

PAUTA

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



MEDIOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS



PAUTA

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

68

MEDIOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

No. 68 junio 2013

ICC México PAUTA

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

Consejo Editorial

Presidente ICC México

Lic. María Fernanda Garza Merodio

Vicepresidentes ICC México

Dr. Claus von Wobeser.

Lic. Rodrigo Quintana Kawage

Dr. Pedro Aspe Armella

Tesorero ICC México

Lic. José Manuel Suárez Carrillo

Secretaria General ICC México

Lic. Yesica González Pérez

Gerentes de Comisiones

Lic. Berenice Alcala Carrera

Lic. Laura Altamirano López

(Editor Responsable de **PAUTA**)

Medios y Comunicación

Lic. Pablo Silva Vallejo

Creación en formato electrónico

Lic. Sergio Ernesto Dávila Salazar

Pauta Boletín Informativo del Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio. - Es una publicación de análisis educativo, social, comercial, financiero, económico e internacional, exclusivo para socios del Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio. Las ideas expuestas por nuestros colaboradores no corresponden necesariamente al pensamiento de **ICC México**. Su distribución es exclusivamente para socios activos 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 Abril 2003: 04-2003-040217502100-106

Número de Certificado de Licitud de Título: 11518

Número de Certificado de Licitud de Contenido: 8105

Domicilio de la publicación y del distribuidor: Indiana 260 Piso 5 Oficina 508 Colonia Ciudad de los Deportes, C.P. 03810, México D.F.

Teléfonos: (52) 5687 2203, 5687 2207, 5687 2321 5687 2507, 5687 2601. Fax: (52) 5687 2628

Renovación de Reserva de Derechos al uso exclusivo Número 04 - 2009 - 071614425400 - 203 Título. ICC MEXICO PAUTA BOLETIN INFORMATIVO DEL CAPITULO MEXICANO DE LA CAMARA INTERNACIONAL DE COMERCIO A.C.

Género: Difusiones Periódicas

Especie: Difusión vía red de computo

web: www.iccmex.org.mx

e-mail: ygonzalez@iccmex.org.mx; laltamirano@iccmex.org.mx



PAUTA

Escanea el código QR de la portada para ver este número de **PAUTA** en PDF desde tu móvil o el código de cada tema para visualizar sólo ese documento.

ÍNDICE

Carta del Presidente >

Lic. María Fernanda Garza Merodio

Ley de Amparo >

Ministro en retiro Guillermo Ortiz Mayagoitia

Postura Institucional ICC México: Ley de Amparo >

Arbitraje y Contratación Gubernamental >

Dr. Francisco González de Cossío

Cálculo de los daños en conflictos de construcción >

Lic. Alejandro Ogarrío Ramírez España

Deliberación, opinión disidente y conflicto de interés en arbitraje comercial >

Lic. Fernando Estavillo Castro

La Prueba Ilícita >

Dr. Francisco González de Cossío

El Arbitraje en Materia de Obra Pública y Arrendamientos >

Dr. Francisco González de Cossío

El árbitro de Emergencia en el Nuevo Reglamento de Arbitraje de la ICC >

Lic. Fernando Estavillo Castro

El árbitro no es autoridad para efectos del juicio de amparo >

Dr. Francisco González de Cossío

El orden Público en el Arbitraje >

Dr. Rodolfo Cruz Miramontes

Falta de Independencia de los árbitros. La relevancia de un caso reciente >

Lic. Andrea Rivera Ríos

Legitimación pasiva de los árbitros en el procedimiento judicial >

Lic. Luis Antonio Mañón Jardón

Los Dispute Boards en los Contratos Internacionales de Construcción >

Dr. Juan Eduardo Figueroa Valdés

Lugar sede del Arbitraje >

Lic. Jesús Salvador Vivanco López

Particularidades de los Contratos de Obra Pública >

Lic. Ricardo Izeta Gutiérrez

Taking Evidence in Latin America >

Lic. Víctor M. Ruiz

Arbitration Review Americas 2013 >

Dr. Claus von Wobeser

Estimados lectores:

La International Chamber of Commerce (ICC) ha sido desde su fundación un organismo empresarial internacional defensor y promotor de la apertura comercial reglamentada y del uso de medios alternativos para resolver disputas. Los servicios de resolución de controversias de la ICC como el arbitraje, la Resolución Amistosa de las Disputas (ADR), los Dispute Boards y el Peritaje para la Solución de Controversias en Materia de Instrumentos Documentarios (DOCDEX), han resuelto miles de conflictos de forma rápida, económica y eficaz en todo el mundo.

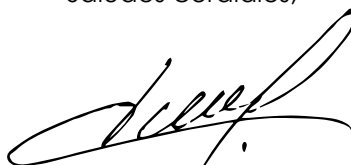
Este año, la Corte Internacional de Arbitraje, la instancia más reconocida y prestigiada en la administración de arbitrajes, cumple 90 años de existencia. Desde su creación el mundo, los negocios internacionales y las propias empresas han evolucionado notoriamente; así ha sido el caso de las Nuevas Reglas de Arbitraje 2012, las cuales fueron revisadas y actualizadas para mantenerse al día con las necesidades y nuevas tendencias.

Para celebrar este importante aniversario hemos dedicado en su totalidad este número de Pauta al mundo de los medios alternativos de solución de controversias en sus múltiples aristas: desde el uso del arbitraje en los proyectos de obras e infraestructura, hasta un análisis de la figura del árbitro de emergencia y otras aportaciones de interés sobre los árbitros. También, el Ministro en retiro Guillermo Ortiz Mayagoitia contribuye en esta edición con una reflexión sobre la nueva ley de amparo y sus implicaciones para los laudos arbitrales.

Confiamos en que esta edición de nuestra revista Pauta, que ha sido nutrida con las valiosas contribuciones de grandes expertos en la materia, se convierta en una fuente académica obligada y de referencia para todos aquellos que busquen respuestas sobre el arbitraje.

Sin más, les invito a disfrutar de este boletín y de hacernos llegar sus opiniones sobre el material difundido en esta edición.

Saludos cordiales,



Maria Fernanda Garza
Presidente



Ministro en retiro Guillermo Ortiz Mayagoita

ARBITRAJE PRIVADO. ¿PROCEDE EL AMPARO EN CONTRA DEL LAUDO QUE LE PONE FIN?

*Mensaje presentado en la Comisión de Arbitraje del Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio (ICC México).

La nueva ley de Amparo en su artículo 5, fracción II, párrafo segundo, establece que: "Para los efectos de esta Ley, LOS PARTICULARES TENDRÁN LA CALIDAD DE AUTORIDAD RESPONSABLE cuando realicen actos equiparables a los de autoridad, que afecten derechos EN LOS TÉRMINOS DE ESTA FRACCIÓN y cuyas funciones estén determinadas por una norma general".

La afectación de derechos en los términos de la misma fracción, párrafo primero, consiste en que el acto cree, modifique o extinga situaciones jurídicas "EN FORMA UNILATERAL Y OBLIGATORIA".

Como se ve, para que un particular realice actos "EQUIPARABLES A LOS DE AUTORIDAD" se requiere: a).- Que éstos creen, modifiquen o extingan situaciones jurídicas; b).- que tales consecuencias o cualquiera de ellas se produzcan en FORMA UNILATERAL y obligatoria; y c).- que quien realiza el acto proceda en ejercicio de FUNCIONES DETERMINADAS POR UNA NORMA GENERAL.

A la luz de lo anterior, resulta que la actuación del árbitro privado, especialmente el laudo, sí crea, modifica o extingue la situación jurídica de las partes que se sometieron a su decisión, pero no se dan los otros dos requisitos porque no procede en forma unilateral ni en ejercicio de funciones que estén determinadas en una norma general. En efecto:

EL ARBITRO PRIVADO NO ACTÚA EN FORMA UNILATERAL.- Es componente de una relación jurídica plurilateral: Hay partes que convienen en que sus diferencias sean resueltas mediante el arbitraje; ellas mismas disponen el

procedimiento que se debe seguir para la resolución del asunto y son ellas quienes contratan los servicios del árbitro, quien adquiere la obligación privada "personalísima e infungible" de substanciar el procedimiento y resolver el pleito. Luego, el árbitro no actúa en forma unilateral sino que cumple con una obligación contractual de derecho privado.

LAS FUNCIONES DEL ÁRBITRO PRIVADO LAS DETERMINAN LAS PARTES Y NO UNA NORMA GENERAL.- La ley solamente reconoce el principio dispositivo de las partes al permitir expresamente el arbitraje, pero no delega ninguna función de estado a favor del árbitro ni lo dota de competencia. Su designación deriva de la voluntad de las partes y su competencia, procedimiento a seguir y la extensión de la materia del arbitraje tienen su origen en el compromiso arbitral. SON LAS PARTES Y NO LA LEY quienes establecen las funciones del árbitro.

En consecuencia, ante la ausencia de estos dos atributos esenciales del acto de autoridad, cabe concluir que LOS LAUDOS ARBITRALES PRIVADOS NO SON EQUIPARABLES A UN ACTO DE AUTORIDAD.

Ese es el sentido unánime de la jurisprudencia y tesis aisladas del Poder Judicial Federal.

El Pleno sostuvo ese criterio en su tesis aislada PXIX/2007 de rubro: "LAUDO ARBITRAL.- NO CONSTITUYE UNA SENTENCIA DEFINITIVA PARA EFECTOS DE LA PROCEDENCIA DEL JUICIO DE AMPARO.

... La Primera Sala, en su tesis aislada número 1ª. CLXVI/20"09 dice que: "la resolución que dirige el conflicto (arbitral) NO SERÁ UNA SENTENCIA sino UN ACTO PRIVADO denominado laudo" porque el árbitro NO ES UN TERCERO que concurra a determinar la voluntad privada de las partes, "ya que la única (voluntad) relevante en una decisión arbitral será la proveniente de las partes,



quienes se arreglarán mediante resolución ADOPTADA POR ELLAS MISMAS A TRAVÉS DE SU PROPIO REPRESENTANTE, es decir, el árbitro”.

La desaparecida Cuarta Sala de la Suprema Corte en la década de los 40 del siglo pasado integró la jurisprudencia que dice: ÁRBITROS PRIVADOS... La resolución dictada por un árbitro privado no constituye un acto de autoridad, por tanto, no es susceptible de ser combatida en el juicio de amparo”.... Aunque esta tesis está considerada como histórica, lo cierto es que no ha sido interrumpida ni conozco ninguna que la contradiga. Por tanto, puede invocarse válidamente.

Finalmente, de Tribunales Colegiados cito los siguientes rubros:

“ARBITROS. SU RESOLUCIÓN NO ENTRAÑA UN ACTO DE AUTORIDAD” (Primer Trib. Col. Del Trabajo. Primer Cto... Registro: 220999).

“ARBITRAJE. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD ES FUENTE DE LAS FACULTADES Y LÍMITES DEL ARBITRO...” (3er. Trib. Col. Civil del Primer Cto. Registro: 162220).

“ARBITRAJE. ES UNA INSTITUCIÓN CONVENCIONAL PARA RESOLVER LITIGIOS MEDIANTE UN LAUDO” (Mismo Colegiado. Registro 162221).

Ahora bien, aun cuando la conclusión apuntada parece irrefutable, existe la posibilidad de que algún o algunos órganos judiciales pudieran razonar en otro sentido. Así, por ejemplo, en una parte de las tesis de la Primera Sala que antes cité, se dice: “.... De ahí que se vea válido afirmar que los árbitros POSEEN AUTORIDAD, pero les falta POTESTAD, la cual es atributo exclusivo del Estado”... Y en otra de sus tesis, de rubro: “ARBITRO. SUS RESOLUCIONES SON ACTOS DE AUTORIDAD Y SU EJECUCIÓN LE CORRESPONDE AL JUEZ DESIGNADO POR LAS

PARTES”, el Tercer Tribunal Colegiado Civil sostiene que “... el laudo en sí mismo no está despojado de los atributos de la cosa juzgada puesto que la facultad de decidir la controversia ES UNA DE LEGACIÓN HECHA POR EL ESTADO A TRÁVES DE LA NORMA JURÍDICA”.

En estos casos la improcedencia se sustentó en la falta de imperio de los árbitros para ejecutar sus resoluciones.

Sin lugar a dudas la nueva posibilidad que abre la Ley de Amparo para impugnar actos de particulares equiparables a los actos de autoridad, será tema obligado en materia arbitral.

Comisión Arbitraje ICC México
Abril 23, 2013



Apéndice 1

Tesis: P. XIX/2007	Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta	Novena Época	172483 1 de 2
PLENO	Tomo XXV, Mayo de 2007	Pag. 15	Tesis Aislada (Civil)

[TA]; 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXV, Mayo de 2007; Pág. 15

LAUDO ARBITRAL. NO CONSTITUYE UNA SENTENCIA DEFINITIVA PARA EFECTOS DE LA PROCEDENCIA DEL JUICIO DE AMPARO

El arbitraje es un medio jurídico para resolver litigios basado en la voluntad de las partes que eligen a particulares a quienes les confían la toma de una decisión de suyo obligatoria, con lo que buscan rapidez, economía e imparcialidad; asimismo, como negocio jurídico, en gran medida sustituye a la jurisdicción civil del Estado, por lo que el auténtico arbitraje participa de la voluntad de los sujetos obligados, quienes acuden a él para evitar un procedimiento jurisdiccional que podría resultar lento, complicado, costoso, demasiado formal y sin la especialización que las partes esperarían de un tribunal. Por su parte, el laudo arbitral no constituye la decisión tomada por el árbitro o por el tribunal encaminada a resolver un conflicto de intereses, sin que sea propiamente una sentencia, sino una resolución que pone fin a un procedimiento arbitral, llevado a cabo con motivo de un compromiso inter-partes, quienes previamente convinieron someterse a ese procedimiento y a esa decisión que, una vez tomada, les es obligatoria.

