an investor–State arbitration conducted under the 1976 UNCITRAL Arbitration Rules, with ICSID acting as the administrative authority. The Tribunal was composed of Mr. Felipe Bulnes Serrano (President), Dr. Stanimir Alexandrov (Claimant) and Prof. Philippe Sands (Respondent, who appended a dissenting opinion). The Award was rendered on 12 September 2024 and dispatched on 17 September 2024.

III. The Dispute

The dispute arose from Mexico’s denial of environmental authorizations required for a marine dredging project in the Gulf of Ulloa, Baja California Sur, which was to be carried out by Odyssey’s Mexican subsidiary, Exploraciones Oceánicas, S. de R.L. de C.V. (“ExO”).

The Award is notable for its analysis on Fair and Equitable Treatment (“FET”), under NAFTA’s Article 1105(1), in a particular scenario where a domestic court reorder a new environmental impact assessment within a very limited time frame and with doubts about the fairness regarding the process in which the assessment conducted by the investor was evaluated by the Mexican authorities. Against this background, the article examines how SEMARNAT acted after the Mexican Federal Administrative Tribunal (“TFJA”, for its initials in Spanish) ordered a renewed environmental impact assessment. It then explains how the Tribunal approached NAFTA Article 1105(1) as a holistic review of the administrative process—focusing on the way the decision was made, the sequence of steps taken, and the transparency of the reasoning—rather than re-analyzing the underlying environmental science behind it.

From an ICC Mexico perspective, the Award is relevant because it lies at the intersection of Mexican administrative litigation and international dispute resolution. The Tribunal’s reasoning illustrates how a domestic decision—here, the SEMARNAT’s First Decision—may reframe the evidentiary inquiry in a subsequent arbitration, not by reopening the technical merits of the underlying environmental impact assessment, but by examining whether the authority’s renewed decision-making process paid attention to the domestic court’s directions and produced a coherent, traceable administrative record.

In that sense, the case provides a concrete example of how familiar features of Mexican public-law practice—such as the due process of law, the sequencing and tone of institutional communications, the articulation of methodological choices, and the organization of the administrative file—can acquire dispositive significance when tested against international standards of due process of law and arbitrariness.

For practitioners and in-house counsel operating in regulated sectors, the Award underscores that due process of law may be as consequential as the substantive regulatory concerns it seeks to address, and that early understanding on the hurdles of administrative law can materially shape the risk of foreign investors.

IV. Factual & Procedural Background

A. The Tfja’s Ruling & Semarnat’s Informative Note.

On 21 March 2018, the TFJA emitted its ruling on ExO’s appeal which annulled SEMARNAT’s rejection of the environmental impact statement (“MIA”, for its initials in Spanish) submitted by ExO on 21 August 2015 (the “TFJA Ruling”).

ExO’s MIA consisted of a technical and scientific file describing the steps to develop the engineering solution to extract ore using dredging techniques in the region (the “Project”), setting out the environmental baseline and impact assessment, and proposing mitigation and compensation measures, including a Marine Turtle Protection Program for Ulloa Bay.

The MIA was supported by specialized scientific annexes—such as underwater sound modeling—and was supplemented through the administrative process with additional information and clarifications addressing, inter alia, the timing and methodology of fieldwork and the Project’s potential effects on marine organisms.

In its Ruling, the TFJA ordered to conduct a new assessment within four months, based on the most reliable scientific information available, expressly ordering the investigation of ExO’s dredging of the loggerhead sea turtle (*Caretta caretta*) habitat.

The main concern for SEMARNAT and the TFJA was whether the Project’s dredging activities could adversely affect the Gulf of Ulloa’s marine ecosystem—particularly the habitat (and associated ecological conditions) relevant to *Caretta caretta*—and whether SEMARNAT’s new resolution would clearly address that issue and explain, on solid scientific and technical grounds, why the dredging would or would not affect *Caretta caretta*’s habitat.

Five days after being notified of TFJA’s Ruling, on 18 April 2018, SEMARNAT issued an informative note stating that it would conduct a new MIA, highlighting a “firm belief” that the Project threatened the *Caretta caretta* habitat and ecosystem; indicating that it would reinforce its technical and scientific justification for the new MIA.

B. The Second Decision.

On 12 October 2018, SEMARNAT's General Directorate of Impact and Environmental Risk (the "DGIRA", for its initials in Spanish) issued Letter No. SGPA/DGIRA/DG/07852, in which it cited alleged impacts on the habitat of the *Caretta caretta*, concerns regarding the timing and methodology of the environmental surveys, potential effects on other marine organisms, and incompatibility with the precautionary principle, thereby denying ExO's revised MIA.

V. Tribunal's Analysis Under NAFTA Article 1105(1)

A. The Applicable Standard: The Ftc Notes And The Waste Management li Holistic Inquiry.

The analysis was centered around how SEMARNAT handled the revised MIA following the TFJA Ruling under the customary international law threshold incorporated in NAFTA Article 1105(1), rather than any *de novo* review of environmental science; that is, a re-evaluation of the scientific evidence from scratch as opposed to an assessment of whether the First Decision was reasonable or procedurally correct.

In this decision, the Tribunal applied the NAFTA Free Trade Commission Notes of Interpretation (the "FTC Notes"), which are binding under NAFTA Article 1131(2), and treat Article 1105(1) as reflecting the customary international law minimum standard of treatment.

The Tribunal further adopted the *Waste Management, Inc. v. United Mexican States* (II) FET formulation, under which a FET breach arises when the State's conduct is arbitrary, grossly unfair, unjust, discriminatory, or involves a lack of due process of law, resulting in an outcome that offends judicial propriety, including a lack of transparency in the administrative process.

Consistent with this approach, the Tribunal assessed the evidentiary material holistically, asking whether the administrative conduct fell below the customary international law threshold, rather than treating concepts such as transparency, due process of law, good faith, or legitimate expectations as a checklist of standalone violations.

B. Administrative Due Process and the Inference of Predetermination.

The Tribunal treated the TFJA Ruling as the pivotal procedural stage of its analysis under NAFTA Article 1105(1). In its ruling, the TFJA annulled the First Decision and ordered SEMARNAT to carry out a fresh re-analysis within a four-months period, directing it to base its decision on "the most reliable scientific information available" and to rule expressly on whether the Project would take place at a depth that would not affect *Caretta caretta* habitat.

In the Tribunal's majority analysis, the TFJA Ruling called for a genuine, open-minded reconsideration of the Project's effects on *Caretta caretta*, yet the information presented before the Tribunal pointed in the opposite direction—that is, toward a predetermination.

This conclusion was reinforced by the majority's finding that it was not feasible for SEMARNAT to have carried out the re-assessment ordered by the First Decision within such a short period. Therefore, the timing and wording of the informative note were considered probative of predetermination, reflecting a firm decision to reject the Project anew, without any genuine re-evaluation.



Without re-weighing the underlying environmental science, the Tribunal's majority read these reasons—when viewed in light of the TFJA's Ruling and the wording of the informative note—as indicating that form, timing, and process of the First Decision drove the outcome, rather than a renewed and open-minded scientific appraisal.

It is worth emphasizing that, when applying the FTC Notes and the Waste Management II standard, the Tribunal's majority concluded that SEMARNAT's predetermination, opacity, and lack of due process of law were seriously arbitrary and non-transparent; on that basis, SEMARNAT's conduct was found to have crossed the FET threshold.

The Tribunal's majority inference of predetermination shaped its reading of the Second Decision and, in turn, directed the Article 1105(1) inquiry to the coherence and transparency of SEMARNAT's decision-making process, rather than to any *de novo* re-assessment of the underlying environmental science.

VI. Dissenting Opinion

Prof. Philippe Sands dissented from the Tribunal's majority, finding that Mexico had not breached NAFTA Article 1105(1) as in his view, any assessment of arbitrariness under such article must be assessed with significant deference to domestic regulators—especially where the State acts to protect a sensitive environment in light of the precautionary principle.

He emphasized that arbitrariness is a high threshold in international law. Relying on the International Court of Justice's formulation in *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)* (*United States of America v. Italy*), he stated that the conduct must be so contrary to the rule of law that it shocks—or at least surprises—a sense of judicial propriety.

Against this background, Prof. Sands disagreed with the Tribunal's majority inference that Mexico acted for reasons other than the environmental grounds stated in its decisions.

He characterized such conclusion as a serious allegation, comparable to a finding of dishonesty on the part of State officials; therefore, the Tribunal's analysis required a careful and balanced review of the evidence, including the stated environmental reasons, without second-guessing their scientific merits.

In his view, the Tribunal's majority reasoning was speculative and relied too heavily on witness testimony that he did not consider reliable. Ultimately, the dissent turned on whether the evidentiary record—especially the due process of law concerns highlighted by the Tribunal's majority—was strong enough to meet the demanding arbitrariness threshold under NAFTA Article 1105(1). Therefore, Prof. Sands rejected the finding of a breach.

VII. Liability, Quantum & Costs

The Tribunal held that Mexico breached NAFTA Article 1105(1), and ordered Mexico to pay ExO USD\$37.1 million, payable within 30 days of the Award's notification, together with interest accruing from 12 October 2018 at the one-year Mexico Treasury bond rate, compounded annually until payment in full.

As for quantum, the Tribunal first addressed the relationship between claims brought under NAFTA Articles 1116 and 1117 in order to avoid any risk of double recovery, before turning to valuation. It adopted a cost-based methodology and fixed 12 October 2018—the date of the Second Decision—as the valuation date, applying a cut-off to exclude costs incurred thereafter. On that basis, the Tribunal recognized ExO’s sunk costs at USD\$37.1 million as of that date.

In arriving at this figure, the Tribunal rejected Mexico’s request to exclude intercompany payments and management fees (including mark-ups), reasoning, among other things, that these items made-up a significant portion of ExO’s recorded costs and were consistent with how a company in a pre-operational phase may rely on related-company personnel and management. The Tribunal also declined to exclude ExO’s financing costs, finding that charges incurred to obtain the funds needed to carry out the Project’s studies formed part of the recoverable cost base.

As to costs, applying the UNCITRAL 1976 Arbitration Rules and exercising its discretion, the Tribunal ordered Mexico to bear the full costs of the arbitration, including the arbitrators’ fees and ICSID’s administrative expenses, while directing each Party to bear its own legal fees and expenses.

VIII. Practical Implications

For environmental authorities, the Award illustrates how, under NAFTA Article 1105(1), the fairness of the administrative process may matter more than re-arguing the underlying environmental science.

When a domestic court annuls a denial and orders a fresh re-assessment grounded in “the most reliable scientific data available,” the record in the renewed administrative process must demonstrate a genuine and reasoned reconsideration, engaging expressly with the court’s directions, including any specific issues the authority was required to address, such as ExO’s position on dredging depth and its implications for *Caretta caretta* habitat.

The Award also highlights the importance of clearly articulating the scientific baseline and methodological framework underpinning the renewed decision. In the present dispute, SEMARNAT’s reasoning, *inter alia*, relied on asserted links between the Project’s dredging, benthic organisms, and broader ecological effects.

Similarly, in assessing SEMARNAT’s reliance on the precautionary principle in the Second Decision following the TFJA’s Ruling, the Award focuses on whether precaution was applied through a transparent engagement with the record and the scientific premises expressly stated in the Second Decision. On the Tribunal’s reading, a precaution-based justification is persuasive only if the authority (i) connects the identified risks to the Project’s specific operations, (ii) explains why the alleged impacts matter, and (iii) shows how it assessed any proposed mitigation or compensation measures.

Finally, the Award illustrates the evidentiary significance of avoiding signals of predetermination in the wake of a court-ordered re-assessment. The sequencing and tone of SEMARNAT’s conduct following notification of the TFJA’s Ruling—particularly the language and timing of the informative note—were treated by the Tribunal’s majority as probative in assessing whether the Second Decision reflected a genuinely open-minded re-assessment.



IX. Conclusion

Odyssey Marine Exploration, Inc. (United States) v. United Mexican States’ Award illustrates how, under NAFTA Article 1105(1)—as interpreted through the FTC Notes and applied by way of a holistic inquiry—the outcome of an investor–State dispute may turn less on revisiting the technical merits of an environmental assessment and more on the integrity, transparency, and coherence of administrative decision-making following a court-ordered re-assessment.

Taken all together, the Award serves as a practical reminder that, where a domestic court mandates a renewed administrative assessment grounded on the “most reliable scientific data available,” the administrative file must visibly demonstrate genuine reconsideration, reasoned engagement with the court’s directions, and a transparent explanation of the methodological choices underpinning the outcome.

References of article Administrative Arbitrariness and Due Process in Environmental Permits Odyssey v. Mexico under NAFTA Article 1105

**Trabajos de mención
especial en el XXXVI
Diplomado de Arbitraje
de ICC México y la
Escuela Libre de Derecho**

La especialización judicial como mecanismo para fortalecer el arbitraje: Modelos comparados exitosos y las propuestas en México

Erika Patrón Germon
Socia Fundadora
Macari Patrón Asesores Jurídicos

Introducción

Contextualización normativa y fáctica del problema

La reforma judicial de 2024 ha reposicionado al arbitraje comercial como instrumento estratégico para controversias en México, especialmente en contextos de inversión extranjera directa (IED) y comercio internacional, en línea con un marco normativo que ya concibe al arbitraje como pieza clave del comercio. El Código de Comercio mexicano establece que "las disposiciones del presente título se aplicarán al arbitraje comercial nacional, y al internacional cuando el lugar del arbitraje se encuentre en territorio nacional, salvo lo dispuesto en los tratados internacionales de que México sea parte o en otras leyes que establezcan un procedimiento distinto o dispongan que determinadas controversias no sean susceptibles de arbitraje". Sin embargo, este crecimiento normativo contrasta con una realidad operativa problemática: los juzgados ordinarios mexicanos, saturados de litigios tradicionales y falta de capacitación arbitral, generan demoras y decisiones imprevisibles en funciones judiciales clave, como la ejecución de laudos, control de nulidades y medidas cautelares, lo que alimenta la percepción de que la justicia mexicana no acompaña plenamente las exigencias de las disputas comerciales contemporáneas.

El Código de Comercio, en su ingeniería institucional, reconoce dos principios que crean una tensión difícil de gestionar sin expertise judicial: (i) la competencia-competencia, y (ii) la obligación de remisión al arbitraje. Ambas normas, presuponen que los jueces ordinarios posean el discernimiento técnico para equilibrar la autonomía arbitral reconocida en los Arts. 1432 y 1435 con las garantías mínimas del Art. 1434, tensión que autores han identificado como propensa a extremos de sobreintervención o negligencia judicial.

Para evitar estos extremos, el propio Código exige que "se trate a las partes con igualdad y se dé a cada una de ellas plena oportunidad de hacer valer sus derechos", al tiempo que reconoce que, a falta de acuerdo de las partes, "el tribunal arbitral podrá (...) dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado", incluida la facultad de determinar "la admisibilidad, pertinencia y valor de las pruebas". Esta combinación normativa implica que los jueces deben conocer el arbitraje y comprender los límites de su función supervisora: pueden intervenir ante violaciones procesales flagrantes o causales expresas de nulidad, pero no reevaluar prueba, la apreciación de expertos o los razonamientos jurídicos de los árbitros, algo difícil de garantizar en juzgados mixtos donde un mismo juez maneja simultáneamente litigios ordinarios y asuntos arbitrales sin entrenamiento especializado.

Este artículo sostiene que la especialización judicial en materia de arbitraje, mediante la concentración de competencia, la formación continua de jueces y la adopción de prácticas





procedimentales diferenciadas, constituye una condición *sine qua non* para que México transite de un régimen meramente pro arbitraje hacia uno auténticamente deferente, capaz de ofrecer certeza y celeridad comparables a las de otras sedes consolidadas. La hipótesis se sustenta en modelos de especialización judicial operativos: (i) el Singapore International Commercial Court, (ii) las cámaras comerciales internacionales del Tribunal judiciaire de París,, y las cortes especializadas peruanas, que han demostrado mayor coherencia, previsibilidad y celeridad en la supervisión judicial de arbitraje. El análisis examina dos iniciativas pioneras mexicanas: el proyecto de Juzgado Especializado en Arbitraje y MASC de Yucatán y el Centro de Arbitraje de Cancún en Quintana Roo, como primeros esfuerzos regionales para replicar estos modelos en México.

2. Arbitraje y control judicial especializado

La necesidad de especialización judicial se justifica por la complejidad técnica de las funciones que los tribunales estatales ejercen en apoyo del arbitraje. Esta sección examina el marco normativo mexicano para demostrar que la especialización es un requisito estructural para que el sistema funcione conforme a su diseño.

2.1 Definiciones fundamentales y el régimen de autonomía de la voluntad

El Código de Comercio define el arbitraje mediante dos elementos normativos complementarios: el acuerdo de arbitraje, entendido como "el acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual", y el arbitraje mismo, que se concibe como "cualquier procedimiento arbitral de carácter comercial, con independencia de que sea o no una institución arbitral permanente ante la que se lleve a cabo". Estas definiciones encarnan un modelo institucional basado en la autonomía de la voluntad: las partes no solo eligen resolver su controversia en arbitraje, sino que tienen facultad para configurar el procedimiento, elegir árbitros, determinar el lugar del procedimiento y, en última instancia, el derecho aplicable.

Esta autonomía no existe en el vacío. El propio Código reconoce que "las partes podrán determinar libremente el lugar del arbitraje", lo que presupone que existe un marco institucional en esa sede capaz de facilitar el arbitraje sin interferencia política. Asimismo, establece que "el tribunal arbitral decidirá el litigio de conformidad con las normas de derecho elegidas por las partes", principio que reconoce a los árbitros como guardianes de la intención contractual de las partes y que demanda que los juzgados respeten esta elección sin revisiones de fondo.

2.2. Competencia-competencia y especialización como condición de viabilidad

El corazón del régimen arbitral mexicano descansa en el principio de competencia-competencia, o mejor conocido como kompetenz-kompetenz, conforme al cual el tribunal arbitral está facultado para decidir sobre su propia competencia, incluso respecto de las excepciones relativas a la existencia o validez del acuerdo de arbitraje. Este principio atribuye al tribunal arbitral la determinación inicial de los límites de su propia autoridad y constituye uno de los pilares de la autonomía procesal del arbitraje, al permitir que los incidentes de competencia se resuelvan en sede arbitral sin interferencia judicial prematura, favoreciendo así la flexibilidad, celeridad y especialización técnica del procedimiento. No obstante, esta atribución encuentra su contrapeso institucional en un control judicial posterior y limitado, ejercido por los juzgados de la sede exclusivamente a través de las causales expresamente previstas en el Código, en particular en los supuestos de violación de debido proceso, exceso de competencia u orden público, sin revisión del fondo de la controversia.

Dicho de otro modo, la operatividad efectiva del principio presupone que, en los procedimientos de nulidad o de reconocimiento y ejecución del laudo, el juez de la sede sea capaz de distinguir entre una decisión arbitral sobre competencia que, aun siendo discutible, se mantiene dentro de los márgenes razonables de interpretación del acuerdo arbitral, y aquella que lo vulnera de manera manifiesta por exceso de competencia o invalidez del consentimiento. Esta distinción no es meramente formal, sino que exige un conocimiento técnico del derecho arbitral, de los estándares derivados de la Ley Modelo UNCITRAL y de las obligaciones internacionales asumidas por México en materia de reconocimiento y ejecución de laudos. En ausencia de dicha especialización, el control judicial corre el riesgo de transformarse en una revisión plena de la competencia arbitral.

2.3 Garantías procesales mínimas y los límites de la intervención judicial

Para evitar que la autonomía arbitral derive en arbitrariedad, el Código de Comercio establece garantías procesales mínimas. En particular, dispone que las partes deben ser tratadas con igualdad y contar con plena oportunidad para hacer valer sus derechos. Esta previsión delimita la intervención judicial, pues los juzgados solo pueden anular laudos por violaciones a dichas garantías, como la falta de notificación o la imposibilidad de defensa, pero no por errores de fondo ni por discrepancias en la valoración de la prueba, quedando excluida cualquier revisión del fondo de la controversia.

De forma complementaria, el Código reconoce una amplia discrecionalidad del tribunal arbitral en la conducción del procedimiento, permitiendo a las partes acordar las reglas aplicables y, en ausencia de acuerdo, facultando al tribunal para dirigir el arbitraje y valorar la prueba. La correcta aplicación de estas disposiciones exige especialización judicial, ya que un juez no familiarizado con el arbitraje puede confundir una vulneración al derecho de defensa, que sí constituye causal de nulidad, con un simple desacuerdo respecto de la apreciación probatoria del tribunal arbitral, lo que desnaturaliza la lógica del control judicial limitado.

2.4 Funciones judiciales que requieren especialización: ejecución, nulidad y medidas cautelares

El régimen arbitral mexicano reconoce que los órganos jurisdiccionales desempeñan tres funciones clave dentro del ecosistema arbitral, cuyo ejercicio adecuado exige un entendimiento técnico del arbitraje. En primer lugar, corresponde a los jueces el reconocimiento y ejecución de laudos nacionales y extranjeros, los cuales deben resolverse bajo una presunción de validez y con base en causales estrictamente limitadas, sin reabrir el fondo de la controversia. Ello supone comprender que el laudo arbitral tiene naturaleza jurisdiccional y que la fase de ejecución constituye un control de regularidad, no una revisión de mérito. En segundo lugar, los jueces ejercen un control excepcional de nulidad, circunscrito a las causales expresamente previstas en el Código de Comercio y, tratándose de laudos extranjeros, en el artículo V de la Convención de Nueva York. Este control no autoriza al juez a sustituirse como tribunal de apelación ni a revisar la motivación o la valoración probatoria del tribunal arbitral.

Finalmente, los tribunales estatales cumplen una función de auxilio al arbitraje mediante la adopción de medidas cautelares, ya sea antes o durante el procedimiento arbitral. Dichas medidas deben concederse sin prejuzgar sobre el fondo de la controversia y con pleno respeto al acuerdo arbitral, como instrumentos de apoyo y no como mecanismos de interferencia indebida. Cada una de estas funciones exige una comprensión técnica del arbitraje que trasciende el entrenamiento judicial ordinario. La práctica arbitral y la experiencia comparada muestran que, en ausencia de especialización judicial, los procedimientos de ejecución tienden a prolongarse, se intensifica el uso



de acciones de nulidad más allá de sus límites legales y se genera desconfianza entre árbitros y usuarios del arbitraje respecto de la sede, afectando su competitividad como foro para la resolución de controversias.

2.5 Deferencia judicial pro arbitraje como estándar institucional

La práctica y la doctrina arbitral coinciden en que el funcionamiento efectivo del arbitraje requiere un estándar de deferencia judicial pro arbitraje. Este enfoque no supone una abstención absoluta del juez, sino un modelo de intervención limitada y funcional, orientado a evitar interferencias indebidas en un mecanismo que las partes han elegido como alternativo a la jurisdicción estatal. En este sentido, la deferencia judicial se manifiesta en tres reglas operativas básicas, la remisión al arbitraje salvo nulidad o ineficacia manifiesta del acuerdo, el respeto a la competencia inicial del tribunal arbitral para decidir sobre su jurisdicción, y un control judicial posterior de los laudos estrictamente circunscrito a las causales expresas previstas en la ley y en los tratados internacionales aplicables, sin revisión del fondo.

Este estándar no se materializa únicamente mediante disposiciones normativas, sino que depende de condiciones institucionales concretas. Requiere jueces con formación específica en arbitraje, criterios judiciales consistentes que permitan prever el tratamiento de las fases de ejecución y nulidad, gestión procesal eficiente que no neutralice la celeridad propia del arbitraje, y una aplicación alineada con los estándares internacionales de no revisión del mérito en la ejecución de laudos. En ausencia de estas condiciones, el control judicial corre el riesgo de expandirse indebidamente, debilitando la confianza en la sede y afectando la eficacia del arbitraje como método de solución de controversias.

2.6 Por qué la especialización es una condición estructural

En conclusión, el arbitraje no es un mecanismo que funcione automáticamente por el solo hecho de estar previsto en la ley. Se trata de un ecosistema que depende de una arquitectura institucional de apoyo, integrada por juzgados que respeten el principio de competencia-competencia, que delimiten sus funciones supervisoras a la tutela de garantías procesales mínimas y que apliquen, de manera consistente, estándares de intervención judicial limitada y deferente con el arbitraje. Sin especialización judicial, esta arquitectura se debilita. La siguiente sección examina cómo tres jurisdicciones han operacionalizado esta especialización.

3. Modelos comparados de especialización judicial operativa

Los marcos normativos pro arbitraje, por sólidos que sean, no producen instituciones funcionales sin una plataforma judicial especializado. Las siguientes jurisdicciones han operacionalizado la especialización de formas distintas, adaptadas a sus contextos institucionales, combinando la concentración de competencia, formación continua de jueces y estándares de deferencia pro arbitraje. Esta arquitectura institucional es deliberada y se orienta a garantizar que el control judicial del arbitraje sea previsible, limitado y coherente con los compromisos internacionales asumidos por el Estado.