Por tanto, el hecho de que no proceda algún recurso contra el laudo arbitral -ni contra la resolución que declaró su nulidad-, no lo convierte en una sentencia definitiva para los efectos de la procedencia del juicio de amparo, independientemente de que en la sustanciación de dicho incidente se hayan observado o no los requisitos y formalidades de un verdadero juicio.

PLENO

Amparo directo en revisión 1225/2006. Grupo Radio Centro, S.A. de C.V. y otros. 30 de enero de 2007. Mayoría de cinco votos. Ausente: Mariano Azuela Güitrón. Disidentes: José Ramón Cossío Díaz, Margarita Beatriz Luna Ramos, José Fernando Franco González Salas y Genaro David Góngora Pimentel. Impedida: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretario: Pedro Arroyo Soto.

El Tribunal Pleno, el diecisiete de abril en curso, aprobó, con el número XIX/2007, la tesis aislada que antecede. México, Distrito Federal, a diecisiete de abril de dos mil siete.

Tesis: 1a. CLXVI/2009	Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta	Novena Época	166501 1 de 1
PRIMERA SALA	Tomo XXX, Septiembre de 2009	Pag. 435	Tesis Aislada (Civil)

[TA]; 9a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXX, Septiembre de 2009; Pág. 435

ARBITRAJE VOLUNTARIO. SU CONCEPCIÓN JURÍDICA

El arbitraje voluntario o contractual se determina por la libre voluntad con que se fija al árbitro o árbitros, a las reglas procesales para la solución del conflicto y en ocasiones el derecho sustantivo aplicable al caso; a diferencia del forzoso, donde el árbitro, el proceso y el derecho sustantivo son regulados de antemano por las normas estatales. Ahora bien, el arbitraje voluntario tiene origen en el compromiso arbitral o "cláusula compromisoria" que se instala en el momento de la concertación, la cual implica renuncia al conocimiento de una controversia por la autoridad judicial, a grado tal que si una de las partes citase a la otra ante el juez, la



demandada podría solicitar que éste se abstenga del estudio de fondo en virtud de la “excepción de compromiso en árbitros”, que no es de incompetencia o litispendencia, sino materialmente de renuncia pactada al procedimiento judicial, de manera que las partes prácticamente sustituyen al proceso y optan por arreglarse conforme a la decisión de un árbitro, quien no será funcionario del Estado ni tendrá jurisdicción propia o delegada, sino que sus facultades derivarán de la voluntad de las partes expresadas “de conformidad” con la ley; su decisión será irrevocable por voluntad, pero no ejecutiva por no ser públicamente exigible hasta en tanto no sea homologada por la autoridad judicial.

Así, la exclusión del juez en la arbitración puramente voluntaria representa una consecuencia importante porque la resolución que dirime el conflicto no será una sentencia sino un acto privado denominado laudo, el cual intrínsecamente no compromete al derecho subjetivo o las acciones judiciales, pues aun con el laudo dictado, las partes podrían convenir el sometimiento con reservas e insistir en la promoción del problema ante la justicia estatal, siendo ésta una peculiaridad que evita caer en el equívoco de que el arbitraje permite integrar la voluntad privada en los aspectos que no fueron tenidos en cuenta al convenir, ni tampoco implica que la voluntad de un tercero concurra para determinar la voluntad privada, ya que la única relevante en una decisión arbitral será la proveniente de las partes, quienes se arreglarán mediante resolución adoptada por ellas mismas a través de su propio representante, es decir, el árbitro o tribunal arbitral.

Resulta importante señalar también que los árbitros deben resolver imparcialmente las cuestiones sometidas a su potestad y no deben derivar u orientar sus funciones ni sus decisiones por el común consentimiento de las partes (salvo que se exprese como transacción para finiquitar el proceso arbitral), porque dicho consentimiento sólo opera en el momento inicial del arbitraje -que es el compro-

miso- pero después será irrelevante; tan es así que incluso el procedimiento puede ser revisado posteriormente por la autoridad jurisdiccional a fin de corroborar la imparcialidad del árbitro, de ahí que sea válido afirmar que los árbitros poseen “autoridad” pero les falta “potestad”, la cual es atributo exclusivo del Estado y por ello podrán realizar todos aquellos actos para los que baste la simple autoridad, y deberán solicitar la cooperación de los tribunales respecto de aquellos otros que requieran la potestad, como ocurre por ejemplo en materia de medidas o providencias cautelares y de ejecución en donde se requiere del auxilio de la jurisdicción estatal para lograr dichas medidas mediante procedimientos que (por la forma como se debatirán los intereses) serán contenciosos. Los árbitros voluntarios no integran organización estatal alguna pues no son auxiliares de la justicia ni servidores públicos, ya que la posibilidad del arbitraje se materializa por el principio de libertad y disposición de las partes para elegir la vía para resolver sus diferencias y conflictos.

Asimismo, cabe agregar que el arbitraje voluntario puede dar origen al denominado arbitraje ad hoc o casuístico, en donde las partes someten la decisión a una tercera persona con base en un procedimiento elaborado por ellas mismas para el caso concreto. El arbitraje privado en ocasiones puede ser institucional, el cual es una submodalidad del arbitraje voluntario en donde las partes someten la controversia mediante libre compromiso ante una institución especializada -nacional o internacional, pública o privada- que organiza y asiste en la conducción del procedimiento arbitral, el cual puede realizarse según sus propias reglas.

PRIMERA SALA

Amparo en revisión 131/2009. Talent Agency Unlimited, S.A. de C.V. 27 de mayo de 2009. Cinco votos. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretario: Emmanuel G. Rosales Guerrero.



Tesis:	Semanario Judicial de la Federación	Quinta Época	366996 4 de 12
CUARTA SALA	Tomo CXXIII	Pag. 115	Tesis Aislada (Laboral)

[TA]; 5a. Época; 4a. Sala; S.J.F.; Tomo CXXIII; Pág. 115

ARBITROS PRIVADOS, AMPARO CONTRA SUS RESOLUCIONES

La resolución dictada por un árbitro privado, no constituye un acto de autoridad, pues para que tenga este carácter es preciso que el órgano estatal correspondiente la invista de imperio, elevándola a la categoría de actos jurisdiccional, y de no ser así, no es susceptible de ser combatida por medio de juicios de amparo.

CUARTA SALA

Amparo directo en materia de trabajo 3937/52. Sindicato de Cargadores de Camiones, Casas Comerciales y Conexos de la Región de Jalapa, Ver. C.T.M.. 7 de enero de 1955. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Luis Díaz Infante. La publicación no menciona el nombre del ponente.

Tesis:	Semanario Judicial de la Federación	Octava Época	220999 1 de 1
PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA DE TRABAJO DEL PRIMER CIRCUITO	Tomo VIII, Diciembre de 1991	Pag. 155	Tesis Aislada (Laboral)

[TA]; 8a. Época; T.C.C.; S.J.F.; Tomo VIII, Diciembre de 1991; Pág. 155

ARBITROS. SU RESOLUCIÓN NO ENTRAÑA UN ACTO DE AUTORIDAD

Es correcto el desechamiento de la demanda de garantías cuando el acto que se reclama lo constituye la

resolución que dicta un árbitro designado a petición de las partes en conflicto, toda vez que su intervención no implica un acto de autoridad. Luego es claro que la determinación de un árbitro en las condiciones señaladas, implica un acto de particular que no puede ser materia del juicio de garantías; lo que se traduce en un motivo manifiesto de improcedencia de términos del artículo 73, fracción XVIII, en relación con el artículo primero, ambos de la Ley de Amparo.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA DE TRABAJO DEL PRIMER CIRCUITO

Reclamación 1/91. Sección Número Uno del Sindicato de Trabajadores de la Industria Cinematográfica, Similares y Conexos de la República Mexicana, C. T. M. 20 de marzo de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: Horacio Cardoso Ugarte. Secretaria: Teresa Sánchez Medellín.

Tesis: I.3o.C.935 C	Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta	Novena Época	162220 1 de 1
TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO	Tomo XXXIII, Mayo de 2011	Pag. 1019	Tesis Aislada (Civil)

[TA]; 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXXIII, Mayo de 2011; Pág. 1019

ARBITRAJE. LA AUTONOMIA DE 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)

El artículo II.1 de la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, pu-



blicado en el Diario Oficial de la Federación el veintidós de junio de mil novecientos setenta y uno, reconoce el carácter originario del arbitraje desde la sede contractual, al disponer que cada uno de los Estados contratantes reconocerá el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje; a su vez, el artículo 1 de la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, publicada en el Diario Oficial de la Federación, el veintisiete de abril de mil novecientos setenta y ocho, prescribe que es válido el acuerdo de las partes en virtud del cual se obligan a someter a decisión arbitral las diferencias que pudiesen surgir o que hayan surgido entre ellas con relación a un negocio de carácter mercantil; conforme a esos textos legales, se reconoce validez y eficacia al acuerdo de las partes para someter a arbitraje alguna cuestión que surja o haya surgido con motivo de una relación jurídica contractual o no contractual; lo anterior revela que sí se otorga a la voluntad de las partes plena eficacia vinculadora entre ellas por lo que la fuente original de la eficacia normativa de un arbitraje descansa en su reconocimiento por la ley, que regula los efectos del acuerdo de las partes y precisa sus límites para obrar sobre la esfera jurídica de las personas.

Pero ese acuerdo de voluntades que da lugar al arbitraje tiene un límite formal y material porque el árbitro no puede llevar a cabo actos de privación o ejecución material sobre las personas o las cosas y la ejecución queda reservada al Juez estatal. El laudo queda sujeto a un proceso de revisión por los órganos jurisdiccionales del Estado, cuando no es acatado voluntariamente o es impugnado por alguna de las partes, lo que da origen a las cuestiones concernientes a la nulidad o reconocimiento o ejecución del laudo. El tribunal arbitral realiza una actividad materialmente juris-

diccional por disposición de la voluntad de las personas involucradas, pero requiere el auxilio y colaboración del Juez estatal para ejecutar medidas precautorias que aseguren el éxito del procedimiento arbitral, la ejecución del laudo o para obtener la nulidad del laudo que se pronuncie.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO

Amparo en revisión 195/2010. Maquinaria Igsa, S.A. de C.V. y otra. 7 de octubre de 2010. Unanimidad de votos. Ponente: Neófito López Ramos. Secretario: José Luis Evaristo Villegas.

Tesis: I.3o.C.934 C	Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta	Novena Época	162221 1 de 1
TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO	Tomo XXXIII, Mayo de 2011	Pag. 1018	Tesis Aislada (Civil)

[TA]; 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXXIII, Mayo de 2011; Pág. 1018

ARBITRAJE ES UNA INSTITUCIÓN CONVENCIONAL PARA RESOLVER LITIGIOS MEDIANTE UN LAUDO

El arbitraje es 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 vinculadora 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.



El arbitraje es de naturaleza convencional, porque se finca en la autonomía de la voluntad, con sustento en la libertad contractual de las partes, solamente que su objeto específico es otorgar facultades a un tercero para resolver una controversia que puede ser sustraída del ámbito jurisdiccional estatal; de modo que por su propia finalidad el pacto arbitral necesariamente contiene o remite a un procedimiento. El laudo que se dicta es materialmente un acto jurisdiccional, que resulta vinculatorio para las partes contendientes, puesto que se sometieron a la decisión de un tercero en ejercicio de la autonomía de su voluntad, que ha sido libre in causa, lo que le confiere fuerza de obligar. El artículo 1416, fracción II, 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.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO

Amparo en revisión 195/2010. Maquinaria Igsa, S.A. de C.V. y otra. 7 de octubre de 2010. Unanimidad de votos. Ponente: Neófito López Ramos. Secretario: José Luis Evaristo Villegas.

Tesis: I.3o.C.934 C	Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta	Novena Época	162221 1 de 1
TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO	Tomo XXXIII, Mayo de 2011	Pag. 1018	Tesis Aislada (Civil)

[TA]; 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XIV, Julio de 2001; Pág. 1107

ÁRBITRO. SUS RESOLUCIONES SON ACTOS DE AUTORIDAD, Y SU EJECUCIÓN LE CORRESPONDE AL JUEZ DESIGNADO POR LAS PARTES

Para la ejecución de un laudo arbitral es preciso la mediación de un acto realizado por un órgano jurisdiccional que, sin quitarle la naturaleza privada, asume su contenido, de

modo que el laudo es ejecutable por virtud del acto jurisdiccional, que sólo es el complemento necesario para ejecutar lo resuelto por el árbitro, ya que el laudo es una resolución dictada por el árbitro que dirime la controversia suscitada entre las partes, con calidad de cosa juzgada y constituye título que motiva ejecución, ante el Juez competente que debe prestar los medios procesales necesarios para que se concrete lo resuelto en el laudo. Por lo tanto, el laudo es una resolución que tiene los atributos de inimpugnabilidad, inmutabilidad y coercibilidad, sólo que la eficacia y realización concreta de lo condenado quedan siempre al Juez competente designado por las partes o el del lugar del juicio. El árbitro carece de la facultad de hacer cumplir, ante sí, el laudo que emitió, porque no tiene la potestad o imperium, que es uno de los atributos de la jurisdicción y que es inherente a los órganos jurisdiccionales del Estado.

Elo implica que el árbitro carece de la fuerza del Estado para hacer efectiva la condena, pero el laudo en sí mismo no está despojado de los atributos de la cosa juzgada, puesto que la facultad de decidir la controversia es una delegación hecha por el Estado a través de la norma jurídica, y sólo se reserva la facultad de ejecutar. El Juez ante quien se pide la ejecución de un laudo dictado por un árbitro, para decretar el requerimiento de pago, únicamente debe y puede constatar la existencia del laudo, como una resolución que ha establecido una conducta concreta, inimpugnable e inmutable y que, por ende, debe provenir de un procedimiento en el que se hayan respetado las formalidades esenciales del procedimiento, y que no sea contrario a una materia de orden público.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO

Amparo directo 1303/2001. Constructora Aboumrad Amodio Berho, S.A. de C.V. 8 de marzo de 2001. Unanimidad de votos. Ponente: Neófito López Ramos. Secretaria: Lina Sharai González Juárez.

Nota: Por ejecutoria de fecha 26 de octubre de 2001, la Segunda Sala declaró inexistente la contradicción de tesis 14/2001-PL en que participó el presente criterio.



LEY DE AMPARO

Preparado por la Comisión de Arbitraje

Ante la reciente promulgación de la nueva Ley de Amparo, el Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio (ICC México), considera que la misma representa un punto de inflexión fundamental en la modernización del sistema jurídico mexicano, hacia un orden jurídico más democrático, justo y liberal. La nueva Ley de Amparo modifica paradigmas tanto sobre el alcance de protección de los derechos humanos en México, como sobre la relación entre los poderes de la Unión. Existen, como siempre retos, y temas controvertidos que, desafortunadamente, opacan las bondades de esta nueva Ley de Amparo.

Resulta un acierto el hecho de que la Ley de Amparo concrete la reforma constitucional en la materia, que ya preveía la ampliación del juicio de amparo en contra de violaciones a los derechos humanos plasmados en los tratados internacionales de los que México es parte. En este orden de ideas, la ampliación del concepto de acto de autoridad para incluir dentro del mismo actos de particulares actuando por mandato de ley en ejercicio de una función pública resulta, sin duda alguna, un acierto en la medida en que se superan los criterios formales tradicionalmente imperantes. Para ICC México, sin embargo, resulta de trascendental importancia señalar que esta ampliación del concepto de acto de autoridad no implica que los laudos emanados de un arbitraje comercial puedan ser considerados dentro de dicho concepto. La autoridad de los árbitros que dictan los laudos es meramente convencional y no puede considerarse, bajo ninguna circunstancia, que dichos laudos sean el resultado de una función definida por una norma general.

Confiamos en que los tribunales judiciales compartirán esta interpretación y evitarán cualquier interpretación

que ponga en peligro los principios fundamentales adoptados en las Convenciones suscritas por México, que impiden la impugnación del fondo de lo resuelto en un laudo arbitral. Interpretar que los laudos arbitrales constituyen actos de autoridad iría en contra de la naturaleza y propósito de la nueva Ley de Amparo, al restringir tanto la libertad de comercio de los particulares que someten a arbitraje sus disputas, como el derecho humano de acceso a la justicia a través de métodos alternativos de resolución de disputas.

El otro pilar fundamental que sustenta la ampliación de la protección conferida por la nueva Ley de Amparo consiste en el reconocimiento de los intereses legítimos, individual y colectivo. Ello implica la posibilidad, antes inexistente, de acudir al juicio de amparo a reclamar hechos u omisiones de parte de las autoridades que, si bien no tienen una afectación directa en la esfera del particular afectado, sí lo afectan por la situación diferenciada en que se encuentra ante el acto reclamado. Fundamentalmente, esto dará lugar a la protección en materias tan variadas como la ambiental y la protección al consumidor, entre otras. Celebramos esta ampliación y consideramos que la misma pone a la legislación mexicana a la par de otras legislaciones existentes en países con un gran desarrollo económico a nivel mundial.

Por otra parte, en cuanto al nuevo balance de poderes dentro del Estado Mexicano, ICC México, considera que la evolución del juicio de amparo que ahora permite la declaratoria general de inconstitucionalidad con efectos generales de una norma general, resulta, sin duda alguna, la concreción de un efecto deseado por la comunidad académica y la sociedad en general.

Esta figura logra la igualdad ante la ley de los ciudadanos afectados por una norma inconstitucional y, al mismo tiempo, extiende el acceso a la justicia a personas



que por sus condiciones socioeconómicas no estaban en posibilidad de promover juicios de amparo en contra de estas normas generales. No obstante, consideramos que la exclusión de la materia fiscal, si bien se sustenta en razones extrajurídicas, refleja una desconfianza de parte del poder Legislativo a la imparcialidad y justicia que puedan tener las decisiones del Poder Judicial al aplicar los principios constitucionales en la materia. Esto constituye un retroceso que confiamos será superado en una futura reforma en la materia. Un país que legisla partiendo de la premisa de la desconfianza en sus tribunales judiciales, es un país que aún tiene muchos obstáculos por superar.

Desafortunadamente, esta desconfianza también se materializa en la restricción que impone la nueva Ley de Amparo al prohibir la suspensión de los actos reclamados en aquellos supuestos en que se impida u obstaculice al Estado Mexicano la utilización, aprovechamiento o explotación de los bienes de dominio directo. Este tema, muy debatido en la prensa, refleja, a juicio de ICC México, un desbalance de poder, en el cual la facultad del ejecutivo para revocar o suspender concesiones se vuelve difícilmente superable en sus efectos inmediatos para el particular afectado. Reiteramos, un Estado de Derecho sano y confiable debe permitir que cada poder de la unión ejerza sus facultades con responsabilidad.

El hecho de que se prive a un poder de sus facultades por desconfianza en la manera en que se pudieron haber ejercido en el pasado, puede dar lugar a abusos de poder e imposiciones arbitrarias de parte del Estado que, en última instancia, afectan el clima sano que debe imperar para la actividad económica y la inversión productiva.

En síntesis, los avances de la nueva Ley de Amparo son encomiables, pero, a la par, existen retrocesos que me-

recen una futura y profunda reflexión, a efecto de lograr su superación en aras de mejorar y perfeccionar el Estado de Derecho en nuestro país.

ICC

La International Chamber of Commerce (ICC), fundada en 1919 y conocida también como la Organización Mundial de las Empresas, es un organismo de representación que habla con conocimiento de causa en nombre de las empresas y organizaciones empresariales de todos los sectores procedentes de cualquier rincón del planeta. Nuestra sede se encuentra en París, Francia.

ICC México

El Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio (ICC México), fue fundado en el año de 1945, como organismo de afiliación voluntaria, destinado a vincular a las empresas establecidas en México, con el objetivo de promover el cabal establecimiento de una economía global de mercado con responsabilidad social, ética y ecología, y auspiciar una mayor certidumbre para las operaciones empresariales internacionales con la firme convicción de que el intercambio comercial promueve la prosperidad y la paz entre las naciones.



Dr. Francisco González de Cossío

González de Cossío Abogados, S.C.

Árbitro, mediador y postulante en casos nacionales e internacionales

The particular topic of State contracts impinges upon some of the gravest questions of International law.

This part of International law, like so many other branches of the law, is in great need of elaboration. This can best be accomplished by its application to concrete cases by arbitral tribunals. There is a wealth of material from which the law could by this means be developed. Jennings, State Contracts in International Law¹

1. INTRODUCCIÓN

La reflexión citada en la portada de este artículo es relevante, no sólo porque proviene de uno de los titanes del Derecho Internacional, sino porque sigue siendo tan atinada como lo era cuando fue emitida hace más de 50 años. No solo eso, lo que es cierto con respecto a la contratación gubernamental internacional es aplicable también a la contratación gubernamental local, sobre la cual me enfoco en este ensayo.²

La utilización del arbitraje en la contratación gubernamental³ ha generado dudas y preocupaciones. No obstante sus bondades, se percibían riesgos. Recientemente, un doble desarrollo ha puesto el tema en el ojo del huracán. Por un lado, el incremento en su utilización—tanto legislativa como contractualmente. Por otro, la actualización de algunos de los riesgos aludidos.

Este ensayo comenta el desarrollo. Al hacerlo, busco un objetivo que deseo divulgar desde el comienzo: canalizar el debate constructivamente. Percibo que existe una proclividad a dar más eco a los problemas que a los éxitos. Por motivos que aún no acabo de comprender, comentaristas y expertos diversos están más dispuestos a poner la lupa en el tropiezo que en el logro. Y al hacerlo, el problema no se comenta—mucho menos analiza—con la profundidad y objetividad necesaria. Para mi gusto, ello es lamentable. No sólo porque es una manera parcial y poco seria de dialogar, sino también porque muestra una verdad a medias. Un panorama sesgado; cuando la realidad es distinta. Y ante una prognosis mala, la diagnosis dista de servir.

La realidad es que existen logros importantes y plausibles en esta materia. A continuación se comentarán (§III), no sin antes describir el trasfondo conceptual sobre el cual ocurre (§II) que explica el problema que genera (§IV). Expuesto ello, propondré una solución (§V).

¹ British Year Book of International Law (1961), 37, pp. 156, 182.

² Me ceñiré al derecho administrativo local y sus implicaciones en arbitraje. No abordo las ramificaciones internacionales por haberlo hecho en otros contextos. ¿CUÁNDO PACTA ES SERVANDA?: CLÁUSULAS PARAGUAS EN ARBITRAJE DE INVERSIÓN e INTERPRETACIÓN DE LAS CLÁUSULAS PARAGUAS EN LA EXPERIENCIA DEL ARBITRAJE DE INVERSIÓN, ambos visibles en www.gdca.com.mx/publicaciones/arbitraje. A su vez, ARBITRAJE, Ed. Porrúa, México, D.F., 3a ed., 2011, pp. 951 a 976.)

³ Por sencillez, utilizo la frase genérica "contratación gubernamental" para abarcar todas las especies de contratos administrativos.



II. EL ANTECEDENTE: LA TEORÍA DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO⁴

La teoría del contrato administrativo de la tradición jurídica civilista⁵ en esencia dice que el contrato administrativo guarda tanto similitudes como diferencias con el contrato regido bajo derecho privado.⁶ Las similitudes consisten en que parte de dicho acto jurídico se nutre, teje y rige por el derecho de las obligaciones. Por la teoría del contrato. Por principios de contratación, incluyendo la libertad contractual—aunque matizada.⁷ Las diferencias radican esencialmente en dos cuestiones. Primero, una de las partes es un ente público que responde públicamente por su gestión. Después de todo, utiliza fondos públicos. Segundo, los intereses en juego. Siendo que contrata para, por ejemplo, prestar un servicio público, y ello con miras a satisfacer necesidades colectivas,

sus intereses deben prevalecer sobre las necesidades individuales. Su régimen viz el contratante particular merece un tratamiento diverso. Después de todo, no son iguales. Mientras que uno responde a un interés *particular* (lucro), otro responde a un interés público (satisfacer una necesidad social). Aceptada la distinción, fluyen consecuencias diversas. Una relevante para los objetivos de este ensayo es el *régime exorbitante*:⁸ un conjunto de principios de los cuales carece el derecho contractual privado que dan prerrogativas al ente público por encima del ente privado.⁹ Un régimen que deroga derecho común. Una prerrogativa derivada de la fuerza pública¹⁰ que es tanto causa como consecuencia del hecho que el contratante público es in natura distinto al privado.¹¹ Dicha diferencia en la realidad tiene un reflejo en el mundo del derecho: la ausencia de igualdad que constituye el punto de partida del derecho civil contractual.¹²

⁴ En la investigación y elaboración de esta sección me he beneficiado de conversaciones con varios expertos en derecho y litigio administrativo. Uno de ellos—Julieta Ovalle Piedra—me ha sido especialmente útil. Deseo extenderle mi reconocimiento y agradecimiento por su orientación, deslindándola de cualquier error u omisión por los cuáles sólo yo soy responsable.

⁵ Es digno de énfasis que el régimen que a continuación describo no ha encontrado eco en jurisdicciones de common law. Grosso modo, para estas jurisdicciones, el régimen del contrato administrativo se circunscribe a la licitación y adjudicación (public procurement) en términos costo-eficientes, justos y ausentes de ilicitud (incluyendo corrupción). Pero hecho ello, el contrato se torna en un instrumento regido por el derecho privado. Como lo expone Cane: “Unlike French law ... English law recognizes no category of ‘public contracts’ subject to a regime of public law and distinct from contracts between private individuals and corporations. The starting point of English law is that the ‘ordinary’ law of contract regulates public contracting ... and private contracting alike”. (Peter Cane, *ADMINISTRATIVE LAW*, Clarendon Law Series, Oxford University Press, Oxford, Fifth Edition, 2011, p. 224.)

⁶ Al respecto, ver Laubadère, *TRAITÉ THÉORIQUE ET PRATIQUE DES CONTRATS ADMINISTRATIFS*. Librairie générale de droit et jurisprudence, R. Pichon et R. Durand-Auzias, París, 1956. Laurent Richer, *DROIT DES CONTRATS ADMINISTRATIFS*, L.G.D.J., France, 2010. Christophe Guettier, *DROIT DES CONTRATS ADMINISTRATIFS*, Thémis Droit, París, Presses Universitaires de France, 2004.

⁷ Este punto merece énfasis. Mientras que en los contratos civiles las partes pueden pactar todo lo que no esté prohibido, en los contratos administrativos las partes pueden pactar sólo lo que esté permitido. Lo que el derecho administrativo aplicable permita. Claro, pueden no aceptarlo y simplemente no contratar. Pero no pueden escoger de entre el régimen administrativo qué pactar y qué no. Es a esto a lo que me refiero al aludir a la libertad contractual matizada administrativamente.

⁸ Laubadère hace, en la biblia de esta materia, un análisis detallado de la clause exorbitante. (*ob cit*, pp. 85 et seq.)

⁹ Por ejemplo, el *ius variandi*: la posibilidad de cambiar algunos términos del contrato dentro de ciertos límites en línea con un propósito de interés general. Otro ejemplo es la terminación administrativa y la posibilidad de emitir decisiones auto-ejecutables. A su vez, en algunas jurisdicciones se acepta que el particular no cuenta con la exceptio *non adimpleti contractus*. El universo exacto de facultades exorbitantes varía no sólo de país en país (consecuencia natural de ser producto del derecho local), sino dentro del mismo dependiendo del régimen aplicable (por ejemplo, puede ser que conforme a una ley administrativa estatal existan más facultades exorbitantes que otro, inclusive del mismo país). Y para añadir a la complejidad, algunos entes públicos contemplan más facultades asimétricas que al confeccionar sus contratos de adhesión.