3.1 Singapore International Commercial Court (SICC) como modelo de corte especializada internacional

Singapur institucionalizó la especialización judicial en materia de arbitraje mediante la creación, en 2015, de la Singapore International Commercial Court (SICC) como división del High Court especializada en disputas comerciales internacionales.

El diseño institucional de la SICC incorpora tres características que la distinguen de tribunales ordinarios y explican su papel dentro del ecosistema arbitral. En primer lugar, la SICC cuenta con un panel judicial internacional, integrado por jueces locales e internacionales provenientes de distintas jurisdicciones, tanto de common law como de civil law, lo que permite entendimiento profundo de las expectativas de partes internacionales; (ii) procedimientos flexibles y eficientes, lo cual permite descubrimiento limitado en lugar del extensive discovery tradicional, admite prueba pericial flexible y establece calendarios acelerados que responden a la naturaleza comercial de los asuntos; y (iii) procedimientos que presentan una clara orientación internacional y se insertan en un marco jurídico que incorpora los estándares de la UNCITRAL.

La SICC no fue creada para sustituir ni competir con el arbitraje, sino para complementarlo dentro de un ecosistema integrado. Singapur ya contaba con el Singapore International Arbitration Centre (SIAC) como institución arbitral líder: en la International Arbitration Survey de 2021, Singapur empató con Londres como sede de arbitraje más preferida del mundo, por delante de Hong Kong, París y Ginebra. La creación de la SICC consolidó un ecosistema dual: el SIAC como foro principal para arbitrajes comerciales internacionales, mientras que la SICC ejerce funciones de supervisión judicial especializada (ejecución, nulidades, medidas cautelares) sin reabrir el fondo de los laudos. Esta división funcional asegura que los laudos arbitrales cuenten con respaldo judicial especializado sin sufrir interferencia sustantiva, posicionando a Singapur como sede arbitral preferida en Asia.

El modelo pro arbitraje de Singapur ha demostrado una efectividad operativa medible. Los tribunales mantienen una política consistente de mínima intervención judicial, mientras que los procedimientos arbitrales se resuelven en promedio entre 1-2 años. Según estudios del SIAC, la duración media es de 13.8 meses y la mediana de 11.7 meses; los procedimientos expeditos permiten resoluciones aún más rápidas.

La atracción de casos internacionales ha experimentado un crecimiento notable, aunque con fluctuaciones. El SIAC pasó de 402 casos en 2018 a 1,080 en 2020; sin embargo, en 2023 consolidó 663 casos que representaron USD 11.90 billones en disputa, con un 93% de carácter internacional provenientes de 66 jurisdicciones. Por su parte, la SICC celebró en 2024 su décimo aniversario como foro transnacional confiable, consolidando una década de operación exitosa.

3.2 París: Cámaras comerciales internacionales como especialización dentro del sistema ordinario.

El modelo judicial francés adoptó un modelo distinto al de Singapur: en lugar de crear un tribunal separado, integró la especialización dentro de su sistema judicial existente. En 1995, el Tribunal de Comercio de París (Tribunal de Commerce de Paris) estableció una sección internacional dentro de su estructura, dotada de jueces mercantiles elegidos (juges consulaires) que hubieran demostrado expertise en controversias comerciales internacionales y arbitraje. Veintitrés años después, en 2018, la Corte de Apelaciones de París (Cour d'Appel de Paris) creó la Chambre Internationale (Cámara Internacional), un panel especializado de magistrados profesionales de carrera (magistrats professionnels) dedicado a revisar decisiones sobre arbitraje, ejecución de laudos y controversias comerciales transfronterizas. Este modelo permitió que Francia mantuviera su estructura judicial unitaria mientras creaba experticia concentrada en arbitraje sin crear una corte paralela.

Las Cámaras Internacionales del Tribunal de Comercio y la Corte de Apelaciones de París están compuestas por jueces especializados que, además de su formación ordinaria en derecho civil francés, han completado formación especializada en arbitraje internacional,



Convención de Nueva York, Ley Modelo UNCITRAL y jurisprudencia comparada. Muchos de estos jueces son multilingües (francés e inglés mínimamente; algunos hablan alemán, español o mandarín), lo que facilita la comprensión de prueba pericial y argumentos en procedimientos con partes internacionales.

Los procedimientos ante estas cámaras incorporan elementos de flexibilidad: los jueces permiten el uso del inglés para partes del procedimiento, permiten conferencias preliminares en inglés si las partes así lo acuerdan, y han desarrollado prácticas procesales que facilitan la presentación de prueba pericial internacional sin intentar reinterpretarla bajo categorías rígidas del derecho probatorio francés.

París es la sede histórica de la Cámara de Comercio Internacional (ICC), cuya Corte Internacional de Arbitraje, fundada en 1923, es una de las instituciones de arbitraje más antiguas del mundo. La proximidad institucional entre las Cámaras Internacionales parisiñas y la ICC ha generado una jurisprudencia notable por su deferencia al arbitraje: los jueces parisinos casi nunca anulan laudos con sede en Francia por razones de fondo, limitándose a verificar que se cumplieron garantías procesales mínimas (notificación, derecho a ser escuchado) y que el laudo no viola el orden público francés (orden público, en su interpretación restrictiva). Hasta agosto de 2021, solo cinco laudos internacionales habían sido anulados, y el 77% de las solicitudes de anulación presentadas ante las cortes parisiñas fueron rechazadas en el período 2016-2021. Esta práctica, replicada en decenas de decisiones desde 2010, ha generado una presunción favorable entre árbitros internacionales: un laudo ICC es más seguro en París que en muchas otras sedes, porque los jueces parisinos entienden que su función no es sustituirse como tribunal de apelación.

Los datos refuerzan esta percepción. París mantiene su posición como una de las sedes de arbitraje más importantes globalmente, ocupando el quinto lugar mundial con 19% de preferencias según la encuesta Queen Mary 2025, y demostrando un alcance pan-global comparable solo a Londres y Singapur: es la única sede además de estas dos que se clasifica en el top 4 en cinco de las seis regiones analizadas. La mayoría de los entrevistados la consideran 'altamente reputada, confiable y segura' y reconocen su 'fuerte historia pro arbitraje'. Las estadísticas de la ICC confirman esta fortaleza: en 2023, París lideró sobre Londres en casos administrados con 14.3% (96 casos) versus 12.7% (85 casos), revirtiendo la posición de 2021 cuando Londres había obtenido 13.5% frente al 12.8% de París. Esto es notable porque París había visto declinar su participación en arbitraje internacional en la década de 2000-2010. La creación de las Cámaras Internacionales revirtió esa tendencia, indicando que la especialización judicial tiene un efecto tangible sobre la elección de sede por parte de las partes internacionales.

3.3 Perú: Cortes especializadas como integración en el Poder Judicial estatal

A diferencia de Singapur, que creó una corte especializada y París, que creó cámaras dentro de tribunales ordinarios, Perú adoptó un modelo de especialización mediante Cortes Especializadas integradas plenamente en su estructura de Poder Judicial, con competencia en materias civiles y comerciales, incluyendo asuntos de arbitraje. Este modelo reconoce que la especialización no requiere una institución separada si el Poder Judicial puede concentrar casos en jueces dedicados según áreas temáticas.

El sistema judicial peruano cuenta con 2,026 jueces especializados distribuidos en todo el país organizados jerárquicamente en Juzgados Especializados (primera instancia), Cortes Superiores (segunda instancia), y la Corte Suprema como instancia final. Las Cortes Especializadas en materia civil tienen jurisdicción sobre procedimientos relacionados con arbitraje, incluyendo: (i) recursos de anulación contra laudos arbitrales conforme al artículo 63 del Decreto Legislativo 1071

(Ley de Arbitraje); (ii) ejecución de laudos arbitrales (arts. 688-748 del Código Procesal Civil); y (iii) exequatur para reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros (arts. 2101-2111 del Código Procesal Civil). La Corte Suprema, mediante su Sala Civil Permanente, revisa excepcionalmente las decisiones de las Cortes Supremas a través del recurso de anulación.

La Ley de Arbitraje peruana (Decreto Legislativo 1071 de 2008, modificado por Decreto Legislativo 1231 y Decreto de Urgencia 020-2020) regula el proceso arbitral y establece los estándares aplicables conforme a la Ley Modelo UNCITRAL y la Convención de Nueva York de 1958. Este marco legal, junto con el apoyo judicial especializado, ha posicionado a Perú como un polo regional de arbitraje en América Latina.

El ecosistema peruano de arbitraje es robusto: según el Registro Nacional de Árbitros y Centros de Arbitraje (RENACE), existen 217 centros de arbitraje a nivel nacional (40.6% en Lima, 59.4% en provincias) y 2,897 árbitros registrados (40.7% en Lima, 59.3% en provincias). Las instituciones principales incluyen el Centro de Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima (CCL), el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), el Centro de Arbitraje de la Cámara Americana de Comercio del Perú (AMCHAM) y el Centro de Arbitraje del Colegio de Abogados de Lima.

El Centro de Arbitraje de la CCL, establecido en 1993, ha administrado más de 8,000 casos de arbitraje durante 31 años de operación y mantiene un registro de 480 árbitros nacionales e internacionales distinguidos. Esta institución ha sido pionera en iniciativas de transparencia: en 2019 lanzó la plataforma digital "Transparency Lighthouse" que proporciona información clave sobre árbitros (experiencia profesional, trayectoria y potenciales conflictos de interés) y acceso al texto completo de laudos en casos que involucran al Estado, así como resúmenes anonimizados de disputas privadas. Esta herramienta, constantemente actualizada, promueve la toma de decisiones informadas en la selección de árbitros, fomenta estándares éticos y eficiencia, y apoya la investigación académica en la práctica arbitral peruana.

Adicionalmente, el CCL ha implementado medidas de eficiencia procesal, incluyendo una regla que requiere que el tribunal arbitral acuerde con las partes un calendario procesal al inicio del procedimiento, con plazos fijos para el intercambio de escritos, la celebración de audiencias sobre el fondo y jurisdicción, y el dictado del laudo final. La adopción de este enfoque novedoso ha reducido la duración general de los procedimientos arbitrales en aproximadamente 30%.

El reconocimiento internacional de Perú como sede de arbitraje se refleja en la encuesta White Case-QMUL 2025, donde Lima aparece como la segunda sede más citada ubicada en América Latina y 14ta sede más popular globalmente entre los encuestados de la región del Caribe y América Latina. Este posicionamiento regional es significativo en un contexto donde las cinco sedes más preferidas globalmente son Londres, Singapur, Hong Kong, Beijing y París.

No obstante, el sistema judicial peruano enfrenta desafíos estructurales importantes. Los procedimientos judiciales en Perú son lentos: para la ejecución de contratos, los procesos judiciales duran un promedio de 693 días calendario, más largo que el promedio de países OCDE (590 días) aunque menor que el promedio latinoamericano (817 días). Los tiempos de progresión de casos varían considerablemente, típicamente entre tres y doce meses para llegar a juicio.

Perú está implementando reformas significativas dirigidas a modernizar su sistema de justicia.



La Transformación Digital del Poder Judicial representa la iniciativa más sustancial, introduciendo presentación electrónica, gestión digital de casos, audiencias virtuales y notificaciones electrónicas en diferentes especializaciones judiciales y regiones, con implementación nacional esperada para 2027. Los esfuerzos de modernización continua y las cortes comerciales especializadas en las principales ciudades ofrecen mejoras potenciales para quienes se involucran estratégicamente con este panorama en evolución.

El modelo peruano demuestra que la especialización judicial en arbitraje es viable en contextos de civil law y con recursos presupuestarios relativamente limitados, sin requerir la creación de instituciones judiciales separadas. La integración de Cortes Especializadas dentro del Poder Judicial ordinario, combinada con un ecosistema arbitral institucional robusto, posiciona a Perú como un referente regional de cómo los sistemas judiciales pueden apoyar eficazmente el arbitraje nacional e internacional mediante especialización funcional dentro de estructuras judiciales existentes.

4. Yucatán como caso preliminar y propuestas para México.

Los modelos expuestos demuestran que la especialización judicial en arbitraje produce resultados institucionales verificables. México enfrenta la tarea de traducir estas lecciones a su contexto post reforma judicial de 2024. Esta sección analiza dos iniciativas pioneras en el sureste mexicano que representan los primeros esfuerzos institucionales para crear arquitectura judicial especializada en arbitraje.

Es importante resaltar el Comité de Arbitraje y ADR del Sureste de la ICC México presidido por Jorge Carlos Toledo Sauri, con presencia en Yucatán, Quintana Roo y Campeche. Este comité impulsa capacitación para el Poder Judicial estatal, el sector empresarial regional y vinculación con la academia, buscando convertir al sureste en "un punto estratégico dentro del arbitraje internacional, con gran impacto positivo en la seguridad jurídica y la inversión".

El informe 2021 International Arbitration Survey de Queen Mary University of London, confirma que el 56% de usuarios de arbitraje considera que un mayor respaldo judicial haría más atractivas ciertas jurisdicciones, especialmente en ejecución de laudos y reducción de intervención judicial indebida. Este dato fundamenta la importancia de especialización judicial que ambas iniciativas buscan desarrollar.

4.1 El Juzgado Especializado en Arbitraje y MASC de Yucatán.

El Poder Judicial del Estado de Yucatán anunció en abril de 2025 la creación del Juzgado Especializado en Arbitraje y Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias (MASC), que sería el primer tribunal de su tipo en México. El proyecto es parte de la "modernización e innovación del sistema de justicia del Estado para que esté a la altura del crecimiento de las inversiones y el desarrollo económico que vive Yucatán".

El Juzgado Mercantil Especializado se configura como un órgano judicial de naturaleza mixta con competencia en: auxilio judicial arbitral, ejecución de laudos arbitrales nacionales e internacionales, y homologación de convenios de mediación y conciliación. Tendrá competencia de jurisdicción nacional e internacional en asuntos mercantiles relacionados con el Código de Comercio. Proponiendo que el juzgado no intervenga en el procedimiento arbitral, sino que ofrezca soporte estructural garantizando que los acuerdos alcanzados mediante MASC adquieran fuerza ejecutoria judicial.

Toledo Sauri argumenta que la dispersión de asuntos arbitrales en juzgados no especializados genera retrasos e inconsistencias en la interpretación y aplicación de la normativa arbitral. Al centralizar estas cuestiones en un tribunal especializado, se garantiza un manejo uniforme, eficiente y técnico, permitiendo que jueces con formación específica resuelvan con mayor rapidez, certeza y precisión. Y, la especialización permite que los jueces desarrollen conocimiento técnico, económico y regulatorio profundo, favoreciendo decisiones más ágiles y fundamentadas.

El proyecto contempla programas de formación desarrollados en colaboración con ICC México, asegurando que el juzgador especializado posea conocimientos técnicos necesarios para reducir contradicciones jurisprudenciales y elevar la calidad de las resoluciones.

La iniciativa recibió respaldo de tribunales especializados de Miami, Perú, Argentina, Brasil y España, así como de instituciones arbitrales internacionales (ICC México, ICDR-AAA, CIAM-CIAR, LCIA) y del sector empresarial. A la fecha, el Poder Judicial yucateco no tiene tiempo estimado para el funcionamiento del juzgado debido a la necesidad de capacitar al personal, seleccionar y formar al juez y magistrados especializados, y crear la infraestructura necesaria. El juzgado no se encuentra operativo y no existe jurisprudencia ni estadísticas de desempeño disponibles. La Magistrada Canto Valdés reconoció que "no hay antecedentes de un esfuerzo de esta magnitud en nuestro país, es por ello que la construcción de esta propuesta se está realizando con la participación de diversos actores".

4.2. El Centro Arbitral del Poder Judicial de Quintana Roo

La creación del Centro de Arbitraje del Poder Judicial del Estado de Quintana Roo en Cancún complementa la especialización judicial mediante infraestructura física especializada. El Centro no es una institución arbitral que administre controversias, sino un espacio físico diseñado para facilitar el desahogo de procedimientos arbitrales con infraestructura moderna: salas equipadas con tecnología de vanguardia, sistemas de videoconferencia, grabación de sesiones y espacios privados para árbitros, partes y peritos. Su objeto es apoyar, mediante conocimientos y experiencia en arbitraje, la consolidación de un servicio judicial más ágil y eficaz.

La infraestructura especializada reduce costos operativos, por ejemplo, para audiencias; y contar con un centro arbitral equipado optimiza tiempos y recursos, representando una ventaja significativa para instituciones arbitrales y usuarios. La existencia de un foro físico dedicado refuerza la profesionalización del arbitraje, evitando la percepción de que es un proceso informal o carente de estructura.

El Centro desempeña un papel clave en la promoción del conocimiento y sensibilización sobre arbitraje mediante programas educativos, actividades de difusión y orientación especializada. Esto contribuye 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 y accesibilidad reconocidos en los artículos 1 y 17 constitucionales.

La conectividad aérea de Cancún con 129 destinos en 28 países y un tráfico en 2024 de aproximadamente 30.4 millones de pasajeros facilita el acceso de partes internacionales, posicionando a Cancún como sede arbitral estratégica en América Latina. Esto es especialmente relevante para disputas comerciales regionales, donde las empresas buscan sedes confiables y accesibles sin incurrir en gastos excesivos de traslado.



4.3 Implicaciones para el desarrollo del arbitraje en México

El proyecto yucateco y el Centro de Quintana Roo representan avances institucionales valiosos como pruebas de concepto. Su existencia demuestra que hay voluntad política estatal para especialización en arbitraje, que existen actores institucionales (ICC México, academia regional) dispuestos a apoyar capacitación judicial, y que el sector privado regional reconoce el valor de la especialización para atraer inversión.

Toledo Sauri propone desarrollar un modelo de "diálogo entre tribunales" similar al derecho internacional de derechos humanos, mediante colaboración entre instituciones arbitrales y tribunales nacionales que establezca principios comunes en ejecución de laudos, control judicial y medidas cautelares sin comprometer la confidencialidad de procedimientos. Esto incluiría la creación de bases de datos anónimas de jurisprudencia arbitral accesibles para jueces, donde los tribunales nacionales puedan consultar criterios aplicados sin conocer identidad de partes ni detalles específicos de controversias.

Ambas iniciativas continúan en desarrollo y su implementación efectiva determinará si México puede replicar los resultados positivos observados en los modelos comparados de Singapur, París y Perú: reducción de tiempos procesales, coherencia jurisprudencial y aumento de confianza inversora mediante especialización judicial en arbitraje

5. Conclusión

La especialización judicial en arbitraje constituye condición necesaria para que México transite hacia un régimen auténticamente pro arbitraje, capaz de ofrecer certeza y celeridad comparables a sedes consolidadas. Los tres modelos examinados confirman esta hipótesis con evidencia empírica: Singapur logra procedimientos arbitrales resueltos en 13.8 meses promedio mediante la SICC, consolidándose como sede empatada con Londres en preferencia global; París revirtió su declive arbitral (2000-2010) mediante cámaras especializadas que rechazan el 77% de solicitudes de anulación de laudos, posicionándose como quinta sede mundial con 19% de preferencias; y Perú posicionó a Lima como segunda sede latinoamericana pese a que sus procedimientos judiciales ordinarios duran 693 días, demostrando que la especialización crea canales de eficiencia incluso dentro de sistemas estructuralmente saturados. Las lecciones de estos tres modelos señalan la fortaleza en las instituciones arbitrales depende de condiciones institucionales concretas, jueces capacitados en arbitraje internacional que comprendan el principio de competencia-competencia, criterios judiciales predecibles alineados con estándares internacionales y gestión procesal eficiente que preserve la celeridad propia del arbitraje. Las iniciativas pioneras del sureste mexicano representan los primeros esfuerzos para operacionalizar esta especialización. El éxito requiere capacitación continua coordinada con instituciones arbitrales, supervisión basada en métricas de desempeño, y transparencia en publicación de sentencias, consolidando a México como sede confiable para controversias comerciales en América Latina.

Anomalías procesales y el orden público en el arbitraje internacional

Alejandro Faya Rodríguez
Socio Director
Faya & Associates

Introducción

El concepto de orden público como causal de anulación de un laudo en sede arbitral o para rechazar su ejecución en una jurisdicción es problemático, pues su generalidad y abstracción exigen una interpretación que salvaguarde la eficacia del arbitraje y a la vez ceda el paso al control judicial en casos extraordinarios. Aunque la práctica internacional impone un estándar alto, existen valores fundamentales, sustantivos y adjetivos, que un laudo puede llegar a desconocer, razón que amerita el control judicial para proteger la institución arbitral como medio legítimo para la solución de diferencias que sustituye la función jurisdiccional.

En el presente artículo expongo la función del orden público en el arbitraje, considerando la tendencia internacional y la experiencia mexicana. Asimismo, explico cómo es que esta noción debe abarcar ciertos parámetros elementales vinculados con los derechos fundamentales de tutela judicial efectiva y debido proceso.

La noción restrictiva del orden público en la práctica internacional

La Convención sobre el reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958 (CNY) establece que una corte nacional podrá denegar el reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral si al hacerlo transgrede el “orden público” de ese país (artículo V.2.b). Por su parte, la Ley Modelo de la UNCITRAL sobre el arbitraje comercial internacional (Ley Modelo), implementada por la mayoría de los países abiertos al comercio y la inversión, contempla esta misma causal para anular un laudo en sede arbitral (artículo 34.2.b.ii). Tal es el caso de México, pues el artículo 1457 del Código de Comercio dispone que procede la nulidad de un laudo si “el juez comprueba que, según la legislación mexicana, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje, o que el laudo es contrario al orden público”. De forma análoga, el artículo 1462 del Código permite rechazar el reconocimiento o ejecución de un laudo extranjero si “es contrario al orden público del Estado”. El concepto no es privativo de la CNY o de la Ley Modelo, sino que es utilizado para múltiples propósitos tanto en los derechos nacionales como en el derecho internacional.

Decía el juez británico Sir James Burrough en el antiguo caso de *Richardson v Mellish*, que el orden público es un caballo indómito que “*una vez montado, nadie sabe a dónde llevará*”. Se trata de un concepto jurídico de alta indeterminación que, mal utilizado, generaría alta incertidumbre e incluso aniquilaría el sistema arbitral, pues permitiría a cada jurisdicción fabricar supuestos propios basados en consideraciones subjetivas, sustituir el análisis de fondo o considerar desviaciones tangenciales de las leyes locales como motivo suficiente para rechazar la ejecución de un laudo o anularlo, quitándole todo efecto útil al sistema.



Por tal motivo, la tendencia internacional ha sido clara en el sentido de considerar que esta causal es en realidad una especie de último dique de contención que, en circunstancias extraordinarias, tiene la función de evitar resultados manifiestamente inaceptables para el Estado involucrado.

La interpretación prevalente ha sido la de una visión restrictiva, siguiendo la pauta de uno de los primeros casos en este tema. En *Parsons & Whittemore Overseas Co. v. RAKTA*, un tribunal federal de Estados Unidos estableció que la negativa de ejecución procede cuando “los principios básicos de moralidad y justicia del foro” se vean vulnerados; a su juicio, la excepción de orden público debía interpretarse de manera estrecha por el sesgo pro ejecución de la CNY, así como para evitar convertirla en un “boquete” que frustre su finalidad.

Muchas jurisdicciones del mundo han seguido una línea similar, de tal modo que los laudos que contravengan el orden público en términos de la CNY sean fundamentalmente ofensivos para la jurisdicción donde se pretende ejecutar, de tal modo que no puede pasarse por alto su objeción. Las cortes francesas, por ejemplo, han señalado que una violación “manifiesta, efectiva y concreta” al orden público internacional les faculta denegar el exequátur al laudo, como lo podrían ser aquellos obtenidos mediante corrupción o que impliquen actividades ilegales flagrantes.

En *Société Thales v. Euromissile* (2004), las partes habían celebrado un acuerdo de exclusividad por el que *Euromissile* tendría durante un periodo de 20 años el derecho exclusivo de vender un misil en Europa; el conflicto surgió cuando *Thales* decidió producir el misil por cuenta propia a través de una subsidiaria. *Thales* perdió el juicio arbitral ICC, pero solicitó a la *Cour d'appel* de París la anulación del laudo argumentando que la cláusula de exclusividad era incompatible con el sistema de competencia de la Unión Europea, tanto por la duración de la misma como por los efectos en reparto de cuotas de mercado. Si bien la Corte aceptó que el sistema de competencia era parte del “orden público internacional”, adoptó un enfoque de control moderado, mediante el cual no reexaminaría el fondo del asunto ni llevaría a cabo un examen profundo de compatibilidad con el sistema de competencia a menos que la violación fuera visible en los términos mencionados, es decir, “manifiesta, efectiva y flagrante”.

La Corte fue renuente en reabrir el fondo del asunto, sobre todo considerando que el tema no había sido abordado por las partes o los árbitros. El estándar es demasiado elevado porque depende de un problema grave que puede visualizarse *ex ante* sin que el juez se asome al fondo del asunto. De tal suerte que en *Belokon c. Kirguistán*, un arbitraje inversionista-Estado con sede en París, la *Cour de cassation* anuló un laudo que había sido dictado en favor del inversionista porque su ejecución implicaría tolerar actividades de lavado de dinero. La Corte abandonó la fórmula de “flagrante, efectiva y concreta” y la sustituyó por la exigencia de una “violación caracterizada” del orden público. El enfoque se apartó de un control ligero frente a la gravedad del tema e incluso admitió evidencia nueva que no había sido aportada en el arbitraje. Esto implica que para la jurisdicción francesa la violación no necesariamente debe saltar a la vista de manera flagrante en el laudo, sino que, dependiendo del asunto, puede admitirse un examen más profundo para caracterizar una posible violación al orden público.

En *Soleimany vs. Soleimany* el litigio estaba vinculado a un acuerdo entre padre e hijo para sustraer alfombras persas desde Irán y comercializarlas en el extranjero. El tribunal rabínico, a pesar de haber reconocido la ilicitud del esquema, condenó al padre a pagarle al hijo las ganancias que le correspondían por su participación en el negocio. El Tribunal de Apelación de Londres analizó el asunto desde una perspectiva de integridad judicial y negó que su poder coercitivo pudiera utilizarse para materializar un resultado contrario al orden público, dejando guía útil para futuros casos: (i) si existe evidencia *prima facie* de que el laudo descansa en un contrato ilegal, el juez de ejecución debe hacer una indagación preliminar y (ii) si concluye que no es apropiado dar “plena fe y crédito” al laudo, entonces procede una investigación más profunda sobre la ilegalidad en cuestión.

Este caso muestra cómo es que el orden público derrota la deferencia sobre el laudo cuando la ilicitud sea manifiesta e incontrovertible.

El asunto anterior contrasta con *Westcare Investments Inc. v Jugoimport-SDRP Holding*, donde una de las partes buscó la ejecución (también en Inglaterra) de un laudo ICC emitido en Suiza. Aunque el demandado alegó que hubo sobornos para obtener los contratos en disputa, el asunto ya había sido examinado por los árbitros e incluso por las cortes suizas, por lo que difícilmente podía hablarse de ilegalidad manifiesta. La corte inglesa decidió ejecutar el laudo, razonando que primaba la cosa juzgada arbitral, de tal forma que, no habiendo evidencia nueva de corrupción flagrante, invalidarlo minaría la seguridad del arbitraje.

En América Latina el enfoque es muy similar. En un caso emblemático, la Corte Suprema Colombiana analizó una solicitud de exequátur para que surtiera efectos un laudo arbitral dictado en Nueva York conforme a las reglas de la AAA. En su análisis, aclaró que el orden público al que se refiere la CNY “no es el mismo que del derecho interno, sino el orden público internacional”. La Corte adoptó una noción restrictiva en la línea de lo que han marcado las jurisdicciones estadounidense y europeas, la cual debía reservarse para choques frontales con principios básicos o fundamentales como la buena fe, el abuso del derecho, la imparcialidad del tribunal o el debido proceso, sin que la infracción a una norma imperativa interna necesariamente se eleve a una violación del orden público.

En el caso concreto, para la Corte, el laudo a ejecutarse en territorio colombiano no tocaba intereses públicos colombianos esenciales, sino que versaba sobre derechos contractuales privados.

La International Law Association, mediante resolución 2/2002, afirmó que la política pública internacional de cualquier Estado que puede ser invocada para rechazar la ejecución de un laudo arbitral incluye: (i) principios fundamentales relativos a la justicia o moral, (ii) reglas diseñadas para tutelar intereses esenciales en lo político, social o económico, y (iii) la obligación de los Estados de respetar sus obligaciones hacia otros Estados u organizaciones internacionales.

El orden público en México

La Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) ha emitido dos criterios clave que van en línea con la práctica internacional de blindar el arbitraje. En el Amparo en Revisión 755/2011, la Primera Sala analizó una sentencia emitida por un Juez de Distrito que había declarado la nulidad parcial de un laudo emitido en la Ciudad de México bajo las reglas de la Cámara Nacional de Comercio, por haber violado el principio de cosa juzgada, declarar improcedente la prestación de daños y perjuicios y no haber designado un perito tercero en discordia en materia financiera.

En su razonamiento, la Primera Sala ubicó al “orden público” en el ámbito de los principios jurídicos, “protegiendo las esencias fundamentales de las instituciones jurídicas”. Por lo que un laudo arbitral es contrario al orden público *“cuando la cuestión dilucidada se coloque más allá de los límites de dicho orden, es decir, más allá de las instituciones jurídicas del Estado, de los principios, normas e instituciones que lo conforman y que trasciende a la comunidad por lo ofensivo y grave del yerro cometido en la decisión”*. El estándar bajo esta sentencia es muy alto, pues para decretar una nulidad tendría que actualizarse *“una violación a los principios esenciales del Estado, que trasciende a la comunidad por lo ofensivo y grave de la equivocación en lo decidido”*, lo que no ocurrió en este caso a juicio del máximo tribunal.



Así, la labor no radica en analizar un mero error in iudicando, el cual sería tolerable en el arbitraje hasta cierto punto, sino examinar desviaciones sustantivas o adjetivas que alcancen a violentar el orden público bajo el alcance señalado. Para la SCJN, los temas en discusión eran susceptibles de someterse a consideración de los árbitros que designaron las partes.

Cuatro años después, en el Amparo en revisión 71/2014, nuevamente la Primera Sala analizó una sentencia de un Juzgado de Distrito que esta vez reconocía la validez y ordenaba ejecutar un laudo emitido bajo las reglas de la CCI en contra de la Comisión Federal de Electricidad (CFE), el cual reconoció diversos supuestos de caso fortuito y fuerza mayor en favor de una empresa privada a propósito de un contrato de compromiso de capacidad de generación y compraventa de energía eléctrica.

La CFE argumentó, entre otras cosas, un desvío al principio de igualdad procesal, y con ello transgresión a una formalidad esencial del procedimiento y al orden público, porque el tribunal arbitral revirtió la carga de la prueba en su contra y eximió a su contraparte el demostrar la “causa raíz” de los tres eventos que fueron materia de la calificación de caso fortuito o fuerza mayor. Este argumento había sido desestimado por el Juez de Distrito, quien sostuvo que el agravio era en realidad una crítica a la manera en que el tribunal resolvió el fondo y determinó los requisitos de llevar a cabo tal calificación.

Como punto de partida, la Primera Sala reconoció que el arbitraje tiene anclaje constitucional a partir de la reforma de 2008 que introdujo un mandato hacia el legislador para establecer mecanismos alternativos de solución de diferencias, lo que la llevó a delinear una serie de implicaciones jurídicas relevantes, sobre todo a propósito del estándar de control judicial de los laudos arbitrales. Utilizando los criterios de deferencia utilizados para controlar la libertad de configuración del legislador o de las autoridades que gozan de márgenes de discrecionalidad de decisión, determinó que para la revisión de los laudos aplica un estándar de escrutinio laxo, mediante el cual los jueces no deben imponer la interpretación que mejor les parezca, sino verificar si la actuación del tribunal arbitral resulta razonable.

Esto fue relevante sobre todo para resolver si el tribunal arbitral se había extralimitado en su mandato, pues la Quejosa aducía que no podría resolver conflictos técnicos, sino meramente los legales:

“...cuando en sede judicial se resuelva sobre la validez o nulidad de un acuerdo arbitral, o bien, sobre el exceso en la competencia de un tribunal arbitral sobre lo pactado en el acuerdo arbitral, la autoridad judicial, ante una duda razonable sobre la actualización de la competencia del tribunal arbitral, no debe preferir fallar en favor de la jurisdicción del Estado, esto es, no cabe afirmar ex ante la existencia de un principio pro actione en favor de la jurisdicción del estado, pues, a diferencia de antes de la reforma de junio de dos mil ocho, ahora lo que se busca es la optimización de dos derechos de naturaleza constitucional —de acceso a la justicia y de acceso a los medios alternativos de conflictos cuando la legislación lo permita—.”

...

“El tribunal arbitral, como la autoridad judicial deben acudir al texto del acuerdo arbitral. Cuando el lenguaje sea claro y, por tanto la respuesta normativa sea de fácil determinación, el juez debe aplicarla, a pesar de lo resuelto por el tribunal arbitral. Sin embargo, cuando el lenguaje del acuerdo arbitral sea ambiguo, deficientemente precisado por las partes, o vago, debe concluirse que ese lenguaje supone el poder de los árbitros de determinar su sentido. En este segundo caso, los jueces no deben imponer la interpretación que mejor les parezca, sino simplemente verificar si la interpretación del tribunal arbitral es razonable y declarar inválido el laudo si la determinación en que se basa la afirmación de su competencia es caprichosa o arbitraria”.

En materia de orden público, la Sala aceptó que este concepto puede verse comprometido cuando se detecta una afectación a la colectividad o a un bien público, o cuando se afectan los principios objetivos del ordenamiento jurídico, entre los que se encuentran determinados derechos constitucionales. Sin embargo, precisó que un tribunal arbitral no debe cumplir con todas las formalidades esenciales del procedimiento, de debido proceso, y ni siquiera los requisitos de motivación y fundamentación a los que están sujetos los jueces y autoridades del Estado.

Si bien esta conclusión anterior descansa en la premisa de que los árbitros no son autoridades, resulta extrema –por lo que toca a la no exigencia de los requisitos de motivación y fundamentación– porque los árbitros desempeñan una función materialmente jurisdiccional que está sujeta a control estatal por una razón sencilla: evitar resultados manifiestamente ilegales, injustos o inaceptables para la administración de justicia, así se trate de conflictos entre particulares. Las obligaciones de motivación y fundamentación son un requisito lógico y esencial del laudo en la medida que ofrecen los razonamientos de hecho y derecho que llevaron al tribunal arbitral a decidir en un sentido u otro, lo que no afecta en lo absoluto la flexibilidad del procedimiento ni de la propia resolución de un conflicto que casi siempre debe resolverse sobre la base de ciertos hechos y un derecho aplicable elegido por las partes. De hecho, las reglas de arbitraje más reconocidas establecen este tipo de obligaciones. Así, por ejemplo:

- el artículo 32.2 del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional dispone que el laudo “deberá ser motivado”,
- el artículo 26.2 del Reglamento de Arbitraje de la London Court of International Arbitration establece que “el tribunal arbitral dictará el laudo por escrito y, salvo acuerdo escrito en contrario de las partes, expondrá las razones en que se basa”, y
- el artículo 27.2 del Reglamento de Arbitraje de la Asociación Americana de Arbitraje señala que “el tribunal expondrá las razones sobre las cuales basa su laudo, a menos que las partes hayan convenido en que no se dé ninguna razón”.

La relevancia de la motivación es reconocida por el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (CIADI), al establecer como causal de nulidad de un laudo, en su artículo 52(1)(e), el que no se hubieren expresado los motivos en que se funda.

Como expresó el Comité ad hoc en *MINE v Guinea*, este requisito implica algo sencillo, pero de vital importancia: que el lector pueda seguir el razonamiento de hecho y de derecho, lo cual queda satisfecho si el laudo permite entender cómo es que el tribunal pasó del punto A al punto B y, eventualmente, a la conclusión, independientemente de que haya incurrido en errores durante el proceso.

Es derecho elemental de las partes, tanto por exigencia de las reglas aplicables como por la *lex loci arbitri*, que el laudo esté mínima y razonablemente motivado (lo que incluye tanto el razonamiento fáctico como el legal), salvo que decidan otra cosa. Aunque existen jurisdicciones que parecen aceptar laudos lacónicos sin problema, no todas están cómodas con ese enfoque. Por ejemplo, el Tribunal Constitucional español ha establecido que la motivación de los laudos suele carecer de incidencia en el orden público, salvo que su ausencia suponga una denegación flagrante de justicia. Bajo este criterio, si bien no es necesario que la motivación sea exhaustiva y pormenorizada como si se tratara de una sentencia, debe al menos contener elementos y razones que eviten la arbitrariedad y permitan conocer el criterio que pone fin al conflicto. Asimismo, un tribunal canadiense anuló un laudo que carecía de motivación cuando las partes habían estipulado ese requisito, lo que estaba reñida con la equidad, la igualdad de trato y el propio orden público.





En cualquier caso, la Corte no desasoció el orden público con el debido proceso, sino que estableció un parámetro más relajado que reconoce diferencias, donde como mínimo debe respetarse el núcleo duro que ha sido reconocido por la jurisprudencia, de tal manera que una persona pueda ser escuchada antes de resolverse una cuestión que le puede afectar, lo que se logra cuando se constata (i) la notificación del inicio del procedimiento; (ii) la oportunidad de ofrecer y desahogar las pruebas en que se finque la defensa, así como de alegar; y, (iii) una resolución que dirima las cuestiones debatidas. De hecho, de este último requisito —contrario a lo que aseguró la SCJN— se desprende una obligación de fundar y motivar, porque de no ser así, de poco serviría al afectado contar con una resolución “vacía”.

Finalmente, la Corte distinguió entre las consideraciones de “política pública” respecto del “orden público”, pues las primeras no deben entenderse comprendidas dentro de la causal de nulidad, la cual tiene una connotación mucho más restringida y tiene que ver con “los principios objetivos del ordenamiento y no con las consideraciones utilitarias propias de la racionalidad de política pública”.

A guisa de conclusión, la SCJN recordó cuando se alega violación al orden público, los jueces deben evaluar si los árbitros han desconocido reglas o principios fundamentales del derecho, no en abstracto, sino en el caso concreto, mediante la emisión de una decisión que, sin lugar a dudas, estaba excluida de su ámbito decisorio. Reconociendo la complejidad de este ejercicio, estableció que no cualquier violación a una norma de orden público activa en automático la anulación, sino que debe sopesarse si el laudo, cuyo propósito es la promoción del arbitraje como método definitivo de resolución de conflictos, puede triunfar y superponerse al interés subyacente a ciertos reclamos de violación al orden público. De tal forma que, *“cuando la fricción del laudo con un interés protegido por el orden público sea menor, debe prevalecer el principio de promover el arbitraje, pues toda vez que las partes acordaron someterse al arbitraje, deben aceptar la decisión del árbitro, incluido las posibles deficiencias interpretativas del derecho en que incurra, a menos que sea abiertamente injusta o incorrecta”*. Lo que no aconteció en este asunto a criterio del máximo tribunal del país.

El orden público y las anomalías procesales

El artículo 17 de la Constitución Política consagra el derecho fundamental de tutela judicial efectiva, del cual emanan en favor de los gobernados los principios de justicia pronta, completa, imparcial y gratuita. Por su parte, la Convención Americana de los Derechos Humanos establece en su artículo 8 (“Garantías Judiciales”) el derecho de toda persona a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley.

En palabras de la SCJN, la garantía de tutela judicial efectiva puede definirse como “el derecho público subjetivo que toda persona tiene, dentro de los plazos y términos que fijen las leyes, para acceder de manera expedita a tribunales independientes e imparciales, a plantear una pretensión o a defenderse de ella, con el fin de que a través de un proceso en el que se respeten ciertas formalidades, se decida sobre la pretensión o la defensa y, en su caso, se ejecute esa decisión”. Este comprende tres etapas y derechos: (i) una previa al juicio, a la que le corresponde el derecho de acceso a la jurisdicción; (ii) una judicial, que va desde el inicio del procedimiento hasta la última actuación y a la que concierne el debido proceso; y, (iii) una posterior al juicio, identificada con la eficacia de las resoluciones emitidas.

Esta obligación es, desde luego, un valor fundamental del orden jurídico mexicano —y de cualquier sociedad democrática— y se extiende a todas aquellas instancias que realicen funciones materialmente jurisdiccionales, incluyendo, mutatis mutandis, al arbitraje.

Si bien el arbitraje no es gratuito, no es necesariamente expedito, ni exige los niveles de congruencia y exhaustividad que aplican a las sentencias judiciales, sí debe resolver el conflicto sometido a su consideración de manera imparcial, con motivación razonable, sin arbitrariedad ni favoritismos. El derecho al debido proceso, como ya ha sostenido la SCJN, debe aplicar también al arbitraje, cuando menos en lo que atañe a su “núcleo duro”, es decir, el cúmulo de formalidades esenciales consistentes en la notificación del inicio del procedimiento y de sus consecuencias; la oportunidad de ofrecer y desahogar pruebas; la posibilidad de formular alegatos, y la certeza de que el litigio será decidido con una resolución que dirima las cuestiones debatidas.

Es generalmente aceptado que el umbral para evaluar un quebranto al orden público es muy alto, pues no se trata de una revisión del orden jurídico definido por cada jurisdicción y ni siquiera de infracciones a leyes locales. Como ha sido argumentado, “no todo incumplimiento de una norma imperativa del país anfitrión podría justificar la denegación del reconocimiento o la ejecución de un laudo extranjero. Dicha denegación sólo se justifica cuando el laudo contraviene principios que se consideran en el país anfitrión como reflejo de sus convicciones fundamentales, o que tienen un valor absoluto y universal”.

La pregunta siguiente sería, ¿cuáles son esos principios o valores y cuál puede ser su alcance? Mientras es fácil identificar los extremos, como la corrupción, el fraude, la ilicitud manifiesta o la violación a derechos fundamentales, pudieran existir choques en otros frentes donde las líneas son más difíciles de trazar.

En la sentencia arriba analizada (amparo en revisión 755/2011), la SCJN reconoció que podrían darse casos de indefensión absoluta, corrupción del proceso arbitral o violaciones al debido proceso tan severas que comprometen la confianza en la administración de justicia.

Esta conclusión guarda congruencia con la opinión formulada por la Secretaría de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), en el sentido de que el orden público es un supuesto que abarca también el caso de desviaciones graves de los principios fundamentales de justicia procesal. Resulta también ilustrativa la distinción que realizó el Tribunal Federal de Suiza en el caso *X S.p.A v. Y S.R.L* entre el orden público sustantivo y procesal (*ordre public materiel et ordre public procedural*), de tal forma que este último “garantiza a las partes el derecho a que se emita un juicio independiente respecto de sus pretensiones y de los hechos presentados ante el tribunal arbitral con arreglo a la ley procesal aplicable”.

Aunque se trate de un sistema diferente al arbitraje tradicional dada su naturaleza autocontenida, es útil para los propósitos aquí examinados retomar el Convenio CIADI, el cual contempla como causal de anulación de laudos, en su artículo 52(1)(d), el “quebrantamiento grave de una norma de procedimiento”.

En palabras de un Comité de anulación constituido al amparo de dicho tratado, este quebrantamiento es grave “cuando es sustancial y es tal que priva a una parte del beneficio que esa norma pretende concederle”; refiriéndose al precedente de *Wena Hotels v Egipto*, señaló normas fundamentales de procedimiento reconocidas por el derecho internacional tales como: (i) la falta de imparcialidad y tratamiento desigual de las partes, (ii) la violación del derecho a ser oído, (iii) la ausencia o abuso de deliberación de los árbitros, (iv) la vulneración de las reglas de la prueba y (v) la vulneración de las reglas de legitimación.



Así, en *Fraport AG v Filipinas*, un Comité ad hoc anuló totalmente un laudo porque el tribunal arbitral de origen desestimó recibir escritos de las partes sobre documentos oficiales sobrevivientes sobre la legalidad de la inversión objeto de la disputa conforme derecho local, lo que afectó su apreciación y fue determinante en el resultado. Esto era particularmente relevante porque el tribunal había declinado jurisdicción *ratione materiae* por considerar que la inversión realizada al amparo del tratado bilateral en materia de inversión entre Alemania y Filipinas había sido ilegal.

Conclusión

La jurisprudencia comparada muestra una tendencia a aplicar de restrictivamente la noción de orden público para anular un laudo o rechazar su ejecución, a distinguir entre el orden público interno versus el internacional y a evitar la revisión de los méritos del asunto.

El motivo de rechazo de ejecución o anulación debe ser flagrante, efectivo y concreto, y no basta cualquier error, deficiencia o desviación. Por ejemplo, el que un tribunal arbitral o árbitro haya aplicado incorrectamente el derecho, valorado mal una prueba, incurrido en errores de apreciación, motivado el laudo con defectos o emitido órdenes procesales cuestionables, no serían motivos suficientes para considerar que las concepciones fundamentales de moralidad y justicia fueron comprometidas.

El enfoque es correcto porque permite preservar la flexibilidad del arbitraje y otorgar certeza jurídica sobre las consecuencias de un laudo. Pero tampoco puede llegarse al extremo de tolerar todo desvío o blindar cualquier resultado, como sería el caso de violaciones procesales que anulan el debido proceso y se traducen en una denegación de justicia. Tampoco debe descartarse la posibilidad de que los jueces entren al fondo, no para corregir deficiencias, reexaminar el asunto o simular una especie de apelación, sino para caracterizar violaciones al orden público, sobre todo ante la creciente necesidad de establecer controles más estrictos en aras de proteger la legalidad internacional, especialmente en lo que concierne a la lucha contra la corrupción, fraude, evasión fiscal, monopolios, contrabando o lavado de dinero, donde la “integridad arbitral” no puede ni debe ser escudo para encubrir ilícitos graves.

Los casos limítrofes son claros y son aquellos que saltan a la vista por sí mismos: por ejemplo, cuando el laudo permite cristalizar una ilegalidad manifiesta, es producto de la corrupción, simulación para dañar a un tercero o colusión. Pero no todo debe “quemar los ojos” y manifestarse *ex ante*.

Anomalías procesales que pueden lesionar el derecho fundamental de acceso a la justicia —y con ello el orden público— incluyen, pero no se limitan, a las siguientes:

- a) La falta o deficiencia grave en la notificación sobre el inicio del arbitraje, pues esta situación deja en estado de indefensión al demandado.
- b) La negativa injustificada para admitir o desahogar, o la valoración manifiestamente arbitraria de, una o varias pruebas que sean indispensables para la defensa de una determinada posición o cualquier otro acto que impida ser escuchado; lo cual debe ser determinante en el resultado y afectar el núcleo esencial de justicia.

Aunque los supuestos a) y b) podrían estar cubiertos tanto en la CNY como en la Ley Modelo, nada impide que sean tratados de manera independiente como un asunto de orden público.

- c) Trato discriminatorio que conceda ventajas procesales a una de las partes, o que perjudique sustancialmente a la otra, lo que se traduce en favoritismo y en una impartición sesgada de la justicia.

d) Ausencia absoluta de motivación o nivel de motivación arbitrario que equivale a una denegación de justicia a la parte afectada, al imposibilitarle conocer las razones de la decisión, y que además puede encubrir un posible fraude o parcialidad.

e) Inequidad manifiesta en la designación de árbitros, de tal suerte que una parte tenga mayor peso que su contraparte en dicho proceso.

f) Sesgo o parcialidad comprobados de uno o varios árbitros, lo que contamina el proceso de deliberación y anula la credibilidad y validez del laudo como medio para dirimir una controversia que fue sustraída de los jueces y confiada a la instancia arbitral. Las partes tienen el derecho de que su disputa sea resuelta con plena imparcialidad.

La finalidad y eficiencia del arbitraje no pueden prevalecer a costa de la justicia procesal. Podrán existir otras razones válidas para invocar disrupciones al orden público por una anomalía procesal grave y será responsabilidad de la jurisdicción correspondiente hacer un análisis responsable que ponga en balance la integridad y eficacia del sistema arbitral frente a la vigencia de los valores fundamentales de tutela judicial efectiva y debido proceso.



El uso de la mediación y el arbitraje en los conflictos relacionados con procedimientos de insolvencia

Rosa María Rojas-Vértiz C.

Consultora

Comisión de las Naciones Unidas para el
Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI)

El presente artículo describe la evolución que han sufrido los procesos concursales a nivel global para convertirse en procedimientos flexibles que coexisten con el uso de mecanismos alternativos de resolución de controversias. Así mismo, sugiere que la contraposición que tradicionalmente ha existido entre ambos tipos de procedimientos se ha ido desdibujando, y analiza diversos supuestos para su coexistencia.

I. Introducción

Tradicionalmente se ha considerado que los procesos concursales son de orden público y, por lo tanto, no son arbitrables. Esta idea parte de que los procesos concursales son universales. Para ser efectivos, requieren de la participación de todos los acreedores, incluidos acreedores involuntarios, mientras que el arbitraje parte de la premisa contraria: el acuerdo arbitral previo es un requisito ineludible. No obstante, las líneas divisorias tienden a desdibujarse. Los medios alternativos de solución de controversias se utilizan cada vez con mayor frecuencia para resolver todo tipo de conflictos. La mediación se ha vuelto muy popular, no sólo para resolver conflictos familiares o entre personas naturales, sino también para resolver conflictos corporativos complejos, incluyendo procesos de insolvencia transfronteriza.