¹⁰ ‘*Prérogative de puissance publique*’ para parafrasear a Laubadère (*ob cit*, p. 91.)

¹¹ Su distinción exacta ante géneros próximos visibles en relaciones contractuales entre partes con asimetría económica puede ser difícil. Ante ello, una manera de determinar si una disposición o facultad es exorbitante—y no simplemente leonina—es que la cláusula exorbitante tiene ‘sello administrativo’ (“*porte la marque administrative*”, en palabras de Laubadère (*ob cit*, p. 100.))

¹² Aunque la infrecuencia es una característica de las cláusulas exorbitantes, el que una cláusula sea poco habitual no le merece el adjetivo “exorbitante”. Es por ello que la alusión al ‘sello administrativo’ es útil.



Esta teoría, si bien producto y peculiaridad del derecho francés,¹³ se contagió a jurisdicciones diversas.¹⁴ Una de ellas fue México. Como resultado, diversas jurisdicciones aceptan,¹⁵ casi como verdad de Perogrullo, que cuando un particular contrata con el Estado (o cualquier ente gubernamental), lo hace en términos distintos a los que aceptaría cuando contrata con otro particular. La doctrina administrativa hace eco del paradigma. Por ejemplo, Serra Rojas explica:¹⁶

La institución del contrato forma parte del sistema liberal ya que las partes lo celebran con libertad o en ocasiones sujeto a ciertas restricciones necesarias para asegurar el interés general. Un sistema totalmente diferente es el que existe en los Estados comunistas, en donde estas formas jurídicas no pueden llamarse propiamente contractuales, por la constante y total acción unilateral del Estado.

El contrato administrativo es una obligación bilateral, sinalagmática, en la que una de las partes es la Administración Pública con las prerrogativas inherentes a su condición jurídica, y la otra un particular o una entidad pública, destinada a realizar determinados fines o relaciones, sometidos a ciertas reglas particulares exorbitantes, entre ellas la forma que deben revestir y la de estar sometidos, en su caso, a la jurisdicción contencioso-administrativa.

En los contratos que regula el código civil, la voluntad de las partes es la suprema ley, de allí nacen las normas que rigen esa relación jurídica

ca aplicándose el propio Código como normas supletorias para llenar los vacíos no previstos por las partes. Sus principios generales radican en la igualdad de las partes y en la autonomía de la voluntad.

En los contratos administrativos la situación es diferente: la voluntad de las partes no pueden alterar los mandatos de la ley que se aplica directamente, las partes se subordinan a una relación de derecho público preestablecida o principios jurídicos creados ex – profeso para normar esas situaciones, que obedecen a los reclamos del interés público. De aquí cierta precariedad en la relación que se establece, que es de antemano conocida por los que contratan con la administración pública que actúa sin propósito de lucro y sólo trata de asegurar el interés general.

En otro contexto, Serra Rojas continúa:¹⁷

La cláusula exorbitante es una imposición del poder público que la reclama inspirado en el interés general, que no debe estar subordinado a un interés particular. El Estado define previamente el régimen jurídico que regulará todos sus actos, que no pueden ser otros que la imperiosa necesidad del mantenimiento de los servicios públicos. Cuando el Estado lo estima conveniente no establece este régimen y el contrato ni puede llamarse un contrato administrativo. ...

Este régimen exorbitante se traduce en ciertos privilegios para la Administración pública, ne-

¹³ Guido Santiago Tawil, *ON THE INTERNATIONALIZATION OF ADMINISTRATIVE CONTRACTS. ARBITRATION AND THE CALVO DOCTRINE*, en *ARBITRATION ADVOCACY IN CHANGING TIMES*, ICCA Congress Series No. 15, Wolters Kluwer, The Netherlands, 2011, p. 327.

¹⁴ Un estudio explica la existencia del *droit administratif* como resultado de la debilidad de los otros poderes ante el Ejecutivo y para evitar que el poder judicial interfiera en actividades de la administración (L. Neville Brown y John S. Bell, *FRENCH ADMINISTRATIVE LAW*, Oxford Univ Press, 5th ed, 2003, pp. 24-25.)

¹⁵ Por ejemplo, casi toda América Latina.

¹⁶ *DERECHO ADMINISTRATIVO*, Ed. Porrúa, México, D.F., 1995, 16ª edición, pp. 634-635.

¹⁷ Andrés Serra Rojas, *DERECHO ADMINISTRATIVO*, Segundo Curso, Porrúa, México, 1995, pp. 641-642.



cesarios para la realización de sus fines. Por ello goza de prerrogativas y facultades superiores a las de los particulares. Por lo regular, la interpretación u aplicación del contrato administrativo lo hace la propia Administración.

Otro importante administrativista, Gabino Fraga, explica:¹⁸

el régimen excepcional de los contratos administrativos permite considerar como válidas ciertas estipulaciones que no podrían tener efecto en el régimen de contratación civil. Dentro de éste último serían contrarias al orden público y, por lo tanto, estarían viciadas de invalidez las cláusulas que invistieran a uno de los contratantes de facultades para imponer de propia autoridad a su contraparte la ejecución forzada de sus obligaciones, las sanciones estipuladas en el contrato o la extinción misma de éste.

Por el contrario, esas mismas estipulaciones en favor de la Administración dentro de los contratos Administrativos se consideran como perfectamente regulares, porque ellas salvaguardan el eficaz cumplimiento de las atribuciones estatales, que de otro modo quedaría impedido si el Estado no dispusiera de medios rápidos y efectivos para poder satisfacer las necesidades colectivas. Y es que el Estado, como ya hemos dicho antes, no puede prescindir de su carácter de poder público aun en las relaciones contractuales, y "si no impone como Poder el contrato, impone al que quiere contratar con él condiciones que

dejan a salvo ese poder.

A su vez, Alfonso Nava Negrete comenta:¹⁹

La cláusula exorbitante, desde luego es una cláusula derogatoria del derecho común, no es posible en los contratos de derecho común, la imposibilidad deriva fundamentalmente en que ella viene a romper con el principio esencial de la igualdad de los contratantes que priva en los contratos civiles. Y la manera como da origen a la desigualdad es creando a favor de la administración poderes, o más bien prerrogativas frente a su co-contratante. Aparece la noción de prerrogativa en provecho de la Administración, como prerrogativa de fuerza pública, de la que no goza el co-contratante. Se habla así de prerrogativas exorbitantes.

Acosta Romero toca el punto en sus dos obras sobre derechos administrativo así:²⁰

Se señala en la doctrina que es típico de los contratos administrativos el que contengan cláusulas exorbitantes, es decir, en las cuales la Administración Pública tiene una serie de derechos que en cierta forma rompen con el principio tradicional del Derecho Civil, de igualdad de las partes en un contrato; esas cláusulas son, por ejemplo, en el contrato de obra, las de especificaciones y planos que se imponen al contratista, la de suspensión de obras y modificación de las mismas sin indemnización, la cláusula de rescisión unilateral, así como las que establecen la intervención de otros órganos de la Administración Pública.

¹⁸ DERECHO ADMINISTRATIVO, Porrúa, México, 33ª edición, 1994, pp. 403-404.

¹⁹ CONTRATOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. Revista del Tribunal Fiscal de la Federación, 2º Núm. Extraordinario, pp. 557 – 572.

²⁰ Miguel Acosta Romero, DERECHO ADMINISTRATIVO ESPECIAL, Porrúa, 4a ed., México, 2001, pp. 692-693. Miguel Acosta Romero, SEGUNDO CURSO DE DERECHO ADMINISTRATIVO, Porrúa, México, 2ª ed., 1993, pp. 633-634.



Y la doctrina no es la única que da eco a dicha noción. Recientemente, la Suprema Corte de Justicia de la Nación razonó:²¹

las singularidades que caracterizan a los contratos administrativos y a sus modos de ejecución, es la presencia en ellos de otra potestad de la Administración Pública, en virtud de lo cual ésta tiene la prerrogativa de disponer, en todo momento y de manera unilateral, la rescisión de esos contratos. ... [dicha] potestad exorbitante de los contratos administrativos [es] El reconocimiento de la potestad o facultad de la rescisión administrativa encuentra plena justificación, por la circunstancia de que si en el ámbito civil, donde prevalece como regla general el interés privado, existe la previsión legal de que los contratantes sujetos a este régimen pueden, bajo determinadas condiciones, rescindir motu proprio los contratos bilaterales en que intervinieran, sin necesidad de acudir a los tribunales, es lógico que tratándose de la esfera administrativa, en la cual imperan razones superiores, vinculadas al interés general, esa misma facultad puede ser ejercida por los órganos de autoridad, cuando celebren contratos con particulares, pues con ello la Administración Pública persigue la posibilidad de actuar con mayor oportunidad y eficacia.

Continúa explicando que:²²

[el] Contrato es de carácter administrativo y en la relación establecida entre la dependencia o

ente de la Administración Pública y el particular, no existe igualdad ya que aquellos se colocan en una situación distinta y mas favorable de la que rige a quienes con ellos contratan poseyendo la atribución de rescindir administrativamente el contrato, rescisión que, por que constituye un acto de autoridad administrativa ajeno a una mera relación entre particulares, de suerte tal que la rescisión no se traduce en autorización para hacerse justicia por si mismo y para privar al particular el contratante de sus derechos sin haber sido oído y vencido en juicio, sino únicamente en el ejercicio de una facultad legal cuyo establecimiento no contraviene alguna norma de la Constitución Federal pues esta no le prohíbe de forma expresa, además, no impide el acceso a la administración de Justicia por parte del gobernado.

En forma relevante, la Corte apoyó dicho razonamiento en casos recientes²³ y algunos de hace más de cien años.²⁴

Dicho paradigma ha propiciado la existencia tanto de un régimen *sustantivo* como *adjetivo* diverso.

Con respecto al *sustantivo*, el principio subsumido en la legislación administrativa diversa es que, siendo un órgano público parte del contrato, cuya misión es prestar un servicio público que es de interés público, su continuada prestación no puede estar sujeta a vicisitudes provenientes de los intereses privados, individuales, de la parte privada en dicha relación.²⁵ Con respecto al régimen *adjetivo*, la misma *ratio* motiva la existencia de tribunales especializados que conozcan (a veces con jurisdicción exclusiva) de las disputas que

²¹ Amparo en Revisión 1081/2006, pp. 58-60.

²² Id., p. 65.

²³ Por ejemplo, la Tesis: 2ª IV/2001, de la Segunda Sala de la SCJN, SJF, tomo XIII, febrero 2001, p. 292 y la Jurisprudencia del Pleno de la SCJN cuyo rubro dice "CONTRATO DE OBRA PÚBLICA. LA COMPETENCIA PARA CONOCER DEL CONFLICTO SUSCITADO POR SU RESCISIÓN, PROVENIENTE DE UN ACTO ADMINISTRATIVO DE AUTORIDAD, CORRESPONDE A UN JUZGADO DE DISTRITO EN MATERIA ADMINISTRATIVA" (Octava Época, Junio 1995, SJF tomo 78, p. 18).

²⁴ Cuyo sentido en esencia es entender que existen facultades con las que cuentan los entes públicos al contratar con particulares que son asimétricas y constituyen actos de autoridad.



puedan surgir de dicha relación jurídica – el contencioso administrativo y los tribunales administrativos del Poder Judicial.

Entender esta teoría es clave, pues es la raíz del problema. No sólo porque es el trasfondo que motiva el desarrollo que comento en la siguiente sección, sino también por que es una teoría enraizada: proveniente de Francia, se ha entendido por países diversos (incluyendo latinoamericanos—por ejemplo Chile,²⁶ Perú,²⁷ España,²⁸ El Salvador,²⁹ Costa Rica,³⁰ Nicaragua,³¹ Uruguay,³² Panamá,³³

Honduras³⁴ y Venezuela³⁵), y a la fecha sigue generando problemas en casos importantes, así como legislación especializada.³⁶ Un ejemplo notorio de esto es la *EuroDisney Law* de abril de 1986, que autorizó la inclusión de acuerdos arbitrales entre Walt Disney Productions (una entidad de Estados Unidos) y entes públicos franceses, con miras a atraer a Francia la inversión de EuroDisney.

Entendido el trasfondo, pasemos al desarrollo reciente.

²⁵ Al respecto, se recomienda Gabino Fraga, *DERECHO ADMINISTRATIVO*, Ed. Porrúa, México, D.F., 33a edición, 1994, pp. 395 et seq y a Jorge Escola, *COMPENDIO DE DERECHO ADMINISTRATIVO*, vol. II, Ediciones Depalma, 1984, pp. 678-679.

²⁶ Artículo 13 de la Ley 19.886, Ley de Bases Sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de servicios, que dice "Los contratos administrativos regulados por esta ley podrán modificarse o terminarse anticipadamente por las siguientes causas: (...) d) Por exigirlo el interés público o la seguridad nacional. (...)".

²⁷ En El Perú este tema ha generado mucha actividad, lo cual era de esperarse: se trata de una de las jurisdicciones más activas en arbitraje y arbitraje con el Estado. Los desarrollos han incluido legislación, doctrina y opiniones de la entidad competente sobre este tema: Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE). Con respecto a doctrina, se recomienda Oscar Trelles de Belaunde *EL CONTRATO ADMINISTRATIVO, EL CONTRATO-LEY Y LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS*; Jorge Danós Ordoñez, *EL RÉGIMEN DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS EN EL PERÚ*, José Amado y Luis Miranda, *LA SEGURIDAD JURÍDICA EN LA CONTRATACIÓN CON EL ESTADO: EL CONTRATO LEY*. Las opiniones de la OSCE son visibles en <http://portal.osce.gob.pe/osce/content/opiniones-2012> y <http://www.osce.gob.pe/articulo.asp?id=6&ido=178>. (fecha de consulta: abril 2013). Una de ellas hace eco de la teoría así: "...las prerrogativas especiales del Estado, pues se enmarca dentro de lo que la doctrina denomina *cláusulas exorbitantes* que caracterizan a los regímenes jurídicos especiales de derecho público—como es el que subyace a las contrataciones del Estado— en los que la Administración Pública representa al interés general, el servicio público, y su contraparte representa al interés privado". Un ejemplo legislativo lo es el artículo 34 de la Ley de Contrataciones del Estado de 2008 que decía: "**Cancelación del proceso**. En cualquier estado del proceso de selección, hasta antes del otorgamiento de la Buena Pro, la Entidad que lo convoca puede cancelarlo por razones de fuerza mayor o caso fortuito, cuando desaparezca la necesidad de contratar, o cuando persistiendo la necesidad, el presupuesto asignado tenga que destinarse a otros propósitos de emergencia declarados expresamente, bajo su exclusiva responsabilidad. En ese caso, la Entidad deberá reintegrar el costo de las Bases a quienes las hayan adquirido. ..."