Por otra parte, a partir de pandemia de COVID-19 ha aumentado considerablemente la regulación y utilización de procedimientos extrajudiciales de reestructuración de créditos y de procedimientos híbridos para resolver problemas de insolvencia con muy poca intervención judicial. Así mismo, cada vez es más frecuente conocer de arbitrajes que están en trámite cuando alguna de las partes inicia un proceso concursal, o viceversa. No son pocos los tribunales que han permitido que procedimientos de arbitraje continúen de manera simultánea con un proceso concursal, o que han dado luz verde para que un arbitraje se inicie durante la tramitación del concurso.

Este artículo expone la proximidad que se ha ido presentando entre los procedimientos de insolvencia y los medios alternativos de solución de controversias. Desarrolla el extendido uso que se le ha dado a la mediación en combinación con procedimientos de insolvencia. También analiza algunos supuestos en los que podrían coexistir los procedimientos de insolvencia con los de arbitraje comercial, y explora el Protocolo de Arbitraje para Reestructuraciones e Insolvencia emitido por el Centro de Arbitraje Internacional de Singapur. Este artículo sugiere que el uso del arbitraje comercial para resolver conflictos relacionados con procedimientos de insolvencia será cada vez mayor, y expone argumentos para promover su utilización.

II. La contraposición entre los procesos concursales y los procedimientos de arbitraje

Tradicionalmente se ha considerado que los procedimientos concursales y los procedimientos de arbitraje persiguen objetivos opuestos, y por ello, no son compatibles entre sí.¹ Los procesos concursales son juicios universales porque involucran todo el patrimonio de la persona deudora y todas sus relaciones jurídicas patrimoniales. Son procedimientos colectivos vinculatorios,² debido a que no es optativo participar en ellos. Un acreedor que decide no comparecer se arriesga a quedar obligado por un convenio aprobado mayoritariamente sin su participación. Su objetivo central es resolver el problema de insolvencia de la persona deudora, y para dichos efectos, debe perseguir varios objetivos específicos: (1) preservar o incluso, en la medida posible, aumentar el valor del patrimonio de la persona deudora; (2) proteger los derechos de los acreedores y darles un trato equitativo; (3) salvar o rescatar a la empresa deudora en la medida en que sea viable, y en su defecto, llevar a cabo una liquidación ordenada de sus bienes; (4) buscar la anulación o revocación de actos realizados en perjuicio de los acreedores durante el proceso o durante el período de retroacción;³ y (5) cuando se trata de personas naturales, permitir su rehabilitación.⁴

Para lograr la universalidad, los procesos concursales se hacen del conocimiento público. Su apertura se publica en boletines oficiales o plataformas públicas, se notifica a todos los acreedores. Es necesario darles publicidad para que quienes tengan una posible reclamación acudan al procedimiento. Además, dado que en los procesos concursales participan acreedores de diversas clases, como pueden ser trabajadores, proveedores, acreedores financieros, clientes, e incluso el fisco, los procedimientos se rigen por disposiciones formales que se aplican de manera estricta y cuentan con supervisión estatal. Esto es así porque los conduce un juez o una autoridad administrativa, y excepcionalmente, cuando las negociaciones se realizan extrajudicialmente, los acuerdos requieren de aprobación judicial. En tanto que los procedimientos de arbitraje son privados, confidenciales, tienen como objetivo la resolución de una disputa específica, generalmente bilateral, y sólo son aplicables a las partes que previamente acordaron someterse a un arbitraje con base en una cláusula arbitral.¹

Esa ha sido la postura tradicional y tiene mucho de cierta; sin embargo, no toma en cuenta que los procedimientos de insolvencia han evolucionado sustancialmente en las últimas décadas, y que cada vez es más frecuente su combinación con medios alternativos de solución de controversias. El uso de la mediación se ha consolidado en los procedimientos de insolvencia, y el uso del arbitraje está en ciernes. La doctrina tradicional se ha enfocado en destacar las características opuestas de los procedimientos que nos ocupan. El presente artículo tiene el objetivo contrario: puntualizar los beneficios que han aportado y pueden seguir aportando los medios alternativos de solución de controversias a los sistemas de insolvencia y analizar los puntos de encuentro y posibles formas de combinación.

III. La evolución de los procedimientos de insolvencia y la mediación

Hasta hace algunas décadas, la insolvencia se equiparaba a una quiebra. Desafortunadamente, hoy en día en México sigue siendo común que alguna persona mencione que una empresa *se fue a la quiebra* cuando inicia su concurso mercantil. Esto no es necesariamente así. Las quiebras son liquidaciones. Su objetivo es la venta de los bienes para distribuir el producto de la venta entre los acreedores. Esa concepción de los procesos de insolvencia empezó a cambiar a finales del siglo XX, con la reforma al Código de Bancarrotas de los Estados Unidos de América realizada en 1978, que incluyó algunas figuras que hicieron atractivos los procedimientos para las sociedades y grandes corporaciones.



Una de ellas es la figura que se conoce como deudor-en-posesión, esto es, permitir al órgano de administración del deudor mantenerse en sus puestos para llevar a cabo la reestructuración, lo que incentivó que más administradores se sintieran atraídos por los procedimientos, dado que ya no perderían sus puestos irremediablemente por iniciar el procedimiento.⁵

Inglaterra no se quedó atrás. En 1982 se publicó el Cork Committee Report, que hizo una revisión exhaustiva del sistema de insolvencia inglés, que concluyó con toda una serie de recomendaciones para mejorar el sistema. Una de las recomendaciones más importantes, y que ha cambiado radicalmente la concepción de este tipo de procedimientos, es lo que los ingleses llaman *rescue*: salvar a empresas viables de la quiebra. En lugar de que los procedimientos se dedicaran exclusivamente a recoger los pedazos en la empresa para pagar lo más posible, el objetivo pasó a ser acudir a tiempo a los procedimientos para salvar de la quiebra a empresas viables que seguían siendo productivas.⁶ Esta se ha vuelto una característica esencial de los procesos concursales, que hoy en día ha sido recogida por casi todas las jurisdicciones, incluyendo a la Ley de Concursos Mercantiles mexicana, que inicia diciendo en su artículo primero que: “Es de interés público conservar las empresas y evitar que el incumplimiento generalizado de las obligaciones de pago ponga en riesgo la viabilidad de las mismas y de las demás con las que mantenga una relación de negocios...”.⁷

El Capítulo 11 del Código de Bancarrotas de los Estados Unidos, quizá uno de los procedimientos más famosos, busca reorganizar a las empresas. La reorganización generalmente implica, no sólo la reestructuración de los créditos de la empresa, sino también lo que se conoce como *turnaround*, esto es, revisar sus procesos operativos y de producción para determinar qué es lo que está ocasionando pérdidas en la empresa, y modificar tanto los planes de negocio, como procesos operativos, para revertir las pérdidas. Muchos de los procedimientos que se rigen por el Capítulo 11 terminan con la venta del negocio. La experiencia demostró que se maximiza el valor de los bienes de la empresa si la empresa continúa operando y se vende como negocio en marcha, en lugar de detener la operación y dismantelar su patrimonio.

En consecuencia, los procedimientos de insolvencia dejaron de ser meras *quiebras* para convertirse en procedimientos de reestructuración de créditos y de reorganización de empresas. Eso no quiere decir que ya no haya quiebras ni que ya no se presenten liquidaciones. Los sistemas modernos de insolvencia prevén la liquidación y la reorganización, y ello dependerá de la situación económica en que se encuentre la empresa que se somete al procedimiento. Si la empresa puede seguir siendo económicamente viable y los acreedores ven posibilidades reales de recuperar sus créditos, lo más probable es que lleguen a un acuerdo con la empresa deudora y aprueben un convenio. En caso contrario, debe procederse a la liquidación.

De manera paralela a los procesos formales de insolvencia —como los concursos mercantiles— se han desarrollado procedimientos informales que no se llevan ante tribunales, sino que consisten en procedimientos de renegociación con la finalidad de reestructurar los créditos de una empresa. Para que estos procedimientos tengan resultados exitosos, es importante acudir a ellos con anticipación, cuando la empresa cuenta con bienes suficientes para negociar y llegar a un buen acuerdo. No es ningún secreto que en México la gran mayoría de las reestructuraciones se hacen fuera de los tribunales. Generalmente la empresa deudora negocia con sus principales acreedores fuera de concurso.

Estos procedimientos extrajudiciales tienen ciertas ventajas: no se hacen públicos los problemas financieros que atraviesa la empresa, se reducen costos —pues se evita el litigio—, se reduce también el tiempo del procedimiento y se gana flexibilidad.

Quizá la desventaja más grande es que no se tienen las medidas cautelares que podría otorgar un juez en un proceso concursal, principalmente la suspensión provisional de pagos y de actos de ejecución en contra de los bienes de la empresa deudora. Sin embargo, si se acude a ellos con anticipación, esas medidas son innecesarias. Otra desventaja es que los acuerdos deben ser unánimes. Dado que en México los procedimientos extrajudiciales de insolvencia para comerciantes no están regulados, no les son aplicables los acuerdos mayoritarios ni las medidas cautelares por ministerio de ley. No obstante, por las mismas razones tampoco les es aplicable la universalidad. Generalmente sólo se negocia con los principales acreedores, y por lo tanto, no se afectan los derechos de los demás acreedores, por lo que no es necesario su consentimiento.

En 2017 Banco Mundial publicó una Guía sobre Reestructuraciones Extrajudiciales, cuya finalidad fue proporcionar ciertos lineamientos para la reestructuración de créditos fuera de tribunales. La guía compara los procedimientos formales con los informales y explica las ventajas de los procedimientos híbridos: aquellos que se negocian de manera extrajudicial, pero son validados ante un juez.⁸ En 2018 el Banco Mundial publicó un reporte para el tratamiento de la insolvencia de micro, pequeñas y medianas empresas. En su reporte, recomienda la regulación de procedimientos de insolvencia simplificados, con mínima intervención judicial, para emprendedores y micro y pequeñas empresas. Señala que la aprobación del convenio o plan de pagos debe recaer en una mayoría de los acreedores que participen en la negociación, y evitar procesos judiciales que elevan los costos, incrementan las formalidades y prolongan los procedimientos.⁹

Durante la pandemia de COVID-19, los procedimientos extrajudiciales e híbridos adquirieron popularidad. Las micro y pequeñas empresas se vieron muy afectadas por la pandemia a nivel global. Por ello, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) publicó la quinta parte de su Guía Legislativa sobre el régimen de la insolvencia. En ese documento, la CNUDMI aborda todos y cada uno de los aspectos que deben considerarse al regular un régimen de la insolvencia para micro y pequeñas empresas, insistiendo en la necesidad de procedimientos simplificados y en el uso de mecanismos alternativos de solución de controversias.¹⁰ La pandemia aceleró la regulación de procedimientos simplificados para micro y pequeñas empresas, y el uso de los mecanismos alternativos de solución de controversias en procedimientos de insolvencia. Australia, Singapur y Colombia introdujeron procedimientos simplificados. Los Estados Unidos y Chile hicieron más accesibles sus sistemas para micro y pequeñas empresas.

Paralelamente, cobró popularidad la literatura sobre los beneficios de los procedimientos de insolvencia extrajudiciales en economías emergentes. Un artículo publicado por Gurrea-Martínez parte de la premisa de que en las economías emergentes los poderes judiciales son corruptos, o en el mejor de los casos, ineficientes, además de no tener jueces especializados. También toma en consideración que la mayoría de las empresas en las economías emergentes son micro y pequeñas empresas que no pueden pagar procedimientos sofisticados. Por ello, insiste en promover la utilización de procedimientos extrajudiciales y mecanismos alternativos de solución de controversias para mejorar el sistema de insolvencia en los países en vías de desarrollo, y facilitarles el acceso a las micro y pequeñas empresas.¹¹

También en 2020, el Reino Unido publicó una ley denominada Corporate Insolvency and Governance Act 2020 (CIGA 2020) que introdujo algunas modificaciones a los ya conocidos schemes of arrangement. En los schemes of arrangement, las partes negocian un acuerdo de reestructuración de créditos que es sancionado por un tribunal, y que originalmente requería de la aprobación del 75% de los acreedores —en número y en valor de pasivos— que integraban cada clase.



La reforma introducida por CIGA 2020 reguló lo que se conoce como Part 26 restructuring plan, que permite que el convenio de reestructuración que se negocia fuera de tribunales pueda ser aprobado a pesar del voto en contra de una o más clases de acreedores, sujeto al cumplimiento de ciertas condiciones (cross-class cram down).¹²

Hoy en día, los schemes of arrangement son los procedimientos de insolvencia más utilizados en dos de los centros (hubs) más importantes de insolvencia a nivel global: Reino Unido y Singapur. No es ningún secreto que muchas empresas europeas se han reestructurado y se siguen reestructurando en Inglaterra. Incluso empresas mexicanas han creado subsidiarias en Inglaterra para reestructurar emisiones de bonos emitidas en los Estados Unidos, haciendo uso de los mecanismos más flexibles y menos costosos que ofrece el Reino Unido.¹³ Irlanda y Singapur no se han quedado atrás. Irlanda ha estado utilizando los schemes of arrangement para reestructurar empresas con deuda en los Estados Unidos, combinándolos con procedimientos paralelos conforme al Capítulo 11 del Código de Bancarrota de los Estados Unidos.¹⁴ Grupos de empresas multinacionales con operaciones en todos los continentes también han hecho uso del scheme of arrangement en Singapur para negociar el plan de reestructuración de créditos con sus acreedores.¹⁵

En un reporte emitido por el Comité para Fortalecer a Singapur como Centro Internacional de Reestructuración de Deuda,¹⁶ se menciona que entre el año 2000 y el año 2011 la mediación se utilizó en la mayoría de los procedimientos seguidos con base en el Capítulo 11 del Código de Bancarrotas de los Estados Unidos, con bienes valuados en más de un billón de dólares, generalmente por orden de los jueces que llevaban los casos. El reporte sugiere la utilización de la mediación en Singapur en los procedimientos de insolvencia para: (1) resolver conflictos bilaterales entre un acreedor y el deudor; (2) administrar múltiples disputas de la misma naturaleza; y (3) lograr acuerdos para la aprobación del convenio del deudor con sus acreedores.

James Peck, juez retirado de un juzgado de bancarrotas para el Distrito Sur de Nueva York, que ahora es juez de la Corte Comercial Internacional de Singapur y presta servicios de mediación y arbitraje en disputas comerciales, me comentó en una entrevista el 9 de junio de 2025, que en el caso Lehman Brothers la mediación permitió recuperar más de dos billones de dólares después de que, como juez del caso, ordenó se conformaran paneles de expertos en derivados y mediación para resolver disputas de derivados que tenían trabado el procedimiento. La mediación también se utilizó con éxito para resolver disputas entre American Airlines y sus sindicatos durante el procedimiento de insolvencia de la aerolínea, y un panel de mediación compuesto por cinco jueces son quienes se han encargado de negociar los acuerdos derivados de la Ley para la Estabilidad Económica, Administración y Seguimiento de Puerto Rico (PROMESA). La mediación se utiliza ampliamente para lograr consensos en la aprobación de planes de reestructuración con múltiples partes que quieren evitar la imposición mayoritaria del plan, y también se utiliza para lograr consensos que eviten el inicio de procedimientos de insolvencia.

Como se puede ver, la mediación se ha consolidado como una herramienta fundamental para lograr acuerdos en los procedimientos de insolvencia, pero no solamente de las grandes empresas, sino también de pequeñas empresas y de personas naturales. Colombia aprobó la Ley 1564 de 2012 con un procedimiento de insolvencia para personas naturales que se lleva a cabo totalmente con mediadores de centros de mediación autorizados. Sólo en 2024 se reportaron 10,486 procedimientos.¹⁷ También en 2024 en Chile se reportaron 1,968 casos de renegociación de adeudos de personas naturales ante funcionarios públicos de la Superintendencia de Insolvencia y Reemprendimiento, con niveles de aprobación de acuerdos por encima del noventa por ciento (90%).¹⁸

IV. La coexistencia entre los procedimientos de insolvencia y los procedimientos de arbitraje

Si bien la mediación se ha consolidado como un método eficiente para lograr acuerdos y destrabar procesos concursales, el uso del arbitraje podría contribuir a mejorar todavía más la eficiencia de los procedimientos de insolvencia, a nivel nacional e internacional. Los laudos arbitrales tienen mucha más fuerza ejecutiva que los acuerdos derivados de la mediación.¹⁹ La Convención de las Naciones Unidas sobre los Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación (Convenio de Singapur) sólo ha entrado en vigor en 20 países a la fecha de este artículo,²⁰ en comparación con los 172 países que han ratificado la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Convención de Nueva York).²¹

Los procedimientos de insolvencia transfronterizos pueden ser sumamente complejos, tomando en consideración que desde hace algunas décadas se ha extendido cada vez más la realización de actividades económicas a través de grupos empresariales. Esto es, los negocios ya no se hacen entre dos empresas, sino que, detrás de la elaboración de productos y la prestación de servicios están organizaciones económicas conformadas por diversas entidades jurídicas con diferentes tipos y niveles de participación, vinculadas por alguna forma de control.²²

Esto ocasiona la multiplicación de los problemas que suelen presentar los procedimientos de insolvencia. Si los concursos son complejos por sí solos, por tener que considerar a la totalidad de los bienes y obligaciones de una persona y tener que poner de acuerdo a la universalidad de acreedores, los problemas se multiplican cuando la actividad económica se realiza por varias personas. Además de los problemas usuales, hay que tener cuidado al elaborar las listas de créditos para evitar duplicidades o problemas en la clasificación de los créditos. Es muy posible que haya duplicidad del mismo crédito si varias de las entidades se constituyeron como obligadas solidarias. También pueden desprotegerse los derechos de los acreedores garantizados si se clasifica como crédito común un crédito garantizado con una garantía real sobre un bien de un tercero que no conforma la masa concursal. Pueden darse incompatibilidades en la elaboración de los planes de pago de las diversas entidades o en las negociaciones. Muchos de esos problemas se pueden resolver si una misma persona o grupo de personas están a cargo del procedimiento o de las negociaciones. Lo cual no siempre es posible.

Ahora añadamos diversas jurisdicciones. Los grupos empresariales no siempre operan en la misma jurisdicción. Las guías de las leyes modelo de la CNUDMI sobre insolvencia transfronteriza se centran en la necesidad de cooperar y de coordinar los procedimientos. Lo ideal es concentrar las decisiones en un procedimiento principal y, de no ser posible, buscar que se inicien los menos procedimientos posibles y coordinarlos. Sin embargo, no se puede evitar que uno o más acreedores inicien procedimientos de insolvencia en sus respectivas jurisdicciones, o que la ley de algún Estado requiera el inicio del procedimiento. Si los problemas se multiplican con una sola entidad que opere en varias jurisdicciones —puesto que en ese supuesto habrá acreedores que quieran iniciar procedimientos de insolvencia en contra de la misma entidad en sus respectivas jurisdicciones— ¿qué podemos esperar cuando se trata de un grupo empresarial? En esos supuestos, además, hay que añadir que cada jurisdicción tiene una ley sustantiva y procesal distinta, y que la práctica puede diferir sustancialmente de una jurisdicción a otra. Sólo consideremos el caso de *Lehman Brothers*. Para resolver la liquidación de ese grupo empresarial se abrieron 75 procedimientos en al menos 16 países.²³

Esas experiencias —que cada vez son más frecuentes, porque las actividades económicas van cambiando y el uso de grupos empresariales es cada vez más común— han llevado a profesionistas



con amplia experiencia en el sector a pronunciarse a favor de que se utilice el arbitraje para resolver insolvencias transfronterizas, partiendo de que el arbitraje es un método ampliamente reconocido para la resolución de controversias internacionales.

Scott Atkins, quien fue Presidente de INSOL International y es el Jefe Global del área de reestructuraciones de Norton Rose Fulbright —un despacho de abogados con oficinas en todos los continentes— publicó un artículo en 2024 en el que señala que el arbitraje puede contribuir a la implementación expedita de procedimientos extrajudiciales, ya que los laudos pueden ser reconocidos y ejecutados en al menos 172 jurisdicciones. Agrega que el arbitraje puede permitir avanzar en situaciones en que la mediación u otros medios alternativos no funcionan, y también puede permitir la selección de una ley amigable para el reconocimiento y tratamiento de los créditos. Sin embargo, considera necesario que se emitan reglas de arbitraje especiales para atender los problemas que se derivan de los procedimientos de insolvencia, incluyendo la posibilidad de revisar el laudo.¹⁹

Allan L. Gropper es un juez retirado de la Corte de Bancarrotas del Distrito Sur de Nueva York. Las cortes del Distrito Sur de Nueva York han llevado muchos de los procedimientos de insolvencia más grandes y más complejos a nivel global. Gropper desde 2012 publicó un artículo sobre las ventajas de la utilización del arbitraje para resolver insolvencias transfronterizas. Se queja de que iniciar procedimientos de insolvencia paralelos en diversas jurisdicciones se traduce en un aumento inútil de costos, conflictos e ineficiencias que sólo disminuyen el patrimonio en perjuicio de todas las partes. Sugiere que el arbitraje podría ser útil para resolver disputas inter-empresas que involucren varias jurisdicciones, y para llevar a cabo una reestructuración de créditos en una jurisdicción con un sistema de insolvencia ineficiente. El arbitraje podría complementar los acuerdos extrajudiciales a los que hayan llegado las partes en una negociación consensual, para tener bajo reserva una resolución vinculante que sea ejecutable. El arbitraje puede proveer la sede y la ley aplicable, además de consolidar y centralizar las disputas. Reconoce que el procedimiento de arbitraje requeriría el consentimiento previo de las sociedades con problemas de insolvencia y de sus principales acreedores, en el entendido de que no podrían afectarse los derechos del resto de los acreedores.²⁴

También desde 2016, en el reporte emitido por el Comité para Fortalecer a Singapur como Centro Internacional de Reestructuración de Deuda,¹⁶ el comité reconoce que el uso del arbitraje no ha sido tan popular como la mediación en asuntos relacionados con procedimientos de insolvencia. Sin embargo, señala que el arbitraje puede resultar útil para resolver: (1) conflictos que involucren elementos transfronterizos, ya que ello podría evitar que los problemas se litiguen en diversas jurisdicciones; (2) casos complejos que requieren conocimientos técnicos especializados, como la resolución de operaciones financieras complejas; (3) la resolución de conflictos inter-empresas entre las empresas de un mismo grupo que puedan estar en diferentes jurisdicciones; (4) resolver disputas que surjan en procedimientos de insolvencia paralelos en diversas jurisdicciones; por ejemplo, la forma de distribuir el producto de la venta de los bienes; e incluso (5) la determinación del centro principal de intereses de un deudor cuando existe un conflicto entre varias jurisdicciones. Este último es quizá el tema que ha ocasionado mayor litigio en las insolvencias transfronterizas, por ser ese centro principal de intereses el lugar donde debe abrirse el proceso principal.

Como ahora lo sabemos, el Centro de Arbitraje Internacional de Singapur (SIAC) escuchó al comité y estableció reglas especiales para arbitrajes vinculados con procedimientos de insolvencia. Las reglas están contenidas en el Protocolo para el Arbitraje de Reestructuraciones e Insolvencia que se publicó el 26 de agosto de 2025 (Protocolo).²⁵ El Protocolo es un documento de siete páginas que solo modifica algunas de las Reglas de Arbitraje del SIAC para su utilización en procedimientos de arbitraje vinculados con procedimientos de insolvencia. Es producto de un proceso abierto de consulta en el que participaron jueces y practicantes especializados en insolvencias transfronterizas,

y se publicó junto con los modelos de cláusulas arbitrales que se recomienda que se incluyan en los contratos para someterse al procedimiento especial de arbitraje, así como, con las listas de árbitros que podrán participar en los procedimientos. El SIAC es la primera institución administradora de arbitrajes que emite reglas especiales para arbitrajes vinculados con procedimientos de insolvencia.

El Protocolo deja muy abiertas las hipótesis a las que es aplicable. El procedimiento especial de arbitraje puede utilizarse en relación con una reestructuración extrajudicial de créditos o con un proceso de insolvencia, ya sea en anticipación a los procedimientos o negociaciones, o incluso si la disputa no está vinculada con los mismos. Se apeg a la definición de “procedimiento de insolvencia” previsto en la Ley de Modelo de la CNUDMI sobre insolvencia transfronteriza, y establece claramente que lo establecido en el Protocolo prevalecerá sobre las Reglas de Arbitraje del SIAC, pero éstas últimas serán aplicables para todo no lo previsto en el Protocolo. Salvo pacto en contrario, la sede del arbitraje será Singapur y la ley aplicable al procedimiento será la de Singapur. Las partes requieren haber pactado una cláusula arbitral, lo que puede tener lugar antes del inicio del procedimiento de insolvencia, o incluso ya iniciado. Será designado un solo árbitro para la resolución de las disputas, salvo que la Secretaría determine que se nombren tres en razón de la cuantía y complejidad del asunto. El Protocolo establece las reglas para la designación e impugnación, en su caso, del árbitro o tribunal arbitral, reduce los plazos de las Reglas de Arbitraje del SIAC, y prevé la suspensión del procedimiento para permitir la mediación en cualquier etapa de éste.

Esta última es la única disposición de fondo del procedimiento especial de arbitraje. Los artículos 16 a 19 del Protocolo establecen que el tribunal arbitral podrá suspender el procedimiento por un período de hasta tres semanas —que puede extenderse a solicitud de una de las partes— para mediar en alguna disputa. Los miembros del tribunal arbitral no pueden actuar como mediadores sin el consentimiento por escrito de las partes. El tribunal arbitral retomará el procedimiento de arbitraje si las partes no alcanzan un acuerdo al término de la suspensión. En caso contrario, el tribunal arbitral emitirá un laudo por acuerdo de las partes. El tribunal arbitral deberá cerciorarse de que el acuerdo no sea contrario a la ley y no exceda la jurisdicción del tribunal ni lo pactado en el acuerdo arbitral.

Considero que el Protocolo es un muy buen primer paso para incentivar el uso del arbitraje en la resolución de problemas derivados o relacionados con procedimientos de insolvencia. Son tantos y tan distintos los conflictos que pueden presentarse, que sería un trabajo interminable y demasiado costoso tratar de diseñar procedimientos específicos para cada caso. A medida que empiece a utilizarse, será posible identificar aspectos adicionales que convenga agregar a la regulación, y también podrán identificarse los tipos de conflictos en los que resulte más útil.

Una de las razones por las que el arbitraje no ha sido muy utilizado en combinación con procedimientos de insolvencia es la indefinición que subsiste sobre los límites de su aplicabilidad. Como se mencionó al inicio de este artículo, persiste una vinculación de los procedimientos de insolvencia con el orden público y, por lo tanto, dudas sobre la arbitrabilidad de los conflictos vinculados con ese tema. Para que el arbitraje sea útil, es necesario tener certeza de que el asunto de que se trata es arbitrable, ya que en caso contrario el laudo podrá ser anulado y no ejecutado.¹ De ahí que desde hace décadas diversos autores han tratado de identificar los tipos de conflictos susceptibles de arbitraje. Cuestión que plantea una dificultad especial porque, por regla general, las leyes no definen ese aspecto, por lo que queda a la interpretación de quien realiza el análisis.

Un punto de partida es el Título 28 del U.S. Judiciary Code, que provee en el artículo 157(b)(2) una enumeración enunciativa —no limitativa— de los temas que deben conocer los jueces de bancarrotas en los Estados Unidos.



La interpretación que se le ha dado es que si las disposiciones legales norteamericanas reservan la resolución de esos temas a los jueces de bancarrotas, entonces no pueden ser materia de arbitraje. Los asuntos enumerados en dicho artículo se consideran aspectos centrales de los procedimientos de insolvencia (core), y se refieren a derechos contemplados en la legislación federal de los Estados Unidos en materia de insolvencia. La enumeración incluye la integración de la masa del concurso, la admisión, tratamiento y objeción de los créditos a ser reconocidos, todo lo relativo a las órdenes de suspensión de pagos y actos de ejecución, la posibilidad de exonerar créditos, procedimientos de anulación o revocación de preferencias o actos jurídicos considerados en fraude de acreedores, la aprobación de actos jurídicos que tengan por objeto la disposición de la titularidad o de la posesión de los bienes que integran la masa del concurso, el orden y prelación de pagos, la aprobación del convenio de reestructuración, y el reconocimiento de procedimientos extranjeros de insolvencia y la cooperación con procedimientos extranjeros.

Es una lista muy amplia, y dado que un porcentaje importante de los procedimientos complejos con elementos internacionales tiene algún tipo de vinculación con los Estados Unidos, esa puede ser una razón por la que el arbitraje no ha recibido el impulso necesario para su utilización con procedimientos de insolvencia. Estados Unidos tiene cortes especializadas en procedimientos de insolvencia en Nueva York, en Delaware y en Texas. Los jueces de bancarrotas son elegidos de entre los socios de firmas altamente especializadas en ese tipo de asuntos, y eso ocasiona que sean jueces experimentados que contribuyen a dar agilidad y eficiencia a los procedimientos. Por otra parte, la economía de los Estados Unidos es tan grande, que prácticamente todas las empresas multinacionales tienen presencia en los Estados Unidos. Esa combinación de elementos ocasiona que el procedimiento principal de insolvencia, o en su defecto, al menos un procedimiento secundario o de reconocimiento de procedimiento extranjero se lleve en Estados Unidos.

Sin embargo, el Reino Unido no se ha quedado atrás. Ha sido un centro de reestructuración de las empresas europeas y de medio oriente, que se ha esforzado con éxito en flexibilizar sus procedimientos con una menor intervención judicial. Eso ha contribuido a que los procedimientos en el Reino Unido sean menos costosos y más ágiles, convirtiéndose en un centro de reestructuraciones cada vez más atractivo. No en vano incluso empresas latinoamericanas están prefiriendo el Reino Unido para reestructurarse sobre el Capítulo 11 de los Estados Unidos. Están los casos de Mega Newco Ltd., subsidiaria de Operadora de Servicios Mega, S.A. de C.V., SOFOM, E.R.,¹³ y de Light, S.A.²⁶ y Atento UK Limited, éstas últimas sociedades de grupos empresariales brasileños que se llevaron a cabo en el Reino Unido entre 2023 y 2025. Singapur tampoco ha querido quedarse atrás. Por ello ha contratado a jueces estadounidenses retirados de las cortes de bancarrotas de los Estados Unidos para su Corte Comercial Internacional, quienes, entre otras personas, han asesorado al Centro de Arbitraje Internacional de Singapur para emitir las primeras reglas sobre arbitraje aplicables a casos vinculados con procedimientos de insolvencia.²⁷ Singapur se ha convertido en el centro de reestructuraciones del continente asiático y quiere ir por más.

Al menos desde 2012, algunos autores se han pronunciado porque los temas susceptibles de ser conocidos en procedimientos de arbitraje son más amplios en algunas jurisdicciones de tradición civilista. Kovacs ha señalado que en Suiza sólo son del conocimiento exclusivo del juez concursal la apertura del procedimiento de insolvencia, la designación del síndico, la admisión y verificación de las listas de créditos y la administración del procedimiento de reorganización. Menciona que en Suiza los temas siguientes son arbitrables: cualquier disputa que tenga por objeto determinar la titularidad de un bien o derecho patrimonial, la existencia de un adeudo, preferencias o actos que vulneran el trato equitativo entre los acreedores, la determinación de los bienes que integran el patrimonio del insolvente, cuestiones relativas a la admisión y clasificación de los créditos, así como, los supuestos de compensación de créditos que no constituyen preferencias.¹

Otro caso es Colombia. Ese país sudamericano introdujo el arbitraje en los procedimientos de insolvencia durante la pandemia de COVID-19. Colombia ha implementado al pie de la letra varias de las recomendaciones internacionales sobre el tema y a la fecha es uno de los países con un sistema de insolvencia más avanzado en la región. El 15 de abril de 2020 introdujo el Decreto 560/2020, que reguló procedimientos extrajudiciales para pequeñas y medianas empresas. El Decreto regula procedimientos de mediación ante las cámaras de comercio empresariales del domicilio de la empresa deudora, y establece en el artículo 9 que las controversias u objeciones que se presenten serán resueltas por un árbitro único siguiendo el procedimiento establecido para el juez concursal. Dado que dicho decreto fue emitido de emergencia durante la pandemia y, por lo tanto, tuvo una vigencia limitada, el procedimiento arbitral ya fue recogido en la Ley 2437 de 2024.

Es cierto que algunas cuestiones de los procedimientos de insolvencia no son arbitrables, como la imposición de acuerdos aprobados mayoritariamente por los acreedores, órdenes de suspensión de pagos o de actos de ejecución, la liberación de ciertos adeudos, o la comparecencia obligatoria al procedimiento. Sin embargo, hay muchas otras que se puede sostener que sí pueden ser susceptibles de arbitraje en México, en la medida en que las partes afectadas se sometan voluntariamente al procedimiento mediante la celebración de una cláusula arbitral. Por ejemplo: determinar la titularidad de los bienes o derechos del patrimonio del insolvente; determinar si los créditos cumplen con los requisitos establecidos en la ley para ser admitidos en el procedimiento; la clasificación de los créditos conforme a la legislación aplicable; la determinación de los bienes, derechos y obligaciones que conforman el patrimonio del insolvente; y dilucidar si ciertos pagos o garantías constituyen preferencias. Las preferencias se consideran actos en fraude de acreedores, pero cabe aclarar que la palabra fraude no tiene una connotación penal en este contexto, sino que significa que se hayan otorgado vulnerando la equidad en el tratamiento a los acreedores.

Adicionalmente, pueden someterse a arbitraje todas las disputas que surjan durante un procedimiento o que puedan evitar el comienzo de uno o varios procedimientos de insolvencia.

Tal como lo han sostenido algunos expertos a nivel internacional, los acuerdos de reestructuración entre una persona deudora o un grupo empresarial y sus acreedores principales pueden someterse a arbitraje para que se emita un laudo por acuerdo que sea ejecutable, en la medida en que se no se afecten los derechos de los acreedores que no participen. Alternativamente, si la reestructuración se está llevando a cabo mediante un procedimiento de mediación, las disputas en las que no haya acuerdo pueden someterse a arbitraje. Thomas S. Heather menciona que cuestiones técnicas, como el cierre de posiciones en operaciones financieras derivadas complejas, que han sido objeto de controversia en procedimientos concursales, han sido sometidas a la determinación de un experto, lo que ha permitido la continuidad de las empresas y la conservación de empleos. Sugiere que puedan ser los mismos jueces quienes remitan la resolución de cuestiones técnicas que surjan durante el procedimiento a arbitraje, como lo hacen los jueces norteamericanos, y lo han hecho ya tribunales brasileños. Entre otras cosas, Heather sugiere que pueden ser objeto de arbitraje: la determinación del *quantum* de las obligaciones vencidas para que un comerciante pueda ser declarado en concurso; la determinación de los créditos que deban ser reconocidos en casos de controversia; la validez de los montos de los créditos de empresas relacionadas; la valuación de los activos objeto de venta en el proceso; diferencias con planes de reestructuración e interpretaciones en relación con la implementación del convenio concursal.²⁸

Debemos dejar de ver a los procedimientos de insolvencia —que en México se denominan procesos concursales— como meras quiebras o procedimientos judiciales especiales.



Un sistema eficiente de insolvencia es una herramienta fundamental para el crecimiento económico de los países. Un sistema eficiente de insolvencia: protege los derechos de los acreedores y les asegura equidad en el trato; preserva el valor de los bienes; ahorra costos; evita la pérdida de empleos y la manipulación de los bienes en beneficio de ciertos acreedores o personas relacionadas; aumenta la productividad; conserva la fuente de pago de impuestos; debe sancionar las conductas indebidas; permite una mayor recuperación de créditos; permite conservar a las empresas viables; y en caso de liquidación, impone un orden en la clasificación y pago de los créditos y permite que continúe el aprovechamiento de los bienes que ya no utilizará la concursada.²⁹

Ahora más que nunca, México necesita un sistema de insolvencia eficiente que evite la pérdida de empresas, mantenga la productividad y conserve los empleos. México ha carecido de juzgados especializados durante toda la vida de la Ley de Concursos Mercantiles. No es ningún secreto que los juzgados de distrito durante 22 años evitaron a toda costa conocer de esos procedimientos, y que aunque los dos juzgados concursales que fueron creados mediante decreto publicado el 4 de marzo de 2022 en el Diario Oficial de la Federación encendieron nuestras esperanzas, la reforma judicial ha apagado la posibilidad real de contar con jueces especializados en el corto y mediano plazo. Como profesionales del Derecho nos corresponde encontrar respuestas y desarrollar caminos para una eficiente resolución de las controversias económicas que aquejan y aquejarán cada vez más a las empresas y a las personas deudoras. Dejemos de enfocarnos en las diferencias, y concentrémonos en encontrar respuestas.

V. Conclusiones

Tradicionalmente ha habido una renuencia al uso de los medios alternativos de solución de controversias en los procesos concursales, o en otro tipo de procedimientos de insolvencia. Si bien es cierto que algunos aspectos de los procedimientos de insolvencia pueden considerarse de orden público, ello no debe constituir un obstáculo para el uso de los medios alternativos de solución de controversias para resolver los muchos aspectos de los procedimientos que sí son compatibles con la mediación y el arbitraje.

Los procedimientos de insolvencia están evolucionando para dejar de ser exclusivamente procesos judiciales formales y rígidos y pasar a ser procedimientos más flexibles, con una intervención judicial mínima. Su objetivo es y debe ser la solución de los problemas de la persona o empresa deudora, prevaleciendo los mecanismos más eficientes. La mediación se ha consolidado como una herramienta sumamente útil en la resolución de conflictos derivados o vinculados con procedimientos de insolvencia, incluyendo las negociaciones para la aprobación e implementación del convenio de acreedores. Las bases para el uso del arbitraje se han ido desarrollando en décadas recientes y, sin lugar a dudas, el arbitraje se constituirá en una herramienta ineludible para evitar los procedimientos de insolvencia y para resolver las disputas que impidan la celebración de acuerdos. ¿Qué estamos esperando? Dejemos de enfocarnos en las diferencias, e innovemos poniendo el ejemplo. Las empresas mexicanas nos lo agradecerán.

La intervención judicial en el Arbitraje en México, a la luz de los criterios del Poder Judicial de la Federación

Neófito López Ramos
Magistrado en Retiro

Introducción

En el presente escrito se esbozará la intervención judicial en el arbitraje mexicano desde una perspectiva jurisdiccional, en la que se resaltarán los criterios jurisprudenciales, así como la doctrina judicial que se ha emitido por el Poder Judicial de la Federación.

La libertad como cualidad inherente al ser humano que puede elegir hacer o no hacer, está ligada indisolublemente a la voluntad.

En sentido jurídico, querer hacer o querer no hacer; obligarse, quedar vinculado por la manifestación de voluntad; constreñido a dar, hacer o no hacer, dependerá de que se emita por persona reconocida como capaz en sentido legal y que esté disponiendo de algo que es suyo y no tenga limitación para hacerlo.

De este modo, la libertad contractual y la autonomía de la voluntad son la base de toda la actividad jurídica de las personas, y en materia de comercio, el artículo 78 del Código de Comercio recoge estos principios al establecer que cada uno se obliga en los términos que aparezca que quiso obligarse.

El arbitraje es tan antiguo como los conflictos mismos, puesto que cuando dos o más personas no se ponen de acuerdo sobre la existencia de un derecho, como sería el límite de su posesión o propiedad, antes de hacerse justicia por propia mano, se requiere la intervención de un tercero que los escuche, les reciba sus pruebas y decida quién tiene la razón o medie entre ellos.

Desarrollo

El principio de mínima intervención judicial-regulado en el artículo 1421 del Código de Comercio- se refiere a que en el arbitraje o en el procedimiento arbitral no se requerirá de intervención judicial, salvo que exista norma que expresamente establezca la necesidad de que las partes o el árbitro deban solicitar la intervención de la autoridad jurisdiccional del Estado.

Esto es, el juez estatal solamente puede actuar con relación al arbitraje, antes o después de iniciado un procedimiento arbitral, en los supuestos expresamente establecidos en las normas vigentes del Código de Comercio.

Sin embargo, la intervención judicial más relevante es la que se realiza cuando la parte condenada en el laudo arbitral no cumple voluntariamente y es necesario que vía especial y en ejercicio de la acción de ejecución del laudo arbitral se solicite su ejecución forzosa o la misma parte vencida reclame la nulidad del laudo.





En ambas acciones mediante el procedimiento especial la autoridad estatal puede determinar a petición de parte si se han cumplido los principios rectores del arbitraje (formalidades esenciales) que se relacionan con la participación en la integración del tribunal arbitral, la validez de la cláusula o compromiso arbitral, la capacidad de las partes, si hubo exceso en la atribución conferida para resolver, el respeto al derecho a la igualdad de trato procesal y a la plena oportunidad de hacer valer sus derechos (razonablemente), de manera que se le haya dado la intervención oportuna para el ejercicio del derecho de contradicción en el desahogo de pruebas e intervención en las diligencias que trasciendan al sentido del laudo; y el juez estatal o persona juzgadora, de oficio, podrá revisar si el reconocimiento o la ejecución del laudo son contrarios al orden público, y si el objeto o la materia del laudo es susceptible de arbitraje o arbitrable.

De manera que se trata de dos aspectos fundamentales que tienen sus matices propios porque en la acción de nulidad el órgano jurisdiccional estatal queda constreñido a atender a la litis planteada por quien reclama la nulidad del laudo arbitral, aunque queda abierta su facultad para revisar de oficio el respeto al orden público y si la materia del laudo es arbitrable o disponible.

En cambio, cuando se ejerce la vía forzosa para ejecutar el laudo, el órgano jurisdiccional tendrá que revisar oficiosamente si se contraviene o no el orden público o si la materia objeto del laudo era arbitrable o disponible.

La revisión de los criterios del Poder Judicial de la Federación al resolver juicios de amparo directos o recursos de revisión, por el número de casos, refleja que generalmente los laudos se cumplen voluntariamente y que un mínimo de casos ofrece la necesidad de la intervención judicial en la instancia de ejecución forzosa o en la concesión de medidas precautorias que desembocan en la promoción de juicios de amparo como la instancia extraordinaria en la que se analizan las resoluciones jurisdiccionales que aplican las normas legales ordinarias que tienen por materia un procedimiento arbitral.

Por otra parte, pueden distinguirse diversidad de criterios entre los niveles o categorías de órganos que están facultados para interpretar desde el nivel constitucional mediante el juicio de amparo, las normas que regulan el arbitraje- particularmente el Código de Comercio- y una tendencia más o menos uniforme de sensibilidad hacia el arbitraje porque se atiende a que la autonomía de la voluntad es la base de la cláusula arbitral que se erige como la piedra angular del procedimiento arbitral.

En esencia, las normas pactadas para regular el arbitraje y el respeto a derechos esenciales de las partes que no son renunciables son para el tribunal arbitral como constructor del proceso, la plomada de la cual no debe apartarse, so pena de que el procedimiento quede viciado y se corra el riesgo de ser anulado mediante la resolución judicial.

Lo que está vedado, en cualquier caso, al órgano jurisdiccional estatal es revisar la legalidad de la decisión arbitral en sí misma, de manera que no puede sustituir su criterio al del tribunal arbitral en cuanto a valoración de pruebas o indebida aplicación de normas sustantivas.

Es más acorde a la función materialmente jurisdiccional del tribunal arbitral considerar que tiene la obligación de atender a la litis planteada por las partes en sus memoriales de demanda y contestación, así como en su caso, en el acta de misión, porque la congruencia y la exhaustividad con las pretensiones y defensas o excepciones principales, son propias de una resolución que decide una controversia, aunque no exista una forma rígida para hacerlo.

También coincidimos más con quien considera que el tribunal arbitral sin necesidad de argumentación expresa debe regir su actuación sobre el criterio de la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación o por lo menos debe decidir porque no la aplica, cuando se refiera a una pretensión sobre afectación grave a derechos humanos -como el caso de la usura o el derecho de acceso a la justicia por alguna norma arbitral declarada inconstitucional- ; aunque, por referirse al fondo de la legalidad de la decisión arbitral no podría viciar el laudo.

1. Naturaleza del arbitraje y del laudo arbitral

El arbitraje y la autonomía de la voluntad como fuente de las facultades y límites del árbitro son cuestiones tratadas en la tesis I.3o.C.934 C, de rubro: “ARBITRAJE. ES UNA INSTITUCIÓN CONVENCIONAL PARA RESOLVER LITIGIOS MEDIANTE UN LAUDO”, así como la tesis I.3o.C.935 C, de rubro: “ARBITRAJE. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD ES FUENTE DE LAS FACULTADES Y LÍMITES DEL ÁRBITRO (INTERPRETACIÓN DE LOS ARTÍCULOS II. 1 DE LA CONVENCIÓN SOBRE EL RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS ARBITRALES EXTRANJERAS Y 1 DE LA CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL)”.

En las tesis referidas, se definió al arbitraje como una “...institución que nace del pacto expreso de dos o más partes para resolver las controversias que surjan o hayan surgido, mediante un procedimiento legal o específico que debe respetar las formalidades esenciales del procedimiento, atribuyendo a un tercero la facultad de resolver el litigio existente mediante un laudo, que tendrá fuerza vinculatoria para ambas partes, como si hubiera resuelto un Juez del Estado, por la voluntad de las partes el tercero se convierte en Juez de esa controversia específica, cuya facultad queda limitada a resolver sobre lo que se le encomienda y que no está reservado al Juez estatal. El árbitro realiza una actividad materialmente jurisdiccional, pero carece de imperium para ejecutar, por lo que debe ser auxiliado por el órgano estatal...”.

Por otro lado, el laudo es un acto jurídico que debe constar por escrito y firmado por el árbitro o árbitros que lo emitieron, de conformidad con lo establecido en el artículo 1448 del Código de Comercio.

El tribunal arbitral es un tercero en el que las partes intervinieron en su integración o designación. La fuerza vinculante de las órdenes y actuaciones del procedimiento arbitral, así como del laudo mismo, dimana del acuerdo arbitral; mientras que el laudo crea, modifica, extingue, declara o establece determinadas obligaciones en favor de alguna de las partes, al resolver la controversia sometida a la potestad del tribunal arbitral.

El laudo no es un acto de autoridad porque la naturaleza del procedimiento es contractual, aunque en esencia, material y jurídicamente es jurisdiccional porque está resolviendo una controversia y determinando el derecho aplicable, con valoración de pruebas y ponderando alegatos.

Tan es materialmente jurisdiccional que su decisión vincula a las partes con la calidad de cosa juzgada sobre la base de que las partes libremente y con capacidad jurídica convinieron en otorgar facultades y aceptar que fuese el tribunal arbitral el que resolviera su controversia, con exclusión de un juez estatal.

Entonces, la fuerza vinculante del laudo encuentra su origen en la autonomía de la voluntad y libertad contractual sobre derechos o materias disponibles, como una extensión del derecho a renunciar o transigir sobre derechos que no sean de orden público y que no afecten derechos de terceros.



Por tanto, un laudo se considera válido y ejecutable, salvo que se demuestre en el procedimiento respectivo que se infringieron los principios rectores del arbitraje o que el reconocimiento y ejecución del laudo es contrario al orden público o que su materia no es arbitrable.

El tribunal arbitral es un órgano integrado por particulares que ejerce potestad decisoria para un caso concreto, que emite el laudo vinculante con la calidad de cosa juzgada para las partes que se sometieron al arbitraje.

El procedimiento arbitral tiene su base-piedra angular- en el acuerdo arbitral que es producto de la autonomía de la voluntad, y corresponde a las partes diseñar libremente el procedimiento.

Conforme al artículo 1416, fracción I del Código de Comercio, el límite a la libertad contractual al pactar el arbitraje y las normas arbitrales es que las partes puedan hacer valer sus derechos y se les dé un trato igual -principios de igualdad procesal y de plena posibilidad de hacer valer sus derechos (artículo 1434 del Código de Comercio).

2. Autenticidad del laudo como elemento para la procedencia de la ejecución (artículo 1461 del Código de Comercio)

El laudo que tiene origen diverso al de una sentencia, no es acto de autoridad ni constituye un documento público y tiene naturaleza privada, que consta en un documento privado puesto que en su emisión no intervienen personas con fe pública; puesto que la característica esencial es precisamente la ausencia de una autoridad estatal o fedatario público en el momento de su otorgamiento.

La autenticidad del laudo como documento privado proviene únicamente de que se presume la autoría del tribunal arbitral por el solo hecho de constar sus firmas y nombres, puesto que se presume autor de un documento el que lo suscribe, según lo dispone el artículo 204 del Código Federal de Procedimientos Civiles.

Esa naturaleza de documento privado y acto jurídico materialmente jurisdiccional, pero distinto a una sentencia, se tuvo en cuenta por el 15°. Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito al resolver el amparo directo D.C. 670/2019, el 19 de septiembre de 2019, para interpretar el requisito de “laudo debidamente autenticado” que regula el artículo 1461 del Código de Comercio; por lo que es un precedente que contribuye a dar certeza jurídica y eficacia al arbitraje y permitir que se cumpla la voluntad de las partes que se sometieron al arbitraje y evitar que una de ellas logre burlar un laudo que no es contrario al orden público ni tiene por objeto derechos o materia que no sea disponible.