²⁸ Artículo 269 de la Ley de Contratos del Sector Público que dice que "son causas de resolución del contrato de concesión de obras públicas las siguientes: (...) (g) El rescate de la explotación de obra pública. (...) (h) La supresión de la explotación de la obra pública por razones de interés público. (...)".

²⁹ Artículo 93 de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública que dice: "Los contratos regulados por esta ley se extinguirán por las causales siguientes: (...) (d) Por rescate (...)".

³⁰ Artículo 11 de la Ley de Contratación Administrativa que contempla el derecho de rescisión y resolución unilateral así: "la Administración, podrá rescindir o resolver, según corresponda, sus relaciones contractuales (...) cuando así convenga al interés público. (...)".

³¹ Artículo 100 de la Ley de Contrataciones del Estado que establece: "Las entidades públicas contratantes, con el exclusivo objeto de proteger el interés público, tendrán las siguientes prerrogativas: (...) Resolver el contrato. (...)".

³² El artículo 51 de la Ley de Participación Público Privada de Uruguay dice: "Los Contratos de Participación Público-Privada se extinguirán por las siguientes causales: (...) (d) Rescate dispuesto por la Administración Pública contratante por razones de interés público, en los términos previstos en la reglamentación y el respectivo contrato. (...)".

³³ El artículo 73 de la Ley de Contratación Pública de Panamá establece lo siguiente: "...la entidad contratante, en acto administrativo debidamente motivado, podrá disponer la terminación anticipada del Contrato, cuando circunstancias de interés público debidamente comprobadas lo requieran...".

³⁴ El artículo 127 de la Ley de Contratación del Estado de Honduras establece que "Son causas de resolución de los Contratos: (...) (7) Los motivos de interés público...".

³⁵ En Venezuela tanto la ley como la jurisprudencia han establecido que la Administración Pública puede incluir cláusulas exorbitantes en sus contratos al establecer un trato más favorable para la Administración Pública.

³⁶ Por ejemplo, el *Contrat de Partenariat* de Francia (*Ordonnance* No. 2004-559 del 17 de Junio de 2003), cuyo objetivo es permitir la utilización del arbitraje en asociaciones público-privadas. Ello se tornó en necesario dada la respuesta a la consulta hecha al *Conseil d'Etat* en el sentido que el arbitraje no estaba disponible en dicha materia, particularmente por estar en presencia de actos de autoridad.



III. EL DESARROLLO

Existe un doble desarrollo en esta materia. Por un lado, un renovado e impetuoso interés en utilizar el arbitraje en la contratación gubernamental. Por otro, un caso que actualiza los riesgos que algunos veíamos en esta materia. A continuación se comentan.

A. RENOVADO INTERÉS EN ARBITRAJE EN LA CONTRATACIÓN GUBERNAMENTAL

Se observa un renovado interés en confiar al arbitraje la solución de problemas relacionados con la contratación gubernamental. Legislación administrativa diversa contempla la posibilidad de pactar arbitraje en la contratación gubernamental. Mientras que la Ley de Petróleos Mexicanos³⁷ y la ley de la Comisión Federal de Electricidad³⁸ lo permitían desde hace tiempo, dos leyes administrativas importantes han modificado su régimen para autorizarlo. Más aún, una pieza legislativa importante del sexenio actual lo contempla dándole un papel importante: la Ley de Asociaciones Público-Privadas.³⁹

Este desarrollo merece más comentario no sólo por el resultado, sino por su génesis.

1. Ley de Obras Públicas y Ley de Arrendamientos y Servicios

La Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las mismas ("Ley de Obras Públicas") y la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público ("Ley de Arrendamientos") llevaban tiempo contemplando la posibilidad de pactar arbitraje. Sin embargo, dicha posibilidad estaba en la práctica vedada dado el requerimiento de ambos cuerpos normativos de exigir que los acuerdos arbitrales que se celebren se hagan de conformidad con las reglas de carácter general que emita la Secretaría de la Función Pública,⁴⁰ mismas que nunca fueron emitidas.

Durante aproximadamente siete años se trabajó en los lineamientos exigidos por dichas leyes, sin que vieran la luz de día.⁴¹ En 2008 un funcionario de alto nivel de la Secretaría de la Función Pública se abocó al tema, tomando con mucha seriedad la misión que se le confió. Para ello, tomó los mejores cursos de arbitraje que se ofrecen en México y creó un grupo de trabajo especializado. Tuve la suerte de formar parte de dicho grupo de trabajo. Las sesiones fueron muchas e intensas. Por su seriedad, el esfuerzo es digno de ser reconocido y aplaudido. El resultado no fue el mejor, pero fue un gran avance en la materia. Por ejemplo:

1. En vez de emitir lineamientos, se modificó la ley de raíz para contemplar en la misma el arbitraje. Ello para dar más seguridad jurídica a quien contrate.⁴²

³⁷ Artículo 72 de la Ley de Petróleos Mexicanos. Los nuevos lineamientos de contratación con PEMEX expresamente contempla y permiten el arbitraje. (Artículo 68 de las disposiciones administrativas de contratación en materia de adquisiciones, arrendamiento, obras y servicios de las actividades sustantivas de carácter productivo de Petróleos Mexicanos y Organismos Subsidiarios (DOF, 6 de enero de 2010)).

³⁸ Artículo 45 de la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica. Artículos 42 y 138 del Reglamento de la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica.

³⁹ El autor ha presenciado conferencias del Jefe del Ejecutivo (Felipe Calderón) donde presume el logro de dicha ley, incluyendo su inclusión del arbitraje.

⁴⁰ La ley aludía a la Secretaría de Contraloría y Desarrollo Administrativo (ahora Secretaría de la Función Pública), y requería que los lineamientos fueran emitidos previa opinión de la Secretaría de Economía.

⁴¹ Divulgo que colaboré en dicho esfuerzo. Fueron muchas las versiones que se circularon de dichos lineamientos. Si bien redacté la primera versión, muchos expertos dieron opinión y nutrieron la misma. Un experto mexicano, Roberto Hernández, fue especialmente activo y atinado.

⁴² Los lineamientos son más fáciles de modificar, lo cual podría restar confianza al contratante.



2. Como regla, se permitió el arbitraje.⁴³ Y no se sobre-reguló, algo digno de tomarse en cuenta dada la frecuencia con la que se sucumbe a dicha tentación en esta materia.⁴⁴
3. Se estableció un régimen liberal y permisivo.
4. Se contempló la posibilidad de pactar y utilizar otros mecanismos (como peritaje, mediación, conciliación y *dispute boards*).

Todo lo anterior es, en mi opinión, un avance positivo en esta materia. No sólo eso, es producto de un interés maduro, bien intencionado, de funcionarios diversos de fomentar la inversión en contratación gubernamental mediante la utilización del arbitraje y otros mecanismos. Ello merece reconocimiento y aplauso. Para mi gusto, el gremio arbitral mexicano no ha acabado de reconocer correctamente este esfuerzo.⁴⁵

A la par de lo bueno, existieron yerros. Al final del artículo 98 de la Ley de obra Pública se estableció que:

No será materia de arbitraje la rescisión administrativa, la terminación anticipada de los contratos, así como aquellos casos que disponga el Reglamento de esta ley.

El artículo 80 de la Ley de Arrendamientos decía que:

Podrá convenirse compromiso arbitral respecto de aquellas controversias que surjan entre las par-

tes por interpretación a las cláusulas de los **contratos** de prestación de **servicios** de largo plazo **previstos en la fracción VI del artículo 3 de esta ley** o por cuestiones derivadas de su ejecución, en términos de lo dispuesto en el Título Cuarto del Libro Quinto del Código de Comercio.

No será materia de arbitraje la rescisión administrativa, la terminación anticipada de los contratos, así como aquellos casos que disponga el Reglamento de esta ley.

El paso tomado por ambas leyes genera problemas diversos, en resumen:

1. La inarbitrabilidad de la rescisión administrativa y de la terminación anticipada:
 - a) excluye del arbitraje dos de los problemas más serios que puede vivir un contrato administrativo;
 - b) provoca la existencia de procedimientos paralelos (arbitrales y administrativos); y
 - c) manda un mensaje negativo a quien contrata con el gobierno.
2. El establecimiento de una norma que permita la exclusión del arbitraje por el reglamento crea inseguridad jurídica al contratante.

Además de lo anterior, la Ley de Arrendamientos generaba⁴⁶ un problema adicional: adoptó un régimen de ex-

⁴³ Simplemente se reconoció que es aplicable la *lex specialis* sobre la materia: el derecho arbitral mexicano (Título IV del Libro V del Código de Comercio).

⁴⁴ Es enorme la cantidad de foros donde he escuchado que debe existir un cuerpo normativo independiente y especializado sobre este tema. Siempre que he preguntado el porqué la respuesta ha sido silencio. Se invita al lector que comulgue con dicho razonamiento a considerar que tenemos derecho arbitral de punta. Ante ello, mucho mejor establecer normas de engarce que hagan aplicable el mismo, que reinventar el hilo negro.

⁴⁵ Observo que muchos prefieren señalar sutilezas que reconocer el avance del panorama. Siempre es bueno buscar el mejor resultado, pero cuando ello se hace a costa de desconocer la compleja realidad que a veces hace difícil (o imposible) emitir un texto jurídico "perfecto", ello es lamentable y pierde la oportunidad de construir. Pero además, ¿perfecto para quién? Como dice el viejo adagio: ante dos abogados expertos, ¡hay tres opiniones!

⁴⁶ Este problema ha sido remediado por la reciente modificación al artículo 80 de la Ley de Arrendamientos (16 de enero de 2012).



cepción, y en dos sentidos. Primero, al establecer que sólo puede pactarse en los contratos “previstos en la fracción VI del artículo 3 de esta ley”, se excluyeron muchas especies de contratos administrativos.⁴⁷ Segundo, la redacción “sólo controversias de interpretación” genera dudas sobre el alcance material de la cláusula arbitral.⁴⁸

La restricción a la arbitrabilidad de la rescisión administrativa y terminación anticipada merece un comentario adicional. Comencemos con su génesis: fue incluida en el texto de la iniciativa en la recta final de las sesiones del grupo de trabajo. A su vez, no fue incluida por los participantes del grupo de trabajo, sino por terceros. La respuesta que mereció fue un (aguerrido) rechazo. Muchos apercibimos (yo fui insistente y enérgico) que contemplar dicha cortapisa acarrearía problemas. Tales, que posiblemente era mejor no modificar nada, que adoptar la iniciativa con dicha excepción. Pero lo más importante fue el motivo: al indagar sobre la razón de dicha inclusión se nos informó que obedecía a que ello era el estado actual de la materia, acorde a la jurisprudencia vigente. Esto fue materia de debate intenso. Muchos de los presentes disintieron sobre la rectitud de la aseveración. Otros admitieron (yo estuve dentro de éstos) que existían algunos

casos que así lo sostenían, pero que habían otros que sostenían lo contrario. Más aún, siendo los segundos los más recientes, se observaba una tendencia a el paradigma.⁴⁹ Siendo que se consideraba mejor derecho no incluir la restricción,⁵⁰ era de preferirse que no se indicara nada.⁵¹ Sería un paso a favor de la mejor vertiente.

Lamentablemente, no se logró el cambio. Cuando esto fue hecho público, el gremio contestó ásperamente.⁵² En esencia, los motivos fueron los expuestos.

2. Ley de Asociaciones Público Privadas

La Ley de Asociaciones Público Privadas (“LAPP”) es una pieza legislativa de la cual la administración Calderón está orgullosa. Al exponer su virtudes expresamente se alude a su utilización del arbitraje y otros mecanismos.⁵³ En buena medida, el régimen es plausible. Sin embargo, existen arrugas que deben ser planchadas. Por ejemplo, su artículo 139 *in fine* dice:

[...]

III. El laudo será obligatorio y firme para ambas partes. En su caso, sólo procederá el juicio de amparo.

⁴⁷ Durante las sesiones del grupo de trabajo manifesté que consideraba que ello era un error. Se me contestó que el motivo obedecía a que (a) eran los contratos donde más se preveía; y (b) que era para evitar que un funcionario que no sepa lo que está haciendo lo pacte en casos que no lo justifican. Contesté que para mi gusto ambos argumentos eran insuficientes. Con respecto al primer argumento, existían muchos otros contratos regidos por la Ley de Arrendamientos que podían justificar la utilización del arbitraje. Al citar algunos ejemplos que me vinieron a la mente (inclusive manifesté que bien podrían haber otros que no se me estuvieran ocurriendo en dicho instante—era mi respuesta inmediata al argumento que por vez primera se me hacía ver), se me admitió que era cierto. Sin embargo, no se hizo nada. Con respecto al segundo argumento, en mi opinión, ello es paternalista. Además, una ley no puede legislar para el neófito. Debe ser un régimen inteligente, no que suponga una *capitis diminutio* de su destinatario. Así lo manifesté. Tampoco recibí una respuesta.

⁴⁸ Es de admitirse que, aunque la redacción no ayuda, no percibo que la intención legislativa sea reducir el ámbito de conocimiento. (Ello también fue remediado con la modificación del 16 de enero de 2012.)