En esa ejecutoria también se hizo referencia a que tribunales de Alemania y Canadá resolvieron en un sentido parecido, citando las sentencias respectivas dictadas en los casos “Trans-Pacific Shipping Co., v Atlantic & Orient Shipping Corporations (BVI, Federal Court, Canadá, 27 April 2005, XXXI Y.B. COM.ARB. 601 (2006), y “Bundesgerichtshof (BHG), Germany, 22 February 2001, III ZB 71/99; Oberlandesgericht (OLG) Rostock, Germany, 28 October 1999”, ambas sentencias citadas en Gaillard, Emmanuel y George A. Bermann (eds.), Guide on the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, New York, 1958, Boston, Brill Nijhoff ed., 2017, pp. 120 y 122.

3. Igualdad de trato y plena oportunidad de hacer valer sus derechos (artículo 1434 del Código de Comercio)

El tribunal arbitral debe construir el proceso arbitral sobre un principio básico indispensable consistente en garantizar y permitir-razonablemente- que las partes tengan la plena oportunidad de hacer valer sus derechos, con igualdad de trato, o sea, igualdad procesal recíproca; es la plomada de la cual no debe apartarse como constructor del proceso arbitral.

Estos principios no autorizan a que el juez estatal en cualquier instancia pueda analizar violaciones a normas de valoración de pruebas y a la legalidad de la decisión arbitral en cuanto al fondo.

Uno de los límites necesarios para hacer eficaz y eficiente la justicia arbitral y respetar el derecho a que se resuelva una controversia mediante arbitraje consiste en que el juez estatal no tenga facultad expresa ni implícita para determinar si el fondo del laudo es acorde o no a determinada valoración de pruebas o debida interpretación de normas sustantivas o de la interpretación de la relación contractual sobre sus derechos y obligaciones.

Una de las causas de nulidad del laudo arbitral que corresponde analizar en una intervención judicial forzosa como consecuencia de que se pida el reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral y se oponga la excepción o defensa de nulidad o que se reclame su nulidad vía acción, consiste en que exista violación a los derechos de igualdad de trato y de defensa mediante la plena oportunidad de hacer valer los derechos de las partes en la sustanciación del procedimiento de arbitraje comercial. Esta causa de nulidad está regulada en los artículos 1457, fracción I, inciso B, parte final, en relación con el artículo 1434, ambos del Código de Comercio.

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la tesis 1a. XXXII/2022 (10a.), de rubro: “NULIDAD DE LAUDO ARBITRAL. LA CAUSA PREVISTA EN EL ARTÍCULO 1457, FRACCIÓN I, INCISO B), PARTE FINAL, EN RELACIÓN CON EL DIVERSO 1434, AMBOS DEL CÓDIGO DE COMERCIO, SE REFIERE A LA IGUALDAD DE TRATO Y LA PLENA OPORTUNIDAD DE HACER VALER LOS DERECHOS DE LAS PARTES DURANTE LA SUSTANCIACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE ARBITRAJE” definió que en materia de arbitraje comercial el debido proceso y la legalidad del procedimiento, incluida su decisión final (laudo), no están directamente regidas por las garantías de los artículos 14 y 16 constitucionales, que (porque estas) regulan los actos de autoridades, por lo que no le son aplicables idénticas exigencias.

El tema real objetivo, es que, ante la naturaleza jurisdiccional material del laudo, y que vincula a las partes y constituye un acto de privación, necesariamente debe existir audiencia de parte, y, por ende, respeto a la esencia de las formalidades del procedimiento.

Esto es, el laudo debe fincarse en la previa oportunidad de conocer al tribunal arbitral, la demanda y prestaciones que se le reclaman, tener un plazo para contestar, oponer excepciones y defensas, ofrecer pruebas y que se desahoguen; puesto que de otro modo el laudo como acto jurídico estará viciado porque no basta la voluntad de someterse a un tribunal arbitral sino que la persona que resulte condenada debe ser oída y vencida, aunque las reglas del procedimiento no sean las de un cuerpo legal expedido por el Estado.

De manera que, si bien el laudo no es acto de autoridad, sí se rige por la garantía de audiencia previa, como principio y valor constitucional de orden público que no puede ser desconocido por el árbitro ni el juez estatal, con las limitantes propias de la naturaleza del acuerdo y procedimiento arbitral.



En su caso, la única diferencia entre la tutela de la garantía de audiencia frente a un acto de privación por sentencia de un juez estatal y la tutela frente a un laudo de tribunal arbitral, es que en este supuesto como el laudo no es acto de autoridad, la infracción a la garantía de audiencia previa no se puede reclamar de manera directa e inmediata a través del juicio de amparo directo o indirecto, sino únicamente por medio de la vía especial de acción de nulidad del laudo arbitral o como excepciones y defensas contra la pretensión de reconocimiento y ejecución de laudo.

La base del sustento de la necesidad de ser oído y vencido previa intervención en el procedimiento arbitral es que las partes deben tener igualdad de trato procesal y la oportunidad plena de presentar su caso, y hacer valer sus derechos, como deriva del texto de las normas citadas (artículos 1457, fracción I, inciso B, parte final, en relación con el artículo 1434, del Código de Comercio) y que regulan los principios básicos que deben ser tutelados en la instancia jurisdiccional estatal, y de haberse infringido motivarán la nulidad del laudo.

Finalmente, de manera indirecta, la debida tutela de esos principios que atañen a la garantía de audiencia previa se analizará en el juicio de amparo que proceda contra la resolución que decida sobre la acción de nulidad del laudo, sin que ello implique analizar el fondo del laudo arbitral.

El criterio de la Primera Sala de la SCJN al resolver el amparo directo en revisión 7790/2019, del 5 de agosto de 2020, que derivó en la tesis 1a. XXXII/2022 (10a.), de rubro: “NULIDAD DE LAUDO ARBITRAL. LA CAUSA PREVISTA EN EL ARTÍCULO 1457, FRACCIÓN I, INCISO B), PARTE FINAL, EN RELACIÓN CON EL DIVERSO 1434, AMBOS DEL CÓDIGO DE COMERCIO, SE REFIERE A LA IGUALDAD DE TRATO Y LA PLENA OPORTUNIDAD DE HACER VALER LOS DERECHOS DE LAS PARTES DURANTE LA SUSTANCIACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE ARBITRAJE”, reconoce que en el arbitraje es posible “...una aplicación por analogía del parámetro constitucional del debido proceso y el derecho de audiencia ...siempre y cuando la interpretación de las reglas y los principios arbitrales admitan claramente la compatibilidad o se hicieran las modulaciones apropiadas y necesarias para respetar la naturaleza, fines y particularidades esenciales del arbitraje, considerando que éste, por su índole voluntaria y privada, ha de apegarse al acuerdo arbitral y demás normatividad que lo rija, sobre la premisa básica de la voluntad de las partes como principio total que les da la libertad de diseñar en consenso el propio procedimiento o de sujetarse a uno establecido en reglamentos de carácter privado...”

De modo que los principios de igualdad procesal implican que las partes tengan las mismas oportunidades para hacer valer todos los actos inherentes a su defensa, por lo que reúne la connotación de garantía procedimental.

En ese sentido, la tesis del Alto Tribunal reconoce que esos principios “...permiten analizar violaciones de procedimiento que hubieren impedido el pleno ejercicio de esos derechos, o incluso violaciones cometidas en el laudo, pero directamente vinculadas con la oportunidad de defensa en la sustanciación de las actuaciones arbitrales previas.”

En cambio, quedan excluidas de análisis y causa de nulidad, aquellas apreciaciones sobre omisión de valoración de pruebas, su debida apreciación u omisión de dar respuesta a algún argumento, porque atañen al ejercicio inherente a la función arbitral en la decisión de fondo.

Además, la falta de regulación de una hipótesis de nulidad por cuestiones de fondo del laudo no provoca la inconstitucionalidad de los artículos 1457, fracción I, inciso B, parte final, y 1434 del Código de Comercio.

Así lo determinó la tesis 1a. XXX/2022 (10a.), de rubro: “LAUDO ARBITRAL. LOS ARTÍCULOS 1457, FRACCIÓN I, INCISO B), PARTE FINAL, Y 1434, AMBOS DEL CÓDIGO DE COMERCIO QUE REGULAN LA CAUSA DE NULIDAD POR VIOLACIÓN A LA IGUALDAD DE TRATO Y LA PLENA OPORTUNIDAD DE HACER VALER LOS DERECHOS EN EL PROCEDIMIENTO ARBITRAL, NO SON INCONSTITUCIONALES POR NO PERMITIR UN CONTROL JUDICIAL DEL FONDO DEL LAUDO BAJO SUS HIPÓTESIS NORMATIVAS.”

Por consecuencia, como no existe otra norma legal que pueda ser interpretada en el sentido de que procede la nulidad por cuestiones de fondo, queda excluida la posibilidad de que un laudo sea declarado nulo por aspectos que atañen al fondo de la decisión arbitral.

4. Procedencia del juicio de amparo indirecto contra la sentencia que resuelve el juicio especial de nulidad, reconocimiento o ejecución de un laudo arbitral

La interpretación de los artículos 1470 y 1471, del Código de Comercio, reformados mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de 27 de enero de 2011, establecida en la jurisprudencia 1ª./87/2019 (10ª.), de rubro: “LAUDO ARBITRAL. EN CONTRA DE LA SENTENCIA EMITIDA EN EL JUICIO ESPECIAL EN QUE SE DILUCIDE SU NULIDAD, O BIEN, SU RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN, PROCEDE EL JUICIO DE AMPARO INDIRECTO” es en el sentido de que el juicio especial que procede para solicitar la nulidad de un laudo arbitral, así como su reconocimiento y ejecución, no nace del ejercicio de una acción civil (personal, real o del estado civil), motivo por el cual, aun cuando culmine con una resolución en contra de la que no procede recurso, ésta no podrá reputarse como sentencia definitiva para los efectos del juicio de amparo directo, en términos del artículo 170 de la Ley de Amparo.

Esa jurisprudencia también considera que el laudo arbitral “...constituye la culminación de un procedimiento seguido en forma de juicio, que vincula a las partes contendientes, quienes se sometieron a la decisión de un tercero en ejercicio de la autonomía de su voluntad, y en el juicio especial de referencia, sólo se dilucida lo atinente a la nulidad del laudo arbitral, o bien, su reconocimiento y ejecución; entonces, la sentencia en el juicio especial, cuya procedencia se limita a cuestiones adjetivas y no sustantivas, que se encuentran en forma limitativa, y que no tienden a la resolución del fondo de la controversia suscitada por las partes...” y determina que en su contra procede el juicio de amparo indirecto, de acuerdo con la fracción IV del artículo 107 de la Ley de Amparo, “...ya que esencialmente se trata de una resolución proveniente de un tribunal materialmente jurisdiccional, dictada en un procedimiento especial seguido después de que concluyó la controversia principal, en el caso, el procedimiento arbitral que resolvió las pretensiones de los interesados.”

Cabe destacar que fue ponente el Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo, y el asunto se resolvió por mayoría de tres votos, contra el de los señores Ministros Luis María Aguilar Morales y Juan Luis González Acántara.

Ese criterio jurisprudencial crea dos instancias más para lograr dilucidar la nulidad o la ejecución de un laudo arbitral porque la sentencia que dicte el juzgado de Distrito será impugnabile a través del recurso de revisión, lo que no abona en la celeridad de la seguridad jurídica y una pronta administración de justicia.

Además, coincidimos con el criterio que no prevaleció consistente en que la sentencia dictada en el juicio especial, proviene precisamente de un “juicio” que resulta de una acción especial de nulidad o de reconocimiento y ejecución de laudo en la que lo que se resuelve es que se hayan respetado el



principio de igualdad procesal y la plena oportunidad de plantear los derechos ante el tribunal arbitral o que sí hubo capacidad jurídica para acordar la cláusula arbitral o que la materia sí es arbitrable y no se vulnera el orden público, lo cual no es una mera extensión del procedimiento arbitral.

Asimismo, el criterio de la mayoría de los tres ministros consideró que la sentencia del juicio especial no dimana de una acción civil (personal, real o del estado civil), pero deja de atender que la acción es definida desde la teoría general del proceso y desde el punto de vista constitucional como el derecho subjetivo público de instar al tribunal y la obligación de resolver en uno u otro sentido pero resolver, y por otro lado, el instar a un órgano jurisdiccional que ejecute un laudo o declare su nulidad, no es una acción civil sino una acción de naturaleza mercantil, de carácter personal que está regulada expresamente, precisamente en el capítulo especial del Código de Comercio, que comprende los artículos 1470 y 1471.

Será posible que en algún asunto alguna de las partes solicite a la actual Suprema Corte de Justicia de la Nación que analice el tema y pueda revertir ese criterio en análisis.

Existe un principio de autocontención que atañe a toda autoridad, porque aun cuando la decisión sea revisable, existe un límite necesario que produce firmeza en la interpretación y aplicación de las normas. Tratándose del arbitraje, la autocontención es necesaria para que el arbitraje cumpla debidamente su papel elegido por las partes.

Sobre la autorestricción o autocontención, se pronunció la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la tesis 1a. XXXVII/2017 (10a.), de rubro: “LAUDOS ARBITRALES. ESTÁNDAR DE REVISIÓN JUDICIAL PARA DETERMINAR LA VALIDEZ DE LA DECISIÓN DE UN TRIBUNAL ARBITRAL SOBRE SU PROPIA COMPETENCIA”, en el sentido de que “...no deben someter a escrutinio las operaciones interpretativas de los árbitros con el mismo alcance con el que se revisa a una instancia judicial inferior, por lo que deben evaluar la regularidad de los laudos arbitrales con base en un estándar de dos pasos. En primer lugar, la autoridad judicial debe acudir al texto del acuerdo arbitral o cláusula compromisoria y determinar si los términos empleados por las partes son claros y precisos, en cuyo caso el juez debe aplicarla (en su literalidad). De no ser clara la estipulación contractual, los jueces deben acudir al segundo paso, es decir, cuando se constate que el lenguaje del acuerdo arbitral sea ambiguo, deficientemente precisado por las partes, o vago, pues en ese caso debe anteponerse el poder de los árbitros de determinar su sentido. Aquí los juzgadores no deben imponer la interpretación que mejor les parezca, sino verificar si la del tribunal arbitral es razonable y, sólo declarar su invalidez si la decisión arbitral es caprichosa o arbitraria, siendo suficiente constatar la utilización de un método interpretativo razonable”.

Ese criterio se sustentó al resolver el amparo directo 71/2014, en ejecutoria de 18 de mayo de 2016, que se resolvió por mayoría de tres votos, uno de ellos concurrente.

5. El orden público

El artículo 1457, fracción II, del Código de Comercio establece como supuesto de nulidad de un laudo arbitral cuando el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje o que sea contrario al orden público.

En la tesis 1a. XXXVIII/2017 (10a.), de rubro: “JUSTICIABILIDAD DE LOS LAUDOS ARBITRALES CUANDO UN SUJETO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA PARAESTATAL AFIRMA QUE SE VIOLA EL ORDEN PÚBLICO (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 1457, FRACCIÓN II, DEL CÓDIGO DE COMERCIO)” la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación estableció que la violación al orden

público se actualiza cuando del laudo “...se advierta que se atenta directamente contra los principios e instituciones jurídicas fundamentales.”; y distinguió que si la decisión arbitral es contraria al diseño original de la política pública, no necesariamente actualiza la referida causal, “...ya que debe recordarse que al tratarse de un contrato público, el Estado cuenta con un régimen exorbitante de derecho público que permite la modificación o extinción del contrato a condición de cumplir los principios del artículo 134 constitucional.”

La justificación de que el contrato administrativo se rige por un régimen especial y que puede modificarse o extinguirse, no es un argumento directo para determinar que la política pública no atañe al orden público, tanto porque precisamente las partes se sometieron al arbitraje y podría estar excluida la posibilidad de modificarlo o extinguirlo por una vía administrativa o el procedimiento de rescisión que generalmente contienen los contratos que celebra la administración pública, como porque la política pública sí podría estar comprendida en una cuestión de orden público en la medida en que tienda a hacer efectivo algún principio o institución jurídica fundamental.

Por esa razón debe permanecer el criterio de que el orden público es un concepto indeterminado y que en cada caso concreto corresponde al órgano jurisdiccional del estado, en sede constitucional determinar si se está en un caso de esa naturaleza, cuando lastime, sin mayor reflexión a una norma prohibitiva que limite la voluntad de las partes, se vulnere un derecho humano no disponible o se atente contra un principio o valor constitucional, sin que pueda quedar sujeto a un arbitrio subjetivo, sino que tiene que haber datos objetivos, apreciables sin necesidad de una profunda reflexión.

Sobre el tema del orden público como límite a la autonomía de la voluntad y su naturaleza autónoma, así como su contenido indeterminado que debe ser colmado en cada caso concreto, (“no se decir cómo y qué es, pero cuando lo vea lo reconoceré”) cabe destacar el contenido de la tesis I.3o.C.952 C, de rubro: “ORDEN PÚBLICO. SU CONTRARIEDAD ES CAUSA DE NULIDAD DEL LAUDO ARBITRAL. INTERPRETACIÓN HISTÓRICO-DOCTRINAL”; la tesis I.3o.C.953 C, de rubro: “ORDEN PÚBLICO. PRINCIPIO PROARBITRAJE Y RECONOCIMIENTO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD PARA PONDERAR LA NULIDAD DEL LAUDO ARBITRAL (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO V, PUNTO 2, INCISO B), DE LA CONVENCIÓN SOBRE EL RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE SENTENCIAS ARBITRALES EXTRANJERAS”); la tesis I.3o.C.954 C, de rubro: “ORDEN PÚBLICO. ES UNA CAUSA AUTÓNOMA DE NULIDAD DEL LAUDO ARBITRAL”.

6. Derechos o materia no disponible

En la tesis I.3o.C.947 C, de rubro: “MATERIA DE ARBITRAJE. ES FIJADA POR LIBRE VOLUNTAD DE LAS PARTES CUANDO NO ES CONTRARIA A LA LEY” el tribunal colegiado estableció que se reconoce “...a los particulares la libertad de contratar como facultad que tienen para decidir si se vinculan o no con otras personas en una relación jurídica y la libertad contractual, con arreglo a la cual pueden trazar el alcance y contenido del negocio jurídico que se crea, de modo que regula no solo el nacimiento de la relación jurídica sino los efectos de la misma...”.

En esa tesis el tribunal también estableció que “...atendiendo a la naturaleza de la cláusula arbitral o convenio independiente, ésta conserva su eficacia aunque uno de los sujetos que intervino en ella ya no la quiera o acepte, pues una vez que ha nacido adquiere una existencia propia y separada de los sujetos ...el bien jurídico que se tutela atañe a que el arbitraje. sólo puede versar sobre materias disponibles con arreglo a derecho...”.



En ese contexto, debe atenderse a la naturaleza de los derechos y materia del acuerdo arbitral para determinar si contravienen o no una norma prohibitiva que limite la libertad contractual y que los derechos puedan clasificarse como mercantiles y en general arbitrables.

7. La autoridad judicial solamente puede intervenir en aquellos supuestos expresamente previstos en la ley (artículo 1421 del Código de Comercio)

El artículo 1421 del Código de Comercio establece expresamente que “Salvo disposición en contrario, en los asuntos que se rijan por el presente Título, no se requerirá intervención judicial”.

Conforme al sentido literal de esa norma y en sentido contrario, la autoridad judicial solamente puede intervenir en los casos en que expresamente establece la ley; de donde deriva el principio de mínima intervención judicial.

Los supuestos en que la ley (Código de Comercio) obliga al juez estatal a intervenir en auxilio del tribunal arbitral tienen como denominador común que una de las partes ejerce derechos procesales vinculadas con un acuerdo arbitral cuyas consecuencias jurídicas tienen una ejecución material y jurídica que excede de las facultades de un tribunal arbitral, porque solamente una autoridad puede emitir resoluciones que vinculan obligatoriamente a las partes y se ejecutan forzosamente, incluso contra su voluntad.

Los supuestos son esencialmente los siguientes:

1. Medidas precautorias antes o después de iniciado el procedimiento arbitral (artículos 1425, 1470, 1478 y 1479, del Código de Comercio).
2. Integración del tribunal arbitral y recusación de árbitros (artículos 1427, 1429, 1430, 1431, 1467, 1468 y 1470, del Código de Comercio).
3. Honorarios del árbitro (artículos 1454 y 1456 del Código de Comercio).
4. Desahogo de pruebas (artículos 1444 y 1469, del Código de Comercio).
5. En vía de acción limitativamente declarar la nulidad del laudo arbitral o negar el reconocimiento y ejecución del laudo arbitral o ejecutar el laudo (artículos 1457 y 1461 del Código de Comercio).

La intervención judicial se tramitará vía jurisdicción voluntaria atendiendo al Código Federal de Procedimientos Civiles y Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares (artículo 1466 del Código de Comercio) o conforme al juicio especial sobre transacciones comerciales y arbitraje (artículos 1470 y 1472 a 1476 del Código de Comercio).

Conclusión

Los diversos criterios del Poder Judicial de la Federación como órganos de última instancia en el juicio de amparo tienden a garantizar que la intervención judicial en el arbitraje solamente se produzca en los supuestos expresamente previstos en las normas, y en cuanto a la validez y ejecución de los laudos o su nulidad, siguen la tendencia de evitar sustituirse al arbitrio del tribunal arbitral. Lo que permite que el arbitraje en México florezca sobre un medio judicial que entiende y es sensible a las necesidades del arbitraje, a la vez que evita el abuso de la instancia judicial como instrumento que entorpezca el procedimiento arbitral y la ejecución de los laudos.

México tiene una tradición arbitral que en los últimos años ha atraído el interés de los jóvenes abogados y estudiantes de derecho, y diversas causas han contribuido a que la abogacía en general encuentre en el arbitraje una vía importante y eficaz para resolver las controversias con la seguridad de que el acuerdo arbitraje es eficaz y eficiente.

Tenemos generaciones de árbitros mexicanos que eslabonan su experiencia y permiten ofrecer personas capacitadas y con vocación para ejercer la función arbitral, y a la vez abogados que disfrutan el arbitraje como una experiencia que impone retos a una forma sutil de llevar el procedimiento. Seguro es que cada tribunal imponga sus matices, con formas y estilos propios que deben respetar la esencia de las reglas arbitrales que surgen de la voluntad de las partes. Al fin y al cabo, es un procedimiento en el que todo confluye como un mismo río con reglas propias que desemboca en el mar de la justicia, y las partes y el tribunal arbitral esperan que el juez del Estado en todas las instancias respete la voluntad de las partes que acordaron resolver sus controversias mediante el arbitraje.

El interés en el arbitraje en el medio académico de las universidades públicas y privadas, así como los asuntos relevantes que se resuelven por los tribunales arbitrales, genera una tendencia cada vez mayor a incursionar en el arbitraje; lo que asegura que México consolidará su lugar en el mundo jurídico del arbitraje, y que puede ser reconocido como un país que da certeza y seguridad jurídica como sede, con una tendencia jurisprudencial a permitir la realización de los fines del arbitraje.



Facultades del Tribunal Arbitral para aplicar Derechos Humanos a la luz del Derecho Pactado

Ricardo A. Silva Díaz
Socio
Oropeza Abogados

I. Introducción

La facultad de los tribunales arbitrales está acotada a lo pactado en la cláusula arbitral, lo que implica que el análisis y la resolución de la controversia deben realizarse conforme al derecho pactado y, por ello, es posible utilizar todas y cada una de las fuentes del ordenamiento, desde la Constitución hasta la jurisprudencia. En ese sentido, una controversia arbitral debe resolverse conforme a las herramientas interpretativas y de aplicación que fija el ordenamiento pactado.

En México, desde la reforma constitucional del 10 de junio de 2011, se impusieron a todas las autoridades obligaciones de promoción, respeto, protección y garantía de derechos humanos, por lo que, habiendo pactado como derecho aplicable el mexicano: ¿hasta dónde son aplicables esas obligaciones

para el tribunal arbitral? ¿una controversia comercial debe resolverse bajo una perspectiva constitucional? ¿es viable resolver con las herramientas de aplicación e interpretación aplicables a los derechos humanos?

Para resolver esas interrogantes, es importante recordar que conforme a la doctrina mexicana, el estudio y análisis de los derechos humanos obliga a romper algunos de los métodos tradicionales de solución de controversias, dado que los bienes en juego no pueden depender de ataduras o formalismos, por lo que es posible realizar su estudio a partir de premisas que garanticen la efectividad del derecho y brincar cualquier tecnicismo que impida lograr esa efectividad, apostando a un análisis más axiológico-valorativo que formal.

En cambio, una controversia comercial parte de estándares distintos, la autonomía de la voluntad es determinante para resolver el conflicto, por lo que se trata de una perspectiva respecto de los alcances de lo pactado, sin tener facultades oficiosas para desviar la atención a factores o valores distintos, aún incluso en beneficio de la colectividad.

1

Así, el presente estudio aborda la problemática sobre la posición que debe tomar un tribunal arbitral que tiene como obligación aplicar derecho mexicano, partiendo de lo dispuesto en el artículo 1 constitucional. Por tanto, a lo largo del documento se identifican las distintas problemáticas que surgen de ese planteamiento central: ¿es posible que las partes invoquen violaciones a derechos humanos en la jurisdicción arbitral? ¿en qué casos se puede dar el análisis a derechos humanos dentro del arbitraje? ¿el tribunal arbitral puede analizar violaciones a derechos humanos conforme al derecho pactado? ¿debe cumplir con esas obligaciones de la misma forma que un tribunal estatal?

Para dar respuesta, el estudio analiza en un primer apartado las facultades de un tribunal estatal y uno arbitral al resolver controversias. Posteriormente, hace referencia a los casos en los que podría actualizarse un estudio de derechos humanos en controversias arbitrales.

En consecuencia, al concluir que es posible que se actualicen afectaciones a derechos humanos que puedan ventilarse en un arbitraje, se analizan los alcances de los tribunales estatales al resolver controversias desde una perspectiva de derechos humanos, las herramientas con las que cuentan y la obligación de ejercer un control de constitucionalidad. Una vez resuelto esto, el estudio aborda la problemática sobre los alcances de esas facultades, es decir, si la aplicación de esas normas y sus reglas de interpretación llegan al extremo de imponer una obligación de control al tribunal arbitral.

El estudio sostiene la premisa de que esas facultades de control no pueden imponerse al tribunal arbitral y en los siguientes apartados se compara esa idea con los distintos contraargumentos que sostienen que el arbitraje es un derecho humano, tales como la horizontalidad y el impacto del orden público en presencia de controversias que involucren restricciones a derechos humanos.

Finalmente, se proponen distintos parámetros que el tribunal arbitral debe de cumplir para respetar derechos humanos, desde una perspectiva distinta de su garantía, así como los alcances constitucionales de la autonomía de la voluntad como parámetro para resolver controversias arbitrales en las que se involucren derechos humanos.

II. Facultades de los tribunales (arbitral y estatal)

El arbitraje está creado como un mecanismo auxiliar de justicia para resolver controversias particulares, que dependen estrictamente de un acuerdo de voluntades plasmado en un contrato y, por ello, acotado a esos intereses. La finalidad del árbitro será resolver los planteamientos a partir de la valoración de los hechos en torno a los intereses de lo pactado y no tiene un compromiso con el funcionamiento del Estado o de verificación del bienestar general, sino los intereses entorno al contrato, como causa que le da origen, a partir de las desavenencias dentro de una relación contractual.

El artículo 17 constitucional establece que ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho. Esta prohibición genera como consecuencia la obligación del Estado de establecer tribunales ante quienes puedan resolverse cualquier tipo de controversias que

se presenten en la sociedad. En congruencia con esa obligación, el propio precepto reconoce la necesidad de regular mecanismos alternativos de solución de controversias, como lo es el arbitraje. El arbitraje es una institución con relevancia constitucional¹, con la que se pretende obtener una decisión a un conflicto con efectos de cosa juzgada. Al igual que un proceso jurisdiccional, el arbitraje debe sujetarse a reglas y procedimientos, por tanto, el árbitro debe observar y actuar conforme a ciertas formalidades procesales o principios rectores. En razón de ello, es un acuerdo de voluntades que se finca en la autonomía de la voluntad con sustento en la libertad contractual; nace del pacto expreso de dos o más partes para resolver las controversias que surjan, mediante un procedimiento específico que debe respetar las formalidades esenciales del procedimiento, atribuyendo en consecuencia a un tercero la facultad de resolver el conflicto existente mediante la emisión de un laudo, el cual, tendrá fuerza vinculatoria para las partes.²



Es importante resaltar que el derecho de la tutela y protección estatal es irrenunciable, por lo que siempre existirá la posibilidad de acudir a la jurisdicción del Estado y, por ello, el arbitraje tiene un carácter voluntario y no puede obligarse a las partes a concluirlo. En esas condiciones, el árbitro no es un funcionario del Estado, ni tiene jurisdicción propia o delegada; las facultades que usa se derivan de la voluntad de las partes. Así, el laudo arbitral que emita es vinculante para las partes, sin embargo, no es ejecutivo en sí mismo; por lo que se trata de un acto materialmente jurisdiccional, pero carece de imperium para ser ejecutado; por lo que requiere del reconocimiento y apoyo judicial de un juzgador del Estado para su ejecución coactiva, en caso de no ser cumplido voluntariamente por la parte que no prevalezca en el arbitraje.³

En ese sentido, el tercero facultado para la resolución del arbitraje realiza una actividad materialmente jurisdiccional, sin embargo, no es equiparable a una autoridad desde el punto de vista constitucional, lo anterior en atención a que las facultades otorgadas al árbitro encuentran su origen en un acto de particulares, de ahí que el actuar de éste en cuanto al fondo y sentido en la resolución de controversia no se encuentra sujeta a revisión constitucional.⁴

1 Registro Digital 2014010; Instancia: Primera Sala; Décima Época; Materia(s): Constitucional; Tesis: 1a. XXXVI/2017 (10a.); Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación Libro 40, Marzo de 2017, Tomo I, página 438; Tipo: Aislada; Rubro “ARBITRAJE. IMPLICACIONES NORMATIVAS DERIVADAS DE SU CONSTITUCIONALIZACIÓN A PARTIR DE LA REFORMA DE JUNIO DE 2008” (Anexo 1). 2 La fracción II del artículo 1416 del Código de Comercio define al arbitraje como cualquier procedimiento arbitral de carácter comercial, con independencia de que sea o no una institución arbitral permanente ante la que se lleve a cabo.

3 Registro Digital 2018229; Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito; Décima Época; Materia(s): Común; Tesis: I.12o.C.14 K (10a.); Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación Libro 59, Octubre de 2018, Tomo III, página 221; Tipo: Aislada; Rubro “ÁRBITROS Y SECRETARIA DE ACUERDOS DESIGNADOS EN EL PROCEDIMIENTO ARBITRAL. NO SON AUTORIDADES PARA EFECTOS DEL JUICIO DE AMPARO” (Anexo 2) 4 Registro Digital 186229; Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito; Novena Época; Materia(s): Civil; Tesis: XV.1o.50 C; Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo XVI, Agosto de 2002, página 1317; Tipo: Aislada; Rubro “LAUDO ARBITRAL. SU HOMOLOGACIÓN POR AUTORIDAD JUDICIAL ORDINARIA Y EL ANÁLISIS DE ÉSTA, EN AMPARO. NO PERMITE EL ESTUDIO DE SU SENTIDO EN CUANTO AL FONDO” (Anexo 3). Registro Digital 2014011; Instancia: Primera Sala;

A diferencia del arbitraje, los tribunales estatales tienen una competencia y pueden conocer de controversias a partir de las acciones configuradas en leyes de carácter general, por lo que comprende el conocimiento de una diversidad de problemas dependiendo de la configuración de la acción que realice el poder legislativo. Esta configuración en la ley les permite un mayor movimiento, porque la normatividad excluye los intereses particulares dado su carácter general, en cambio el arbitraje está acotado al pacto entre las partes y vinculado estrechamente a lo dispuesto en el contrato. Así, no puede aceptarse que el tribunal arbitral pueda tener un interés distinto a los intereses inmersos en el contrato que le da origen, no tiene la posibilidad de arrogarse una perspectiva de defensa de intereses generales y en beneficio de una comunidad, porque su función no es en beneficio de la sociedad, como los distintos órganos del Estado, sino de los alcances, subsistencia o eficacia del contrato.

En ese sentido, ambos tribunales tienen un origen y facultades distintos. El tribunal arbitral no tiene una amplia facultad de análisis en materia constitucional, para lo cual deben tomarse en cuenta las normas que le dan origen.

Debido a ello, para poder considerar válida la existencia de un control constitucional es necesario entender el origen de las competencias de ambos:

- Control constitucional y/o convencional: Facultad que otorga la Constitución a los órganos jurisdiccionales para corregir incumplimientos a normas constitucionales.
- Competencia del tribunal arbitral: La otorga la cláusula arbitral pactada por las partes en el contrato; en ella se determina la integración del tribunal y el derecho aplicable.

Bajo esas premisas, el origen de ambos tribunales resulta determinante para delimitar el alcance de su competencia. La facultad de los órganos jurisdiccionales para resolver violaciones a la Constitución o a tratados.

Décima Época; Materia(s): Civil; Tesis: 1a. XXXVIII/2017 (10a.); Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación Libro 40, Marzo de 2017, Tomo I, página 442; Tipo: Aislada; Rubro “JUSTICIABILIDAD DE LOS LAUDOS ARBITRALES CUANDO UN SUJETO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA PARAESTATAL AFIRMA QUE SE VIOLA EL ORDEN PÚBLICO (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 1457, FRACCIÓN II, DEL CÓDIGO DE COMERCIO)”

(Anexo 4). Registro Digital 2026120; Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito; Undécima Época; Materia(s): Constitucional, Civil; Tesis: I.3o.C.6 CS (11a.); Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 23, Marzo de 2023, Tomo IV, página 3918; Tipo: Aislada; Rubro “MEDIOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS. CONFORME AL ARTÍCULO 17 DE LA CONSTITUCIÓN GENERAL, DEBE PRIVILEGIARSE LA VOLUNTAD DE LAS PARTES DE ACUDIR A ELLOS, SIN QUE ESTO IMPLIQUE RENUNICIA A LA JURISDICCIÓN DEL ESTADO” (Anexo 5). Registro Digital 162221; Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito; Novena Época; Materia(s): Civil; Tesis: I.3o.C.934 C; Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXXIII, Mayo de 2011, página 1018; Tipo: Aislada; Rubro “ARBITRAJE. ES UNA INSTITUCIÓN CONVENCIONAL PARA RESOLVER LITIGIOS MEDIANTE UN LADO” (Anexo 6). Registro Digital 2017915; Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito; Décima Época; Materia(s): Civil; Tesis: I.14o.C.26 C (10a.); Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 58, Septiembre de 2018, Tomo III, página 2389; Tipo: Aislada; Rubro “LAUDO ARBITRAL. AUTENTIFICACIÓN A QUE SE REFIERE EL ARTÍCULO 1461 DEL CÓDIGO DE COMERCIO PARA SU EJECUCION” (Anexo 7). Registro Digital 361915; Instancia: Tercera Sala; Quinta Época; Materia(s): Civil; Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Tomo XXXVIII, página 801; Tipo: Aislada; Rubro “ARBITRAJE” (Anexo 8).

internacionales, que forman parte de un mismo parámetro, nace de ella misma, al ordenar a los tribunales, conforme a los artículos 1, 103 y 1045 constitucionales, a resolver controversias de esa naturaleza. En cambio, el origen del tribunal arbitral, sus alcances y el desahogo de su debido proceso se rigen por el pacto entre las partes y por reglas que no necesariamente provienen de un órgano legislativo, en los términos señalados por los artículos 1423, 1432 y 1445 del Código de Comercio.

III. Escenarios en el arbitraje para analizar derechos humanos.

Para identificar los distintos escenarios en los que resulta viable el estudio de derechos humanos, es necesario analizar los supuestos en los que pueden invocarse, las facultades del tribunal para analizarlos y el alcance de la validez del laudo que los analiza. En el primero de ellos, es posible advertir que el estudio de derechos humanos surge del planteamiento que realicen las partes, ya sea porque el contrato involucre derechos humanos (cláusulas de confidencialidad, voluntad anticipada,



trabajo digno, interés superior del menor, privacidad y datos personales) y se reclama algún incumplimiento, o porque, indirectamente, se alega una afectación a derechos humanos derivada del incumplimiento del contrato.

En el segundo, se puntualizan las facultades del tribunal arbitral para analizar derechos humanos provienen de una regulación expresa en la cláusula o de la aplicación de normas constitucionales del derecho pactado. Finalmente, el tercer apartado identifica otra forma de análisis de derechos humanos, que tiene que ver con la validez del laudo, identificando que la existencia de afectaciones a derechos humanos, por sí sola, no acarrea violaciones a orden público que puedan invalidarlo.

1. Supuestos: ¿En qué casos el tribunal arbitral puede realizar un estudio de derechos humanos?

a. **Cuestionamientos de las partes.** Los alcances fijados en la cláusula arbitral determinan la competencia del tribunal para analizar la controversia. A partir de esta norma fundante, las partes pueden plantear un arbitraje para resolver una controversia en la que pueda involucrarse una violación o transgresión a derechos humanos, estas pueden ser:

i. **Directas.** Puede haber controversias relativas a derechos humanos pactadas en la cláusula arbitral, porque el contrato implica el cumplimiento de los derechos humanos.

ii. **Indirectas o tangenciales.** El análisis de derechos humanos no está contemplado expresamente en la cláusula; los bienes o intereses involucrados en el contrato son particulares, pero la resolución de la controversia planteada por las partes implica el análisis indirecto de derechos humanos.

2. Facultades: ¿Cuál es el alcance del tribunal arbitral al analizar derechos humanos?

i. **Límites en la cláusula.** Estas facultades parten de lo previsto en la cláusula; por tanto, para tener un enfoque de derechos humanos, es necesario que se pacte.

ii. **Aplicación del derecho pactado.** La cláusula arbitral obliga a resolver conforme al derecho pactado (mexicano), por lo que las reglas de ese ordenamiento deben utilizarse para identificar violaciones a derechos humanos indirectas en el conflicto entre las partes; por tanto, el tribunal arbitral:

- Puede aplicar derechos humanos y sus principios para resguardar la validez de su laudo, pero no puede ejercer control privilegiando de manera subjetiva
- bienes colectivos.
- Sus facultades constitucionales son de respeto a los derechos humanos, pero no de inaplicar o invalidar leyes; la anulación e invalidez de actos es excepcional y debe privilegiar el acuerdo de voluntades, conforme a los principios de conservación de los contratos e inmutabilidad.
- El hecho de que ejerza facultades materialmente jurisdiccionales no es suficiente para justificar una facultad de control que está reservada a tribunales formales y materiales que cuentan con garantías especiales para realizarla.
- El reconocimiento de los medios alternativos de solución de controversias en el artículo 17 constitucional es una garantía de acceso a efectivo a la justicia, pero no otorga facultades de corrección de incumplimientos.

3. Revisión: ¿Cómo impacta el estudio de derechos humanos en la validez de un laudo?

a. El análisis de la jurisdicción estatal sobre lo resuelto por el tribunal arbitral puede determinar la violación a derechos humanos.

i. No toda afectación a derechos humanos transgrede orden público.

IV. Solución de controversias desde la perspectiva de derechos humanos (herramientas de aplicación e interpretación).

De conformidad con la reforma constitucional del 10 de junio de 2011, ingresaron al sistema mexicano distintas herramientas de solución de controversias constitucionales. El artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece distintos mecanismos para hacer eficaces los derechos humanos, desde su fuente normativa, las obligaciones para hacerlos eficaces, las herramientas para su interpretación y los diversos principios para su adecuada aplicación, como lo son el de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.

En relación a los alcances de los principios de aplicación, la Primera Sala de la Suprema Corte determinó que la garantía de los derechos humanos, implica que se haga de manera universal, es decir, a todas las personas por igual, con una visión interdependiente, que se refiere a que el ejercicio de un derecho humano implica necesariamente que se respeten y protejan múltiples derechos vinculados; los cuales no podrán dividirse, y todo habrá de ser de manera progresiva, prohibiendo cualquier retroceso en los medios establecidos para el ejercicio de los mismos.

Por su parte, el ejercicio de convencionalidad debe entenderse como la posibilidad de corregir incumplimientos de normas contenidas en tratados internacionales y para efectos del sistema mexicano (norma aplicable conforme a la cláusula arbitral) se subsume en el control de normas constitucionales, pues estas últimas y las convencionales forman parte de lo que la Suprema Corte 7 mexicana ha entendido como parámetro de regularidad constitucional⁷. En ese sentido, dentro del ordenamiento jurídico mexicano, no existe, en realidad, una diferencia entre el control de constitucionalidad y el de convencionalidad.

Por otro lado, el control de convencionalidad o constitucionalidad se entiende en el contexto de una democracia constitucional, conforme a la cual los jueces tienen la posibilidad de corregir el actuar de los demás poderes, con la finalidad de garantizar la supremacía constitucional y proteger los derechos de las personas. Esta perspectiva tiene como finalidad redireccionar la forma de gobernar y ejercer el poder para lograr el bien común partiendo del respeto a los derechos.

Es importante recordar que las normas convencionales y constitucionales que contienen derechos humanos son normas indeterminadas que prevén mandatos de optimización, esto es, tienen una construcción abierta que permite ejercicios de interpretación extensivos para darle mayor eficacia al derecho y a su contenido axiológico, es por ello que los tribunales constitucionales tienen una óptica con mayor énfasis a la dinámica entre los derechos y el funcionamiento del Estado, esto es, construyen los alcances de los derechos desde una perspectiva valorativa para garantizar diversas finalidades encaminadas al bien común.

El arbitraje, como se ha identificado con anterioridad, parte de premisas completamente distintas; tiene una finalidad contractual acotada, por lo que, aun cuando realice actuaciones materialmente jurisdiccionales, ello no puede llevar a concluir que ello lo faculta para realizar correcciones a incumplimientos constitucionales y/o convencionales, con una finalidad que vaya más allá del acuerdo de voluntades. En ese sentido, las facultades de anulación de cláusulas que tienen los tribunales arbitrales deben partir estrictamente de reglas ordinarias definidas, por lo que recurrir a normas constitucionales indefinidas para anular acuerdos de voluntad generaría un grado de incertidumbre entre las partes y desbordaría lo pactado en la jurisdicción arbitral. 8



De esa manera, los tribunales estatales tienen un reconocimiento constitucional para hacer eficaces los derechos y tener la fuerza de invalidar y anular actos o normas a partir de estándares constitucionales, pues incluso ello permite un juego de pesos y contrapesos en una dinámica constitucional con los distintos órganos de poder para construir de mejor forma los derechos, políticas públicas y bienestar común; en cambio, el tribunal arbitral tiene una labor jurisdiccional más acotada, con una visión particular e individual de la controversia, sin ejercicios de corrección que impacten en la comunidad.

V. Tribunal arbitral y control constitucional.

Los parámetros anteriores forman parte del ordenamiento jurídico mexicano, por lo que como se ha dicho, el tribunal arbitral debe resolver la controversia conforme a dichas normas; sin embargo, es importante distinguir que aun cuando debe aplicar el derecho pactado, ello no convierte al arbitraje comercial en un mecanismo para garantizar derechos.

En atención a ello, es necesario realizar un entendimiento armónico de las facultades del tribunal arbitral para resolver controversias que puedan involucrar derechos humanos, ya que si bien debe utilizar todas las herramientas del ordenamiento jurídico para orientar su decisión, ello no implica asimilarlo a un órgano jurisdiccional de corrección, sino en todo caso, esas herramientas servirán de justificación y serán útiles para evitar una transgresión, al resolver una controversia específica, que pueda impactar en una norma de orden público que genere una invalidez de su decisión.

Así, es posible afirmar que el tribunal arbitral no cuenta con control difuso de constitucionalidad y/o convencionalidad, pues esa figura debe estar reconocida en la Constitución, la cual generalmente se otorga a los tribunales estatales, entendiendo el rol que desempeñan en la configuración de una democracia constitucional. Esa limitante se debe a las facultades de análisis que tienen en la construcción de los derechos, a la prevalencia natural de los bienes contenidos en esas normas y a la incompatibilidad que ello generaría con el arbitraje comercial, acotado a resolver controversias patrimoniales.

La sola presencia de bienes constitucionales y una potencial afectación, no justifica que pueda el tribunal arbitral hacer prevalecer normas de derechos humanos sobre normas ordinarias, ni tampoco desconocer los alcances y naturaleza de esos mecanismos; la labor del tribunal se centra en resolver una controversia de carácter comercial conforme al derecho pactado, por lo que obliga a analizar todas y cada una de las normas involucradas, partiendo de sus estándares y cumpliendo con principios como la invisibilidad o interdependencia, que obliga a estudiar todos los derechos humanos o bienes constitucionales en juego de manera integral, sin menoscabar otros de la misma naturaleza.⁹

Estas premisas implican que el tribunal arbitral debe aproximarse de manera especial a los derechos humanos, pues en la cláusula arbitral se pacta el derecho que debe regir al arbitraje y eso obliga a considerar de manera integral tanto a normas ordinarias, como a las constitucionales, sin desnaturalizar su función y la finalidad para la que fue creado. En ese sentido, una forma de aproximarse a ese estudio puede ser la aplicación e interpretación de normas constitucionales con la finalidad de resguardar la validez de su decisión, como se ha dicho con antelación, desde una perspectiva de respeto, es decir, a partir de conductas de no hacer. El tribunal arbitral no puede arrogarse una facultad de control, que le permita actuar como juez Hércules¹⁰, en la corrección de incumplimiento a normas constitucionales, pues ello les corresponde a los órganos jurisdiccionales estatales.

Por esa razón, la aplicación de los derechos humanos en el arbitraje no se traduce en facultades de control, conforme a las cuales es posible hacer prevalecer normas constitucionales frente a otras de carácter inferior. En una controversia comercial, invocar la aplicación genérica de derechos humanos frente a los que surgen del contrato, tendría claramente como consecuencia la preferencia de los primeros sobre los últimos, lo cual desvirtuaría la naturaleza del arbitraje cuyo objeto es resolver el cumplimiento de los distintos acuerdos desde una perspectiva patrimonial.

No es obstáculo que los medios alternativos de solución de controversias estén contemplados en el artículo 17 constitucional, sin embargo, dicha hipótesis constitucional está dirigida a su reconocimiento como parte del derecho a una tutela judicial efectiva, por lo que no se trata de un reconocimiento orgánico de su funcionamiento dentro de la ingeniería constitucional, que les otorgue la misma amplitud de competencias para corregir violaciones constitucionales, como un contrapeso en defensa de minorías frente a decisiones parlamentarias, sino como un complemento para hacer efectivo el acceso a la justicia.

El artículo 17 constitucional ordena que las leyes deben prever mecanismos alternativos de solución de controversias, disposición con la que se pretende abrir un espacio, dentro del monopolio estatal de impartición de justicia, a medios en los que se puedan resolver conflictos sin acudir a la potestad estatal. En ese sentido, frente a la intervención exclusiva de los órganos estatales en la solución de conflictos, la norma constitucional reconoce la existencia de otros mecanismos fuera del Estado que, cumpliendo ciertas reglas, pueden ejercer funciones jurisdiccionales. De esa forma, el artículo 17 constitucional obliga a prever en las leyes mecanismos alternativos, como una forma de garantizar un mejor acceso para brindar respuestas a conflictos particulares, es decir, fortaleciendo uno de los derechos de las personas, pero ese reconocimiento no implica que pueda ser considerado un órgano dentro del sistema de pesos y contrapesos (división de poderes), que realice correcciones para el cumplimiento de la supremacía constitucional.

De esa forma, el reconocimiento de estos mecanismos no tiene por objeto directo crear procedimientos para proteger la Constitución y las normas de derechos humanos que ella contiene, sino de abrir espacios para garantizar el acceso a la justicia; por lo tanto, no es posible concluir que a partir de su reconocimiento constitucional y la orden al legislador ordinario de contemplarlos en las leyes procesales, pueda también tener por efecto otorgarles facultades para corregir transgresiones constitucionales y resguardar la supremacía constitucional. Esa labor de los órganos jurisdiccionales estatales debe entenderse desde la perspectiva de la división de poderes y del sistema de pesos y contrapesos en una democracia constitucional.

El tribunal arbitral no tiene una dinámica que incida directamente en el funcionamiento del Estado desde la perspectiva de una democracia constitucional¹¹; se trata de un mecanismo alternativo, como auxiliar para resolver conflictos entre personas, que deciden por acuerdo de voluntades, someterse a un mecanismo alterno. Es una herramienta que ayuda a la ciudadanía a encontrar soluciones sin depender estrictamente de los órganos estatales. Es entonces un mecanismo previsto para fortalecer el derecho de acceso a la justicia; por tanto, la norma constitucional no delimita ni reconoce las facultades a los tribunales arbitrales para determinar o delimitar su actuar, ni interviene de forma previa a su creación, por tanto, existe plena libertad para configurar su competencia de acuerdo a lo que decidan las partes; a diferencia de los órganos jurisdiccionales estatales que su actividad está regulada de forma previa y con una finalidad dentro del funcionamiento constitucional.