⁴⁹ O por lo menos así podía argumentarse.

⁵⁰ Dejando así la posibilidad abierta para debatir el punto ante tribunales.

⁵¹ Hacerlo cristalizaba en ley lo que parecía que era el paradigma en vías de ser refinado.

⁵² Tanto en foros locales como internacionales lo que más se comentó fue la inarbitrabilidad de la rescisión administrativa y terminación anticipada; y se hizo en términos negativos. Casi no se comentaron los aspectos positivos. Si bien esto merece la crítica que he hecho antes sobre el maniqueísmo observable en esta materia, también es cierto que reafirmó lo que en grupo de trabajo hicimos ver a quienes insistieron en incluir dicho precepto. Es decir, la comunidad de inversionistas y arbitral nacional e internacional nos dio la razón.

⁵³ Conferencia ante la Cámara Mexicana de la Industria de la Construcción en Los Pinos el 3 de mayo de 2012.



No podrá ser materia de arbitraje la revocación de las concesiones y autorizaciones en general, ni los actos de autoridad.

La solución de controversias relacionadas con la validez legal de cualquier acto administrativo sólo podrá dirimirse por los tribunales federales.

Dos problemas son detectados:

1. La oración "En su caso, sólo procederá el juicio de amparo" provoca dudas sobre la procedencia del juicio de amparo.
2. La inarbitrabilidad de los actos de autoridad hace sospechar que se incluyó 'por la puerta trasera' la rescisión administrativa y la terminación anticipada, pues podrían considerarse actos de autoridad.

Sobre la primer preocupación, divulgo al lector que el CENTRO DE ARBITRAJE DE LA INDUSTRIA DE LA CONSTRUCCIÓN fue consultado sobre dicho proyecto de ley. El texto previo decía "sólo procederá el juicio de amparo".⁵⁴ Ello era un doble *foul*: por un lado, sí procede un recurso: el juicio de nulidad.⁵⁵ Por otro, el amparo no procede. La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sido tan clara como atinada y contundente a este respecto. Al traer la atención sobre esto, dicho texto se cambió. Quienes estuvieron involucrados en esta iniciativa mostraron una enorme apertura sobre el tema y deseo para emitir la ley en los mejores términos posibles.

Es cierto que hubiera sido preferible no incluir la oración "En su caso, sólo procederá el juicio de amparo" pues

puede invitar confusión. También es cierto que sería mejor que en el mundo no hubiera guerras ni hambrunas ni maldad. La realidad no siempre es la utopía que algunos desean (y en base a la cual parecen partir al emitir sus críticas). Lo que se logró fue un 'second best': dejar el punto abierto como una cuestión a ser resuelta por la *lex specialis*: la ley de amparo. (Y siendo que la SCJN ha sido clara en que no procede, la conclusión jurídica es la hipótesis "en su caso" de dicha oración nunca se actualiza.)

Sobre el segundo punto, aplican las mismas observaciones que he hecho con respecto rescisión administrativa.

B. EL CASO COMMISA V PEP

Resumir los puntos más sobresalientes de este caso es conveniente para los fines de este ensayo. El motivo es que ilustra la problemática abordada.

1. El laudo

El arbitraje CCI número 13613 entre Corporación Mexicana de Mantenimiento Integral, S. de R.L. de C.V. y Pemex-Exploración y Producción ("COMMISA v PEP") tuvo como resultado un laudo (diciembre de 2009) que condenó a PEP a pagar a COMMISA más de trescientos millones de dólares.

2. El amparo

En forma paralela al arbitraje, COMMISA recurrió la rescisión administrativa en amparo.⁵⁶ Mucho puede decirse sobre este paso, particularmente a la luz del derecho

⁵⁴ Al respecto, ver González de Cossío, *ARBITRAJE*, Ed. Porrúa, México, D.F., Tercera edición, 2011, p. 203.

⁵⁵ Artículo 1457 del Código de Comercio.

⁵⁶ Amparo en Revisión RA-123/2006, sentencia de 17 de mayo de 2006 del Sexto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito. Amparo en Revisión 1081/2006, sentencia de 23 de junio de 2006 de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.



de amparo. Dado el objeto de este ensayo sólo mencionaré que el amparo fue negado.⁵⁷ (Aunque sobreseído en primera instancia⁵⁸ y en revisión⁵⁹ fue atraído por la Suprema Corte, misma que decidió no otorgar amparo⁶⁰ turnando el asunto a tribunal colegiado, mismo que negó la protección constitucional.⁶¹)

3. La impugnación judicial y la nulidad

Se solicitó la nulidad del laudo *inter alia* en base a que ventilaba cuestiones no arbitrables y violaba el orden público. El juez de nulidad rechazó la solicitud.⁶² Dicha sentencia fue recurrida en amparo argumentando violación a la garantía de legalidad siendo que el juez de nulidad no anuló no obstante que se encontraba en presencia de materias no arbitrables y violaciones al orden público. El juez de distrito negó el amparo.⁶³ Se interpuso recurso de revisión. El colegiado anuló.⁶⁴ Al hacerlo, razonó que:⁶⁵

a) **Arbitrabilidad:** El laudo es nulo por ventilar cuestiones no-arbitrables. Dicha determinación descansó en tres premisas:

i) *Actos de autoridad:* No obstante que el acuerdo arbitral contenido en el contrato es amplio, el Tribunal Colegiado determinó que no abarcaba disputas provenientes de rescisiones administrativas pues estas son consideradas actos de autoridad. En apoyo a dicho razonamiento se citó una Jurisprudencia (por contradicción) de la Octava época del Pleno Suprema Corte de Justicia de la Nación.⁶⁶

ii) *Jurisdicción exclusiva:* La inarbitrabilidad de la materia deriva de que existe competencia exclusiva de los tribunales administrativos mexicanos para ventilar actos de autoridad (incluyendo rescisiones administrativas).

iii) *Cosa juzgada refleja:* dado que existía una decisión de un juez competente que determinó que la rescisión era constitucional,⁶⁷ dicha determinación era 'cosa juzgada refleja' vis-à-vis el tri-

⁵⁷ La historia procesal de este amparo no es tan importante como el hecho que existió en forma paralela al arbitraje. Los motivos quedarán en manifiesto más adelante.

⁵⁸ El Juzgado Décimo Cuarto de Distrito en Materia Administrativa en el Distrito Federal lo negó el 23 de agosto de 2005 al considerar que PEP no era autoridad (Expediente 1950/2003).

⁵⁹ Sexto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, sentencia de 17 de mayo de 2006 (Expediente 123/2006). Para ser exactos, fue sobreseído respecto de uno de los considerandos y se salvó la jurisdicción de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ("**Suprema Corte**") en otro.

⁶⁰ Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 23 de junio de 2006.

⁶¹ Sexto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, sentencia de 23 de febrero de 2007.

⁶² Juez Quinto de Distrito en Materia Civil en el Distrito Federal, 24 de junio de 2010.

⁶³ Juez Décimo de Distrito en Materia Civil en el Distrito Federal, 3 de septiembre de 2010.

⁶⁴ Décimo Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, 25 de agosto de 2011. (Para ser exactos, emitió una sentencia revocando la sentencia del Juez de Distrito, ordenando que dejara insubsistente la resolución reclamada y, en su lugar, emitiera otra considerando que el laudo arbitral es nulo.)

⁶⁵ Lo expuesto es un resumen. La sentencia del tribunal colegiado tiene poco menos de 500 páginas.

⁶⁶ Aunque la decisión no descansó en el texto de la Ley de Obras o Ley de Arrendamientos, existió un argumento a *fortiori* consistente en que la no arbitrabilidad de dicha materia era prevista en otras leyes administrativas.

⁶⁷ Los juicios de amparo descritos en la sección III.B.2 anterior.



bunal arbitral.⁶⁸ En la medida en que (a) existían determinaciones que involucraron la rescisión⁶⁹ (b) en base a las cuales el tribunal otorgó consecuencias jurídicas,⁷⁰ el tribunal arbitral excedió su mandato al tocar una cuestión no arbitrable.

b) **Orden Público:** el laudo es nulo por ser contrario al orden público en la medida en que los contratos administrativos:

i) están regulados por leyes administrativas y la Constitución Federal; e

ii) involucran necesidades gubernamentales delicadas que no pueden ser valoradas por un tribunal arbitral privado.

Como resultado, la autoridad responsable (el Juez de Distrito) emitió una sentencia declarando nulo el laudo arbitral.

4. La ejecución fuera de México

Ante la nulidad en México, se ha solicitado la ejecución en Nueva York.⁷¹ A la fecha de estas líneas, la decisión del juez neoyorquino estaba pendiente.⁷²

IV. EL PROBLEMA

Expuestos los antecedentes (§II) y el desarrollo que la materia ha tenido (§III), lo ocurrió en el caso *COMMISA v PEP* era de predecirse. De hecho, fue predicho. Quienes asesoramos y participamos en el grupo de trabajo de las leyes administrativas⁷³ hicimos alusión expresa a dicho peligro.⁷⁴ A su vez, expertos⁷⁵ e instituciones importantes (como CCI México) han hecho ver esta problemática.⁷⁶

Sin duda *COMMISA v PEP* atraerá la atención nacional e internacional. De hecho, ya se escucha en los pa-

⁶⁷ Los juicios de amparo descritos en la sección III.B.2 anterior.

⁶⁸ La aplicabilidad de la teoría de cosa juzgada refleja entre tribunales judiciales y arbitrales es un tema nunca antes visto—y erróneo. He comentado dicho paso en *ORDEN PÚBLICO EN MÉXICO: DEL IMPRESIONISMO AL PUNTILLISMO JURÍDICO*, Boletín del Centro de Arbitraje de la Industria de la Construcción, enero 2012. Y en *Revista del Club Español del Arbitraje*, número 13, 2012, p. 147.

⁶⁹ Particularmente determinaciones contrarias a lo que el juez competente sostuvo.

⁷⁰ Penas convencionales y daños y perjuicios.

⁷¹ Por transparencia, divulgo que soy el experto en derecho mexicano designado por los abogados de Estados Unidos de América que se opusieron a la ejecución. Es con autorización que divulgo lo que aquí expuesto.

⁷² Esta decisión será de interés en todo el mundo por motivos diversos. Uno es que versa sobre el (interesante y controvertido) tema de la ejecución de un laudo anulado en la sede del arbitraje. Otro es la calidad jurídica involucrada: los expertos más reconocidos del mundo están involucrados en ambos lados del debate, seguidos por expertos mexicanos de la más alta envergadura (excluyendo al autor, por supuesto).

⁷³ Descrito en la sección III.A.1 de este ensayo.

⁷⁴ Inclusive, algunos pusimos nuestras ideas y protestas por escrito. Véase por ejemplo, *DE LEYES Y EMBUTIDOS: EL ARBITRAJE EN MATERIA DE OBRA PÚBLICA, ADQUISICIONES, ARRENDAMIENTOS Y SERVICIOS CON EL SECTOR PÚBLICO*, Pauta 61, agosto 2010, p. 164 (visible en www.gdca.com.mx/publicaciones/arbitraje).

⁷⁵ El Dr. Herfried Wöss ha analizado el problema en forma interesante en *EL ORDEN PÚBLICO, DERECHO PÚBLICO, COSA JUZGADA E INARBITRABILIDAD EN CONTRATOS PÚBLICOS EN MÉXICO (LA ANULACIÓN DEL LAUDO DEL CASO ICC 13613/CCO/JRF)*.

⁷⁶ CCI México organizó un evento en verano de 2009 donde se hicieron observaciones sobre la modificación a las leyes administrativas en cuestión por muchos practicantes y expertos. Una crítica que se escuchó con ahínco fue la inarbitrabilidad de la rescisión administrativa y terminación anticipada. Fue hecha con tanta energía que disgustó a algunos.



sillos y tras bambalinas. A su vez, se ha comentado en algunos foros. Algunos llegan al extremo de decir que mientras no se corrija el problema no recomendarán a sus clientes usar arbitraje.

Me pregunto si la postura es sostenible en la lógica y la praxis. Por principio, supone que hay una mejor opción. ¿La hay? El contencioso administrativo y el poder judicial son ideales para muchos casos, mas no todos. Existe una veta de casos cuyas necesidades son idealmente satisfechas mediante arbitraje—aún con esta problemática (sin que sea motivo para no corregir). Y si la contratación es con extranjeros, canalizarlos a vías locales no disipa su (legítima) preferencia por contar con mecanismos equi-distantes a ambas partes. Neutrales. Por ende, creo y *postulo* que la solución no es erradicar; es refinar, arreglar, dialogar sobre este problema con miras a hacer ver a los actores relevantes que el problema merece solución. Sin el mismo, sus planes de fomentar actividad e inversión en una actividad deseada (por satisfacer necesidades sociales, como la infraestructura) no serán exitosos, o costarán mucho más.⁷⁷

Es éste el ánimo que motiva este ensayo.

Pero hay más que apuntar sobre este caso. A diferencia de otros casos,⁷⁸ lo que dio lugar a la decisión *COMMISSA v PEP* no es corrupción o ignorancia.⁷⁹ Deriva del tras-

fondo de derecho administrativo. La *malaise française* descrita en la sección II de este ensayo.

V. UNA SOLUCIÓN: CONTRA LA MALAISE FRANÇAISE, EL ANTIDOTO ANGLAISE

Necesitamos poner la casa en orden.⁸⁰ Necesitamos aclarar este régimen. Mientras ello no ocurra, inversiones que nuestro país requiere—no, ansía—serán cursadas a otros mercados. Y las que sí ocurran tendrán lugar a un costo mayor: la consecuencia necesaria de ser una jurisdicción más riesgosa.

No es ninguna noticia que ningún Estado es autárquico en la satisfacción de necesidades y prestación de servicios públicos. Lo que es noticia es el impulso que ello recientemente ha obtenido. Hoy en día se observa nacional e internacionalmente mucha actividad sobre la materia. Un deseo de los entes públicos de hacer más uso del capital y pericia privada para lograr sus fines. De hacer *joint ventures* mediante los cuales se pueda apalancar en capital privado para prestar servicios públicos—máxime las restricciones presupuestarias. O de beneficiarse de los resultados de la investigación y desarrollo fruto de la inversión privada para brindar las mejores y más modernas opciones a los gobernados. Ello es tan maduro como conveniente. Nadie es experto en todo. Nadie tiene recursos ilimitados. Ante ello, hacer

⁷⁷ La consecuencia necesaria de que el riesgo-país incrementará. El mercado de capitales exigirá, al ponderar cursar una inversión a México (incluyendo celebrar contratos con el gobierno), una prima adicional por el riesgo propiciado por dicho paradigma judicial. Si la inversión en cuestión no paga dicha prima, la inversión simplemente no ocurrirá. El motivo: no se justifica financieramente. El capital será atraído por proyectos alternos (probablemente en otros países)—que siempre hay. Por ende, la consecuencia más palpable detrás de todo este desarrollo es el incremento en la onerosidad de la contratación pública en México. Todos los contratos que celebren entes públicos mexicanos serán más onerosos (hasta que esto se corrija y se publicite su corrección).

⁷⁸ Donde lo que ha prevalecido es ignorancia de lo que en verdad ocurrió (por ejemplo, el caso *Infored* (para profundizar porqué, véase González de Cossío, *EL CASO INFORED V GRUPO RADIO CENTRO: EL QUIJOTE MEXICANO*), Revista del Club Español del Arbitraje, 12/2011, p. 17. Visible también en www.gdca.com.mx/publicaciones/arbitraje).

⁷⁹ Esto es importante, pues afecta la solución. La prognosis de la patología debe quedar clara para que la diagnosis sea la correcta. En este caso, la semilla de la decisión es la indicada en la sección II de este ensayo.

⁸⁰ En una conferencia reciente postulé esto con vehemencia. (Véase Conferencia de presentación de libro *Arbitraje*, tercera edición, Universidad Iberoamericana, 23 de febrero de 2012. Visible en www.gdca.com.mx/publicaciones/arbitraje.)



asociaciones público-privadas⁸¹ es astuto—además de conveniente.⁸²

Esclarecido el *fin*, el arbitraje es un *medio*. Cuando la iniciativa privada contrata, necesita y pide certeza con miras a aquilatar correctamente riesgos. El motivo es fácil de entender: cuando un particular contrata con un gobierno conlleva una inversión. Y el *costo más importante de toda inversión es el riesgo*. Una manera de reducir y manejar dicho costo es mediante la redacción de contratos detallados, sofisticados, que contemplen mecanismos que se cercioren que el contrato significa lo que dice. El mecanismo más aceptado que logra dicho propósito es el arbitraje.⁸³

El arbitraje es un mecanismo de credibilidad. Una manera de asegurar que un contrato significa lo que dice. Si se observan las exposiciones de motivos de las legislaciones que han contemplado el arbitraje, todas hablan en unísono: el arbitraje es deseable en la medida en que fomenta la actividad objeto de dicha *lex specialis*. La aseveración descansa no sólo en lo que dicen los documentos relacionados con dichas iniciativas o debates. También encuentra fundamento en la experiencia de quienes hemos vivido su génesis. Las autoridades se han percatado y convencido que la existencia del arbitraje fomenta la actividad pues da tranquilidad a los inversionistas. Por ello, si el objetivo de dicho régimen es incentivar una actividad considerada socialmente deseable, el arbitraje es un aliado.

Es más, iría un paso más lejos y afirmaré que el arbitraje es consistente con el artículo 134 de nuestra Constitución Federal. En la medida en que brinda un mecanismo sofisticado y confiable, reduce riesgo.

Siendo el riesgo uno de los costos más serios de la contratación gubernamental, el mecanismo que lo aminora logra el propósito de “eficiencia”, así como ayudar a ‘asegurar las mejores condiciones en el manejo de los recursos públicos’, dictado por dicha norma constitucional. Siendo un instrumento que da credibilidad, logra el cometido de “eficacia” del precepto constitucional.

Pero ello requiere planchar la arruga conceptual que a la fecha existe en materia de contratos administrativos, y que ha sido detallada en este ensayo.⁸⁴

Expuesta la necesidad, la pregunta es obligada: ¿Cómo? Siendo que la raíz del problema está acenдрada en la teoría decimonónica del contrato administrativo, ¿cómo corregir algo que proviene de una teoría profundamente enraizada en nuestro sistema jurídico?

En forma interesante, tenemos un problema serio con una solución fácil—que resumiré con el siguiente eufemismo: el remedio a la *malaise française* es el *antídoto anglais*: un contrato entre un ente privado y un ente público se rige en su génesis por el derecho administrativo.⁸⁵ Pero ya

⁸¹ O en general contratar con la iniciativa privada para llevar a cabo actividad gubernamental.

⁸² Y así ocurre mundialmente en temas diversos, como prisiones, materia energética, desechos y residuos peligrosos, etcétera. (Para abundar, ver por ejemplo el estudio elaborado por The Economist: “Evaluando el entorno para las asociaciones público-privadas en América Latina y el Caribe: *Infrascopes 2010*”, The Economist Intelligence Unit, Octubre 2010.) En México se ha observado en materias como agua potable, alcantarillado, saneamiento, residuos sólidos, infraestructura hidráulica, operación de rellenos sanitarios, autopistas, puentes, hospitales y rellenos sanitarios. (Existen programas importantes que lo fomentan, por ejemplo el Programa de Modernización de Organismos Operadores de Agua (PROMAGUA), el Programa de Residuos Sólidos Municipales (PRORESOL) y proyectos apoyados por Banco Nacional de Obras y Servicios Públicos, S.N.C. (BANOBRAS)).

⁸³ Un porcentaje importante de los casos en los que he actuado como árbitro ha involucrado contratos administrativos. Ello me ha dado la oportunidad no solo de reflexionar con detenimiento este problema, sino vivirlo empíricamente.

⁸⁴ Sección III.A.

⁸⁵ De allí que se diga que en Reino Unido no hay “*droit administratif*”—como lo presumía el Profesor Dicey hace cien años.



concluido, es un contrato como cualquier otro. El régimen contractual es igual para ambas partes.⁸⁶

Se trata de un cambio epistemológico que requiere de poco cambio legislativo. Irónicamente, una solución fácil a un problema difícil. Y es defendible en lo conceptual: no sería la primer materia en la cual se acepta la teoría de la doble personalidad del Estado: si bien soberano, cuando acude al mercado—cuando contrata—se le tratará como cualquier otro agente económico.⁸⁷

Si seguimos dicho ejemplo algún día algún comentarista podrá decir sobre nosotros lo que un tratadista dice sobre una de las jurisdicciones más avanzadas del mundo en esta materia:⁸⁸

It is extremely rare for disputes arising out of the performance of government contracts to be subject to litigation. Such disputes are usually resolved by informal negotiation between the government and the contractor or, if this does not succeed, by arbitration. An important reason for this is that the relationship between government and its contractors is often more in the nature of a long-term cooperative venture for mutual advantage than a one-off commercial deal.

⁸⁶ Una pregunta obligada es ¿qué hacer de la diferencia entre los contratos que ha—durante más de un siglo—justificado el que exista el régimen exorbitante: los (diversos) intereses en juego? Respondería que ello es saciado con las excepciones (y régimen en general) del derecho contractual. Son eficientes y suficientes para abordar la problemática que viven los entes públicos. No olvidemos la riqueza del derecho de las obligaciones.

⁸⁷ Recientemente dos amparos hicieron eco de esta teoría: el Amparo en Revisión RA-123/2006 (sentencia de 17 de mayo de 2006 del Sexto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito) y el Amparo en Revisión 1081/2006 (sentencia de 23 de junio de 2006 de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación). En palabras del colegiado (citando lo razonado por el Juez de Distrito cuya sentencia analizaba "... el Estado a la vez es persona de derecho público, en donde asume las funciones de autoridad, es también una persona moral oficial de derecho privado, en tanto que es depositario, administrador o representante de los intereses económico que constituyen el patrimonio de la Nación, y con este carácter puede entrar en relaciones laborales, contractuales y civiles con los particulares en un plano de clara coordinación y no de supra a subordinación; por lo que sus actos quedan comprendidos dentro de aquellos que cualquier gobernado ejecuta, ya que en tales relaciones el Estado también queda sometido a las prevenciones del derecho laboral y civil como cualquier otro particular; por consiguiente, congruente con la doble personalidad del Estado ... sólo podrá legalmente ser considerado como acto de autoridad para los efectos del amparo, aquel que ejecute un órgano o funcionario del Estado, actuando con el imperio y potestad que le otorga su investidura pública, es decir, cuando el acto tenga su origen en relación directa con la función pública y el cargo que desempeña, en el plano que dentro del derecho administrativo se conoce como de supra a subordinación." (Amparo en Revisión RA-123/2006, pp. 18-19).

⁸⁸ Cane, ob cit, pp. 233-234.



Lic. Alejandro Ogarrio Ramírez España
Ogarrio, Daguerre, S.C.

I. La finalidad de cualquier controversia en materia de construcción es la recuperación de daños.

Hay que tener en cuenta esto al presentar la reclamación, y darle la importancia que requiere, no concentrándose exclusivamente en tratar de comprobar la responsabilidad de la parte demandada.

Hay que analizar los distintos tipos de daños a los que se puede tener derecho.

1.- Introducción

Las demandas en asuntos de construcción constan de dos secciones:

- i) La sección en la que se reclaman los actos u omisiones de la parte demandada que supuestamente deben dar lugar a la compensación de daños y
- ii) Los cálculos y apoyo de los daños reclamados. Al comprobar los daños hay que tener particular cuidado en hacer referencia a los documentos en los que se basan, más que hacer resúmenes analíticos y llevar a cabo métodos estimativos que aun cuando pueden ser correctos no funcionan adecuadamente en un juicio.

Los daños recuperables por la violación de un contrato son únicamente aquellos que representan la pérdida real de la parte agraviada y lo que debe probarse es que los daños deben representar una cantidad que coloque a dicha parte en la misma posición en la que se hubiese encontrado si el contrato no hubiese sido violado.

Artículo 2108.- Se entiende por daño la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio por la falta de cumplimiento de una obligación.

Artículo 2109.- Se reputa perjuicio la privación de cualquiera ganancia lícita, que debiera haberse obtenido con el cumplimiento de la obligación.

Artículo 2110.- Los daños y perjuicios deben ser consecuencia inmediata y directa de la falta de cumplimiento de la obligación, ya sea que se hayan causado o que necesariamente deban causarse.

Los daños que se buscan no deben de representar un beneficio económico para la parte agraviada, o sea, algo más del daño o perjuicio realmente causado.

En una reclamación de daños la fuente principal del análisis son los sistemas contables de costos del contratista, y sus reportes. Cualquier análisis de daños debe enfocarse a las variantes entre los costos estimados en el proyecto y los costos reales en que se incurrió. En cada caso hay que determinar las razones de la variación, ya sea por encima del presupuesto o por abajo del presupuesto. Esto puede ocurrir por cambios de método de trabajo del contratista. Por ejemplo, si después de que el proyecto inició éste decidió no subcontratar parte de la obra sino llevarla a cabo directamente o, si por ejemplo decidió cambiar los métodos de construcción para que en lugar de ser intensivo de trabajo hacerlo intensivo en equipo y maquinaria.

Así si las variaciones en los costos se derivan de situaciones distintas a las antes mencionadas habrá que analizar con más cuidado cuál es la causa de los diferenciales de costos. Por ejemplo: (i) diferencias en las condiciones del sitio del proyecto; (ii) mal tiempo; (iii) la falta del dueño de la obra en entregar planos detallados; (iv) la entrega retardada de materiales al contratista; (v) la falla del contratista en tener supervisión adecuada o equipo o materiales adecuados, etc.

En todo caso, será necesario determinar si dichos daños son compensables al contratista o no.



Al analizar los reportes de costos de un contratista normalmente pueden revisarse dos tipos de documentos:

1.- Un reporte de costos del trabajo, o un reporte de trabajo en progreso o del estado de los trabajos en el que se identificarán todos los costos de un proyecto incluyendo mano de obra, materiales y equipo. En este tipo de proyectos se identificarán todos los materiales como pueden ser concreto, acero, líneas de conducción, etcétera.

2.- El segundo tipo de reporte normalmente se concreta a los gastos por concepto de mano de obra.

Ese tipo de análisis es útil pues hay veces que los sobrecostos se derivan del hecho de que se haya gastado más de lo presupuestado en las órdenes de compra o en el monto de los subcontratos; pero hay veces que dicho sobrecosto se deriva de incrementos no previstos en los salarios, aceleración de la obra, demoras o trabajos adicionales.

Hay que tener cuidado al determinar los sobrecostos, de analizar si los mismos se derivan del precio base del contrato o si por el contrario se derivan de cambios en la obra en relación con los que el contratista pudo ya haber sido compensado como consecuencia de la correspondiente orden de cambio. Lo que a primera vista pudiera ser un retraso de la obra, en muchas ocasiones no lo es ya que se trata en realidad de órdenes de cambio en la obra por las que el contratista ha sido debidamente compensado.

Para el contratista es esencial tener muy claramente ordenados sus costos. De no ser así será muy difícil probar el nexo causal entre los costos y los daños que se reclaman. La sola existencia de daño no es suficiente para que un contratista pueda ganar la controversia. El derecho que se tiene a dichos daños debe ser demostrado, acredi-

tando primero que el dueño de la obra es responsable por ciertos hechos u omisiones, y segundo que dichos hechos u omisiones realmente fueron la causa directa de los daños. Hay ocasiones, por ejemplo, en que el subcontratista, o contratista general considera que se le debe pagar un sobrecosto al haber utilizado un determinado material de calidad diferente a la prevista o en la licitación o en las especificaciones del contrato; ahí puede que exista el daño, pero no en todos casos va a existir la responsabilidad del dueño de la obra o del contratista principal, pues es necesario obtener una resolución sobre las características de los materiales a aplicarse.