Esa intervención de los tribunales como mecanismo de control dentro de la dinámica constitucional, facultados para corregir incumplimientos de normas constitucionales, exige el cumplimiento de ciertos requisitos con la finalidad de brindarles legitimidad en su actuar. Precisamente, uno de los de mayor relevancia es su pertenencia al Estado y el otorgamiento de las facultades que pueden ejercer conforme al principio de legalidad. La doctrina sostiene que la legitimidad con la que actúan proviene, además de su reconocimiento en la propia Constitución, de la posición que guardan en cada una de las decisiones que toman.¹² La profesionalización de los jueces y su racionalidad jurídica forman parte de la justificación de su intervención como correctores de otros órganos del Estado.

En cambio, el tribunal arbitral no tiene esa dimensión, ni la Constitución se la pretende dar, por eso no es posible asumir que su simple reconocimiento en el artículo 17 es suficiente para considerarlo un órgano con competencia para realizar correcciones constitucionales y/o convencionales, pues sería desconocer todos y cada uno de los diversos artículos constitucionales que desarrollan los alcances de estos órganos, sus competencias, acciones y límites en su actuar.

Es importante puntualizar que, para efectos del ordenamiento jurídico mexicano, las facultades de los tribunales de control de normas constitucionales involucran tanto aquellas que provienen directamente de la Constitución como aquellas que provienen de tratados internacionales, por lo que el control que se ejerce respecto de ambas normas es un control de constitucionalidad; así, el control de convencionalidad queda subsumido en el de control de constitucionalidad.

Permitir que los tribunales puedan ejercer control de constitucionalidad justificaría indebidamente otorgarle una facultad de corrección propia de órganos jurisdiccionales dentro de una democracia constitucional, en cambio, una perspectiva no de corrección, sino de respeto, impondría identificar los derechos en juego y tratar de armonizar sus alcances al momento de decidir un conflicto, siempre tratando de garantizar los acuerdos de las partes. Esa perspectiva permite descartar de manera definitiva la posibilidad de un control de derechos humanos dentro del arbitraje¹³, pero sin desconocer los derechos en juego.

Un ejemplo claro de la aproximación a derechos humanos se da en el caso paradigmático *Biloune and Marine Drive Complex Ltd. v. Ghana*¹⁴, donde el tribunal reconoció la existencia de derechos humanos fundamentales en el derecho internacional, pero sostuvo que su competencia se limitaba a disputas contractuales derivadas del acuerdo de inversión. Así, aunque los hechos alegados podían ser relevantes para la disputa de inversión, el tribunal concluyó que carecía de jurisdicción para pronunciarse sobre una reclamación autónoma de violación de derechos humanos, salvo que el acuerdo arbitral o el tratado aplicable lo prevea expresamente. Solo podía considerar tales hechos en la medida en que fueran pertinentes para la disputa contractual o de inversión, pero no como causa de acción independiente.

Esta doctrina ha sido reiterada en otros laudos, como *Joy Mining v. Egypt* y *SGS v. Philippines*¹⁵, donde se enfatiza que la mera existencia de un incumplimiento contractual no basta para transformar la reclamación en una violación de derechos humanos o de tratado. La jurisdicción arbitral sobre derechos humanos solo existe si hay una violación específica del tratado o si el acuerdo arbitral lo permite expresamente.

VI. El arbitraje es una garantía constitucional

Una de las premisas que refuta la afirmación del alcance del arbitraje como mecanismo de control constitucional, sostiene que su reconocimiento en el artículo 17 constitucional le da el carácter de derecho humano; sin embargo, la lectura de ese precepto permite observar una orden para que el legislador reconozca la posibilidad de las personas de acudir al arbitraje, pero de ningún lado se desprende su reconocimiento como un derecho humano en sí mismo, porque incluso considerarlo así implicaría que el Estado deba garantizar todos los medios necesarios para que todas las personas accedan al mismo, lo que sería un contrasentido, pues el arbitraje parte de la mínima intervención y dependencia del Estado para su eficacia.

En ese contexto, el arbitraje no es un derecho humano, no es una garantía secundaria para garantizar derechos humanos (a menos que la cláusula arbitral justifique ese control), sino que, en todo caso, es una garantía para lograr una mayor eficiencia en el acceso a la justicia. No es una simple cuestión terminológica, los derechos humanos tienen una configuración normativa específica conforme a la cual existe un valor que proteger, por eso, el arbitraje es una herramienta (garantía) para hacer eficaz el derecho que tienen todas las personas a que sus controversias sean resueltas.

Por tanto, el arbitraje no tiene como objetivo garantizar y hacer efectivos derechos humanos, no puede tener un enfoque proteccionista de políticas públicas o de cuestiones ajenas a lo pactado. Afirmar lo contrario, es decir, considerar al arbitraje como un mecanismo de control, con la finalidad de hacer eficaces derechos humanos o bienes de la comunidad, alejaría al tribunal de su competencia.

Es por ello, que calificar al arbitraje como derecho humano, descontextualizaría su razón de ser al generar un parámetro que le otorgue fuerza sobre cuestiones que no son objeto de su decisión, bajo estándares que lo alejen de los intereses contractuales que le dan origen, esto es, calificar al arbitraje de manera genérica como derecho humano, pretende justificar el uso de herramientas constitucionales que impriman perspectivas axiológicas para justificar la eliminación de obligaciones, por estándares de mayor jerarquía que requieren protección, tratando de hacer nugatorios acuerdos contractuales.

En ese aspecto, es importante recordar que la perspectiva constitucional brinda una jerarquía mayor a los bienes constitucionales frente a los comerciales, por lo que pretender otorgarle al arbitraje el carácter de derecho humano y, con ello, permitir válidamente hacer a un lado bienes netamente patrimoniales; desvirtuaría la naturaleza del pacto arbitral que precisamente se centra en la solución de conflictos comerciales.

Por todo lo anterior, el hecho de que el arbitraje goce de un reconocimiento constitucional, ello no justifica que pueda variarse su naturaleza, en tanto que se trata de una herramienta más de eficacia de solución de controversias, sin una asignación directa como medio para resolver conflictos constitucionales, o como mecanismo que permita defender transgresiones a derechos humanos; sobre todo en el caso del arbitraje comercial, en donde los intereses patrimoniales en juego tienen una dimensión distinta a los derechos universales como los derechos humanos.



VII. Alcances de las facultades constitucionales en el arbitraje frente a la teoría de la horizontalidad.

Otro de los argumentos que sostienen la posibilidad de que un tribunal arbitral pueda ejercer un control de constitucionalidad, radica en el impacto de la teoría de horizontalidad de los derechos humanos, la cual obligaría a resolver con perspectiva de derechos humanos.

De conformidad con el constitucionalismo moderno, las normas constitucionales tienen la posibilidad de incidir en todos los ámbitos, tanto el público como el privado. Esta perspectiva implica que la validez de un contrato pueda ser vista no solo desde las reglas que establece la legislación ordinaria, sino también desde los principios constitucionales.

De esa forma, los órganos estatales como principales garantes de la Constitución tienen la obligación de analizar desde una perspectiva constitucional los contratos que sean sometidos a su jurisdicción, por esa razón es viable considerar, que la fuerza vinculante de los derechos humanos puede llegar a los acuerdos entre particulares y ello permite analizar cláusulas y acuerdos desde una perspectiva constitucional.

No obstante, esa incidencia de los derechos humanos en las relaciones entre particulares no implica que el tribunal arbitral esté obligado a controlar y garantizar derechos humanos en las controversias que resuelve.

Esta conclusión no debe confundirse con las facultades del tribunal para analizar un planteamiento que realicen las partes sobre la posible incidencia de derechos humanos de un contrato y sus efectos, pues el tribunal puede pronunciarse si la cláusula arbitral lo permite, desde una perspectiva de fortalecimiento de la decisión y en estricto cumplimiento al principio de conservación de los contratos.

En apartados anteriores se ha sostenido la diversa naturaleza que tienen los tribunales estatales y el tribunal arbitral, y como este tiene una competencia acotada a una controversia patrimonial que surge de un contexto contractual específico, por esas razones es viable sostener que tampoco la perspectiva de horizontalidad de los derechos humanos puede alcanzar al arbitraje de forma automática, en tanto que para justificar su aplicación tendría que ser compatible con sus finalidades.

Aun aceptando que un tribunal arbitral puede analizar la eficacia de derechos humanos en una relación contractual, pues el artículo 1 constitucional incluye a las autoridades que ejerzan facultades materialmente jurisdiccionales, ello no implica privilegiar unos derechos sobre otros, ni privilegiar intereses colectivos sobre los otros derechos e intereses contenidos en el contrato, a menos que incida en un espacio infranqueable de orden público.

Claramente la finalidad patrimonial y contractual del arbitraje puede resultar problemática y contradictoria con los fines de garantía colectiva que persigue el ejercicio de control constitucional de los derechos humanos. Desde luego, ello no implica que puedan desconocerse reglas derivadas de los principios contenidos en los derechos humanos, pero ello solo con la finalidad de no transgredir normas esenciales que puedan poner en riesgo la validez de su resolución por ir en contra del orden público. En esas condiciones, el tribunal arbitral debe cuidar el no transgredir derechos humanos con su decisión, pero ello no implica sobreponer normas constitucionales al acuerdo de voluntades. Conforme al derecho mexicano pactado en la cláusula, está obligado a resolver su controversia sin desconocer todas los principios y reglas contenidos en los ordenamientos, sin que ello implique introducir elementos que justifiquen dar preferencia a normas constitucionales sobre el cumplimiento de obligaciones.

VIII. El orden público como parámetro para resolver con perspectiva de derechos humanos

Los altos tribunales del país en distintos precedentes han definido al orden público como “un concepto indeterminado que actualiza en el caso concreto y de acuerdo al marco normativo, cuyo contenido solo puede ser delineado por circunstancias de modo, tiempo y lugar que prevalezcan en el momento en que se realice la valoración o estudio del mismo”¹⁶. Definición que puede criticarse en cuanto a la falta de delimitación del concepto, pero que puede justificarse por la necesidad de ser dinámica y no estática, al depender de cada uno de los contextos sociales en los que debe ser aplicada.¹⁷

El Estado y, por lo tanto, los jueces deben de procurar el interés público por encima de cualquier otra cosa,teniéndolo siempre como el fin de sus actuaciones, obligando al ciudadano a respetarlo y justificando al Estado a limitar y encaminar los intereses individuales para que se acoplen a las normas escritas y no escritas que mantienen la armonía entre personas y los valores de la misma sociedad.¹⁸

Para efectos del arbitraje, el orden público puede verse como un parámetro de validez del laudo, por lo que conviene analizar si la restricción a derechos humanos se convierte en un elemento que pudiera invalidar el laudo y que, por ello, lleve al tribunal a analizar siempre derechos humanos y evitar a toda costa cualquier restricción. En ese aspecto, es importante aclarar desde ahorita que en el estudio se habla de restricción desde una perspectiva amplia que puede abarcar términos como transgresión o afectación al derecho, es decir, cualquier limitación al derecho puede considerars una transgresión o violación al eludir su pleno cumplimiento.

En primer lugar, el orden público como concepto indeterminado debe verse con cautela frente a derechos humanos, pues se trata de un concepto que la autoridad ha invocado como forma de justificación indebida de derechos, esto es, tratándose de derechos humanos no es posible invocar razones de orden público para limitarlos¹⁹, pues el rango de estos derechos permite que solo sean restringidos por otros de la misma naturaleza. En ese sentido, pretender asimilar al orden público con los derechos humanos, podría ser una maniobra indebida para justificar la transgresión de derechos sin un verdadero ejercicio racional para determinar si es admisible la restricción. De manera específica, debe tomarse en cuenta que este tipo de conceptos deben ser acotados, pues una indebida ampliación de su espectro podría incidir de manera indebida en diversos derechos.

En segundo lugar, los derechos humanos contienen valores y principios que se materializan mediante distintas normas del ordenamiento jurídico. Esas normas pueden ser de diversos tipos e imponer obligaciones, reconocer derechos y establecer prohibiciones a los distintos destinatarios; por esa razón, los derechos humanos se han identificado como estructuras jurídicas complejas, en las que existe un enramado de derechos, obligaciones y prohibiciones para los titulares.

De esa forma, no es posible considerar que todas las normas contenidas en los derechos humanos sean normas indisponibles, sino que se requiere un ejercicio racional para determinar qué hipótesis jurídica debe considerarse indisponible en un momento histórico determinado, que lo aleje de las mayorías temporales y evite la afectación de bienes indispensables. De lo contrario, aceptar que todas las normas contenidas en cada derecho forman parte de un coto vedado, generaría un doble problema, por un lado esas normas no podrían modificarse, ni siquiera para mejorarse, lo cual contravendría el principio de progresividad; por otro lado, haría nugatorio el principio de interdependencia y proporcionalidad, conforme al cual se reconoce la posibilidad de que los derechos humanos colisionen y sea necesario en algún punto sacrificar ciertos bienes para lograr esa armonía entre ambos.



En ese sentido, la aceptación del principio de proporcionalidad conlleva el reconocimiento del sacrificio de los derechos, lo cual no significa que eso se traduzca en una violación al orden público, esto es, hay ocasiones en las que la restricción o transgresión de un derecho pueda estar justificada por colisionar con otro derecho o bien constitucional. Por esa razón, no es posible afirmar que toda limitación, restricción o transgresión a derechos humanos pueda considerarse una violación del orden público, sino que será necesario atender caso por caso e identificar las normas realmente indisponibles.

En efecto, sería necesario analizar si dentro del derecho humano que se ve afectado se encuentra alguna norma indisponible que no pueda ser modificada o alterada, ni siquiera por colisionar con otro derecho de la misma naturaleza. Un ejemplo claro de la diversidad de normas dentro de un derecho puede encontrarse en la libertad contractual, que no es solo un valor, sino que se materializa como norma jurídica a través de distintos derechos, obligaciones y prohibiciones. En el ordenamiento jurídico mexicano, se encuentra prevista en el artículo 5 constitucional, el cual dispone: “El Estado no puede permitir que se lleve a efecto ningún contrato, pacto o convenio que tenga por objeto el menoscabo, la pérdida o el irrevocable sacrificio de la libertad de la persona por cualquier causa.”

De dicho precepto se desprenden distintos derechos y obligaciones, el primero consistente en la posibilidad de generar acuerdos de voluntades y el consecuente reconocimiento de la autonomía de la voluntad; asimismo comprende obligaciones, como la de no hacer, en cuanto a que nadie debe interferir en esa posibilidad de contratar y, finalmente, la prohibición de generar acuerdos que sacrifiquen la libertad de manera irrevocable; sin duda, esta última como algo indisponible en cualquier circunstancia y, por ello, su transgresión se convierte también en una violación de orden público. No obstante, no cualquier afectación o restricción a derechos humanos es una transgresión al orden público.

Por otro lado, como lo he sostenido en apartados anteriores, considero que, en el arbitraje, la solución a la controversia no debe partir de la identificación de derechos humanos como valores y principios indisponibles, pues ello podría desvirtuar su naturaleza y alcances. Atendiendo a esto último, el arbitraje está íntimamente ligado con diversos principios contractuales, como el de conservación de los contratos, que genera otro tipo de subprincipios, como el de interpretación *favor contractus* o el de inmutabilidad.

No pueden aceptarse premisas genéricas en las que se sostenga que cualquier afectación (violación) a derechos humanos puede considerarse una transgresión al orden público, pues ello limitaría de manera desproporcional la discrecionalidad de la decisión del tribunal e incluso, como lo he sostenido, podría desvirtuar su naturaleza, al partir de finalidades distintas para las que fue constituido.

De esa manera, no puede considerarse que una decisión de un tribunal arbitral, en la que se invoque el privilegio a un derecho humano frente a otro pueda considerarse contraria al orden público; como tampoco podría afirmarse que el privilegio de algún derecho pueda tener por efecto una violación al orden público, pues dependerá del ejercicio racional de que pueda considerarse indisponible dentro de ese derecho.

Desde la perspectiva del arbitraje, la anulación o denegación de reconocimiento de un laudo por orden público solo procede cuando el contenido o la ejecución del laudo entra en conflicto con normas imperativas, tanto materiales como procesales, así como principios fundamentales que afectan intereses esenciales de la sociedad y que conforman las bases éticas, jurídicas y económicas del orden social. 20

IX. Parámetros constitucionales del tribunal arbitral en respeto a los derechos humanos.

La facultad materialmente jurisdiccional del laudo, que se ha identificado en párrafos anteriores, obliga al tribunal a analizar la controversia desde una perspectiva de independencia y neutralidad, sin privilegiar bienes colectivos sobre individuales, acotado a la cláusula que le da origen y conforme a los intereses alrededor del contrato, su eficacia y subsistencia. Un análisis privilegiando valores constitucionales de beneficio a la dignidad o incluso a la comunidad puede implicar imponer cargas valorativas que deben ser ajenas a este tipo de mecanismos, por eso si bien puede utilizar herramientas constitucionales, ello no implica desvirtuar el tipo de análisis que realiza, ni desnaturalizar su función.

Bajo esa premisa, los derechos humanos y sus estándares de aplicación e interpretación pueden ayudar al dictado de un mejor laudo, lo cual implica realizar un estudio integral de la controversia, con la finalidad de dictar una resolución lo más completa posible, pero sobre todo en cumplimiento a su naturaleza y origen, por lo que el seguimiento de esos parámetros deberá tener por efecto evitar violaciones a normas de orden público que puedan invalidar el laudo posteriormente, pero no controlar ni garantizar la eficacia de derechos humanos.

No es posible privilegiar una protección más amplia, porque la resolución de la controversia comercial para la que fue llamado debe de partir de un principio de neutralidad, sin cargas ideológicas o valorativas y enfocado, por regla general, a la eficacia del contrato y de manera excepcional a revertir sus efectos. En todo caso, el privilegio de la protección más amplia de los derechos tendrá que ser vista desde la perspectiva de indivisibilidad e interdependencia de ellos, con la finalidad de resolver una controversia de manera integral y de acuerdo con su contexto.

Debido a ello, es válido considerar que el reconocimiento constitucional del arbitraje y sus obligaciones en materia de derechos humanos no implican desbordar las facultades del tribunal arbitral contenidas en la cláusula arbitral y privilegiar derechos de las partes, dando mayor peso a unos bienes sobre otros, por el hecho de tener una incidencia colectiva o de la comunidad.

Los arbitrajes comerciales entre privados, han reconocido que la validez y ejecutabilidad de cláusulas contractuales pueden estar limitadas por el interés público, el orden público y, en ocasiones, principios de no discriminación y acceso a bienes esenciales; pero han reiterado esa condición excepcional. En ese contexto, la autonomía de la voluntad sigue teniendo un privilegio sobre la decisión en las controversias y solo en casos excepcionales es posible invalidar ese pacto. Esa excepcionalidad puede darse por violación a reglas de orden público o transgresión de normas internacionales, sumamente restrictivas y, bajo ninguna circunstancia, de forma genérica, a todos los derechos fundamentales. De acuerdo a la naturaleza y finalidades del arbitraje, el método que debe tomar el tribunal arbitral al analizar una controversia entre particulares que involucre derechos humanos, debe partir de respetar, en primer término, a la autonomía de la voluntad, en cumplimiento a principios como el de conservación de los contratos; así, partiendo de esa deferencia al acuerdo de voluntades, iniciar el estudio de la posible incidencia en algún derecho humano, no para garantizarlos sino para evitar su afectación, en cumplimiento a sus obligaciones de respeto, consistentes en un no hacer.



X. Conclusiones

Primera. El arbitraje está creado como un mecanismo auxiliar de la justicia para resolver controversias particulares, que dependen estrictamente de un acuerdo de voluntades plasmado en un contrato y, por ello, acotado a esos intereses. Dicho acuerdo se finca en la autonomía de la voluntad con sustento en la libertad contractual reconocida constitucionalmente. El tribunal arbitral no tiene una amplia facultad de análisis en materia constitucional, para lo cual es posible tomar en cuenta las normas que le dan origen, con algunas limitaciones acordes a su naturaleza. En cambio, los tribunales estatales sí tienen esas facultades de control de constitucionalidad y convencionalidad, como mecanismos de protección de la supremacía constitucional, enmarcados en el sistema de pesos y contrapesos.

Segunda. El estudio de derechos humanos en el arbitraje puede acontecer por el planteamiento que realicen las partes, ya sea porque el contrato involucre derechos humanos, o porque, indirectamente, se alega una afectación a derechos humanos derivada del incumplimiento del contrato. También puede darse porque el tribunal cuente con facultades expresas en la cláusula o de la aplicación de normas constitucionales del derecho pactado. Finalmente, puede darse derivado del análisis de la validez del laudo por afectaciones a derechos humanos.

Tercera. Conforme al derecho pactado en la cláusula, el tribunal arbitral debe atender los parámetros para hacer eficaces los derechos humanos, desde las obligaciones, las herramientas para su interpretación y los diversos principios para su adecuada aplicación, como lo son el de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Sin embargo, ello no convierte al arbitraje comercial en un mecanismo para garantizar derechos, por tanto, la sola presencia de bienes constitucionales y una potencial afectación, no justifica que pueda el tribunal arbitral hacer prevalecer normas de derechos humanos sobre normas ordinarias, ni tampoco desconocer los alcances y naturaleza del arbitraje.

Cuarta. El arbitraje no es un derecho humano, no es una garantía secundaria para garantizar derechos humanos (a menos que la cláusula arbitral justifique ese control). El hecho de que el arbitraje goce de un reconocimiento constitucional no justifica que pueda variarse su naturaleza, en tanto que se trata de una herramienta más de eficacia de solución de controversias, sin una asignación directa constitucional, como medio para resolver conflictos constitucionales, ni como mecanismo que permita defender transgresiones a derechos humanos. El tribunal arbitral no tiene una dinámica que incida directamente en el funcionamiento del Estado desde la perspectiva de una democracia constitucional. Es un mecanismo alternativo, como auxiliar para resolver conflictos entre personas, quienes deciden por acuerdo de voluntades someterse a un mecanismo alterno.

Quinta. Es viable considerar que la fuerza vinculante de los derechos humanos, conforme a la teoría de la horizontalidad, puede llegar a los acuerdos entre particulares y ello permita al arbitraje analizar cláusulas y acuerdos desde una perspectiva constitucional. No obstante, esa incidencia en las relaciones entre particulares no implica que el tribunal arbitral esté obligado a controlar y garantizar derechos humanos en las controversias que resuelve, pues la finalidad patrimonial y contractual del arbitraje puede resultar problemática y contradictoria con esos fines. El arbitraje está íntimamente ligado con diversos principios contractuales, como el de conservación de los contratos, que genera otro tipo de subprincipios, como el de interpretación favor contractus o el de inmutabilidad.

Sexta. El orden público es un estándar que permite analizar la legalidad y validez del laudo arbitral, sin embargo, no pueden aceptarse premisas genéricas en las que se sostenga que cualquier afectación o restricción (violación) a derechos humanos pueda considerarse una transgresión al orden público, pues ello limitaría de manera desproporcional la discrecionalidad de la decisión del tribunal e incluso desvirtúa su naturaleza, al partir de finalidades distintas para las que fue constituido.

Séptima. No es posible afirmar que toda limitación, restricción o transgresión a derechos humanos pueda considerarse una violación del orden público, sino que será necesario atender caso por caso e identificar las normas realmente indisponibles. No puede considerarse que una decisión de un tribunal arbitral, en la que se invoque el privilegio a un derecho humano frente a otro, pueda considerarse contraria al orden público; como tampoco podría afirmarse que el privilegio de algún derecho pueda tener por efecto una violación de esa naturaleza, pues dependerá del ejercicio racional que considere indisponible ese derecho.

Octava. La facultad materialmente jurisdiccional del laudo obliga al tribunal a analizar la controversia desde una perspectiva de independencia y neutralidad, sin privilegiar bienes colectivos sobre individuales, acotado a la cláusula que le da origen y conforme a los intereses alrededor del contrato, su eficacia y subsistencia.

Novena. De acuerdo con la naturaleza y finalidades del arbitraje, el método que debe tomar el tribunal arbitral al analizar una controversia entre particulares que involucre derechos humanos, debe partir de respetar, en primer término, a la autonomía de la voluntad que da origen al arbitraje, en cumplimiento a principios como el de conservación de los contratos. Así, partiendo de esa deferencia al acuerdo de voluntades, el tribunal puede estudiar la posible incidencia de algún derecho humano, no para garantizarlo, sino para evitar su afectación, en cumplimiento a sus obligaciones de respeto, que se traduce en conductas de no hacer.

Décima. Los derechos humanos y sus estándares de aplicación e interpretación pueden ayudar al dictado de un mejor laudo, lo cual implica realizar un estudio integral de la controversia, con la finalidad de dictar una resolución lo más completa posible, pero sobre todo en cumplimiento a su naturaleza y origen, por lo que el seguimiento de esos parámetros deberá tener por efecto evitar violaciones a normas de orden público que puedan invalidar el laudo posteriormente, pero no controlar ni garantizar la eficacia de derechos humanos.





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 de 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.



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

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