II. Métodos para calcular los daños

El principio general es que el demandante siempre tiene la carga de la prueba sobre la existencia y la cantidad de daños en la que incurrió.

Dentro de los daños hay que distinguir dos categorías: (i) los daños directos que son los costos en los que realmente se incurrió derivados de los hechos u omisiones en la construcción de la obra, y otro tipo de daños que pudiesen llamarse consecuenciales, que son los que derivan de ciertas circunstancias, por ejemplo la pérdida de ingresos derivados en atrasos de la obra; utilidades no generadas; costos financieros derivados de la extensión de la obra. Normalmente en los contratos se incluye una renuncia tanto del dueño de la obra como del contratista a los daños que no sean inmediatos y directos, o sea se renuncia a los daños consecuenciales.

El cálculo de daños va a depender en parte del argumento legal sobre la cual éste se reclame. Por ejemplo:

1.- Si es una mera violación de contrato entonces la idea sería colocar a la parte afectada en la misma situación en la que se hubiese encontrado si no se hubiere violado el contrato;



2.- Hay ocasiones en que no hay un contrato escrito y simplemente se está requiriendo a una parte el que actúe como proveedor de bienes y servicios. En ese caso lo que deberá de buscarse es que no haya un enriquecimiento ilegítimo por parte de quien recibió o proporcionó tales bienes y servicios. Hay ocasiones en que se reclaman daños como consecuencia de negligencia de una de las partes; engaños, o fraude, en cuyo caso será necesario analizar cuáles son los daños que se deben de otorgar como consecuencia de la violación de dichos principios legales. Por ejemplo, ¿qué ocurre si el dueño de la obra manifiesta en el contrato y garantiza que las condiciones del terreno son X, cuando en realidad las condiciones del terreno son Y; lo cual implica mayor costo para la preparación del mismo?

A) Método de costo real

De conformidad con este método, todos los documentos del contratista son utilizados para identificar y definir el costo total de cada pieza de equipo o material así como de cada hora hombre que haya sido necesario como consecuencia de la violación contractual. Hay veces que esto es difícil; por ejemplo cuando en un cambio de la obra existen tanto adiciones como disminuciones en el trabajo. En ese caso es difícil tener claramente documentado el costo del trabajo que fue omitido como consecuencia del cambio en la obra. Cuando se habla de productividad laboral, el llamado "componente ineficiente" del trabajo se encuentra entremezclado con la porción denominada "eficiente".

En la presentación de los daños al tribunal se sugiere la conveniencia de que no se analice únicamente los sobrecostos sino también los ahorros, de manera que haya una presentación convincente pues en muchas ocasiones es posible que existan ahorros como consecuencia de cambios en los métodos de trabajo. Igualmente hay que presentar la vinculación existente entre

ciertos tipos de costos por ejemplo mano de obra y costo de equipos. Resulta difícil entender que, por ejemplo en una excavación, haya sobrecostos de mano de obra sin que haya sobrecostos en el equipo utilizado, pues normalmente esos costos se mueven en paralelo. El sistema de costo real es el preferido por los tribunales, y si se presenta adecuadamente, es muy útil para analizar la relación causa a efecto entre los hechos u omisiones que dieron lugar al sobrecosto y dicho sobrecosto. Esto permite, por ejemplo, en una reclamación por falta de productividad supuestamente causada por hechos u omisiones del contratante el indicar: (i) el método utilizado para hacer el cálculo de la pérdida de productividad; (ii) los trabajos que fueron afectados por la causa que se alegó como origen de la falta de productividad y (iii) cómo se llevó a cabo la comparación entre las horas realmente utilizadas contra las horas planeadas originalmente, o utilizadas en períodos en los que no había afectación a la productividad. Hay juicios que se han perdido porque el contratista no pudo presentar la documentación que acreditara los costos en aquellos días en los que manifestó que la productividad había sido impactada negativamente; qué tipo de trabajo se haya llevado a cabo en dichos días y cuántas horas de trabajo fueron efectivamente utilizadas.

La necesidad de la relación causa efecto en las reclamaciones por daños es absolutamente esencial.

Es muy común en contratos de construcción que se indique que los daños deberán de ser comprobados con los costos efectivamente realizados, según se derive de documentos contemporáneos de la obra.

Es importante recalcar que los documentos que acrediten el costo efectivamente erogado deben de ser presentados no únicamente a los peritos de las partes, sino muy importantemente al tribunal que resuelva la controversia. Es este tribunal el que deberá percatarse



del desembolso de los costos, aunque corresponda a los peritos la labor técnica de cuantificarlos y ordenar su presentación para su mejor entendimiento.

No es poco frecuente el encontrarse con peritajes en que la conclusión del perito se basa en documentos que dice haber tenido a la vista, pero que no fueron presentados ante el Tribunal. A mi juicio ese peritaje debe ser desestimado, y más aún cuando la parte que lo haya ofrecido reconoce de una manera o de otra no contar con los documentos que acreditasen el gasto, o cuando el perito reconoce no haber tenido a la vista los documentos en los que fundamenta su dictamen.

B) Método de costo estimado

Hay ocasiones en que pudiese ser previsible llevar a cabo un estimado de los daños en que incurrió el contratista derivado de cálculos llevados a cabo por personal del contratista, expertos; información sobre costos, contabilidad, etcétera para tratar de comprobar razonablemente el valor de los daños. En este tipo de método, es muy importante validar los supuestos sobre los que se basan las estimaciones ya que al no ser datos reales, pueden arrojar resultados altamente distorsionados.

Hay ocasiones en que los contratistas ofrecen como prueba información sobre obras similares que hayan llevado a cabo, con objeto de demostrar que en obras semejantes, podrían ser aplicables costos igualmente semejantes.

A mi juicio el método de costo estimado tiene que ser utilizado con mucho cuidado, pues de conformidad con nuestro sistema jurídico, los daños causados deben de ser reales, por lo que la estimación de los mismos pudiese ir en contra de lo expresamente dispuesto por nuestro Código Civil.

C) Método de costo total

El método de costo total consiste en calcular los daños como la diferencia entre los costos totales incurridos por el contratista, más gastos generales (overhead) y utilidad, y la cantidad en la que fue aceptada su propuesta o licitación. Este método es sumamente atractivo para los contratistas debido a su sencillez ya que considera como daños a todos los costos erogados por arriba del costo contratado. Sin embargo este método ha sido particularmente rechazado ya que parte del supuesto de que el contratista hizo absolutamente todo en forma correcta y que los sobrecostos se deben exclusivamente a acciones u omisiones del dueño de la obra. Esto evidentemente no es posible en contratos de construcción ya que hay muchos supuestos que no son necesariamente correctos por ejemplo:

- i) La validez en la cantidad del precio de la licitación o del estimado de la obra.
- ii) Errores y desviaciones en el plan de trabajo en que haya incurrido el propio contratista y que hayan dado lugar a sobrecostos; y
- iii) Por otros eventos que dan lugar a incrementos de costos como pueden ser inclemencias del tiempo, lluvia, nieve, etcétera y que no son culpa del dueño de la obra. Este método se utiliza única y exclusivamente cuando es difícil o imposible de identificar incrementos específicos de costos que se vinculen con hechos u omisiones del demandado.

Para que este método fuese aceptable ante un tribunal sería necesario comprobar:

- 1.- Que las particularidades del caso hacen imposible o por lo menos muy difícil determinar en forma real los



costos incurridos con un alto grado de confiabilidad;

2.- Que los sobrecostos en que incurrió el contratista son razonables;

3.- Que el contratista no fue responsable de los sobrecostos; y

4.- Que el estimado de costos presentado por el contratista es realista.

En algún caso documentado, el demandado comprobó que la diferencia entre el precio de la obra propuesta por el demandante y el segundo lugar de la licitación significaba una diferencia de aproximadamente el 40% o sea que el segundo lugar había cotizado la obra cerca de mil millones de dólares por arriba del demandante. Por más que se haya argumentado que la razonabilidad de la propuesta fue confirmada por el hecho de que ésta fue aceptada como viable por el dueño de la obra, no evita la duda muy probable de que el costo de la obra haya sido subvaluado por el contratista que demandó posteriormente.

En ese mismo caso, la cláusula de responsabilidad establecía que se pagarían demoras al contratista, cuando éstas fuesen causadas exclusivamente por obras u omisiones imputables al dueño de la obra; sin embargo, el contratista presentó una serie de documentos para acreditar daños derivados de retrasos, pero expresamente reconoció que:

Un número considerable de meses en el retraso se debió a lluvias torrenciales que afectaron los trabajos e igualmente manifestó que de la cantidad que representaba el 100% de los sobrecostos en la obra al menos un 45% se debían a sus propias deficiencias tanto en la administración de la obra como en la procura de los materiales.

Si a lo anterior se le agrega que no probó documentalmente la existencia de los costos en que incurrió ni tampoco los vinculó con supuestos actos u omisiones del dueño de la obra, era muy difícil el que se le concedieran los daños que reclamó.

D) Método de costo total modificado

Es semejante al método de costo total pero reduciendo de la cantidad reclamada aquellas que pueden identificarse con errores en la elaboración de la propuesta; costos que se deriven de las acciones u omisiones del contratista y costos que se deriven de acciones de terceros. Con lo anterior se trata de ubicar los daños que pueden ser imputables exclusivamente a acciones u omisiones del dueño de la obra. Este método pudiese ser útil cuando el juzgador considera que las pruebas no son concluyentes y que se deberían de hacer ajustes a los costos reclamados por el contratista como daños.

E) Quantum meruit

Hay ocasiones en que los daños que se deben de reembolsar al contratista no tienen relación alguna con el contrato original. Ése puede ser cuando son tantas y tan variadas las órdenes de cambio dadas por el dueño de la obra que el resultado final es completamente distinto a lo inicialmente pactado. En ese caso lo justo es pagarle al contratista aquello a lo que tiene derecho, como si se hubiera cotizado la obra como realmente fue terminada. Suponiendo, naturalmente, que el contratista no haya violado el contrato, y que el alcance del mismo realmente haya sido modificado. Hay veces que los cambios son tan grandes que los alcances de la obra (the scope of the work) son sobrepasados de tal manera que realmente estamos hablando de un contrato distinto, y si el contratista concluye la obra con la plena aprobación y con la expectativa del dueño de la obra de que así sea, el contratista tendrá derecho



a recuperar los costos adicionales en los que haya incurrido. Por ejemplo el caso de un contratista que se compromete a poner materiales y mano de obra para mover 5,000 m³ de tierra y finalmente acaba moviendo más del triple de ese volumen. Podría entonces decirse que el alcance del contrato fue tan ampliamente superado que se trata de un nuevo contrato y que incluso lo que se haya convenido en relación con el trabajo adicional calculado a base de precios unitarios no sería aplicable.

F) Método del juzgador

Si todos los métodos antes mencionados no son suficientes, podría el juzgador tomar en cuenta una mezcla de ellos y llevar a cabo una valuación que considere justa y equitativa para valuar los daños. La respuesta es que un método científico de esa naturaleza debería de ser utilizado únicamente como último recurso.

III. Relación entre los daños y la causa y efecto de los mismos

No importa que tan detallado haya sido el cálculo de algunos daños, éstos serán inútiles si no se ha probado la relación causa-efecto que se ha reclamado. Cualquier reclamación de daño debe contener explicaciones muy claras de cómo se vinculan con el derecho a los daños que se reclaman.

Cuando se analiza una demanda, muchas veces es más fácil determinar cuáles son las causas alternativas del daño, en lugar de la causal que se está reclamando. Muchas veces es más fácil defenderse mencionando cuáles son las explicaciones alternativas, que en lugar de atacar directamente la causal que se haya reclamado.

En muchas ocasiones, un contratista que reclama por retrasos, se va a encontrar con que la defensa del due-

ño de la obra es la concurrencia en dichas causales de retraso. Típicamente nos encontramos como causales concurrentes con: (i) inclemencias del tiempo (éstas debieron de haber sido previstas, o el contratista asumió el riesgo expresamente); (ii) fallas en la procura, ya que los materiales de equipo del contratista no llegaron a tiempo; (iii) incumplimiento del contratista en entregar los planos y dibujos necesarios; (iv) deficiencias del contratista en obtener la maquinaria y equipo en el lugar del proyecto; (v) instalación defectuosa por parte del contratista; (vi) retrasos derivados de la mala planeación o dificultades financieras del contratista.

En ocasiones se pacta que los daños se causarán únicamente como resultado exclusivo de actos u omisiones del dueño de la obra de manera que cuando se dan situaciones como las antes mencionadas no es posible el otorgar los daños reclamados.

a).- Errores en las propuestas y estimaciones del costo del contrato

En muchas ocasiones se dan errores en las propuestas que hace el contratista del precio del contrato como consecuencia de: subvaluar las dificultades del trabajo y en consecuencia la mano de obra y equipo necesario; subvaluar el volumen de trabajo requerido; subvaluar el tiempo necesario para concluir la obra; asumir ciertos métodos y formas de trabajo que no son los apropiados para la obra en cuestión.

Los anteriores argumentos pueden ser una defensa muy válida cuando el contratista pretenda demandar sus daños con base en el método de costo total.

b).- Reclamaciones por productividad

La relación causa y efecto de daños es de particular importancia en las reclamaciones por pérdida de pro-



ductividad. La parte esencial de una reclamación por productividad consiste en que las horas hombres utilizadas para llevar a cabo cada unidad de trabajo fueron sustancialmente mayores (o sea que la productividad fue inferior) a lo que se había anticipado, debido a actos del dueño de la obra o de terceros.

Sin embargo, si el contratista hace una propuesta inadecuada, si tiene un pobre manejo de la obra, o si comete errores que requieren que se vuelva a hacer el trabajo, se darán esos mismos tipos de sobrecostos. Al determinar la responsabilidad del dueño de la obra es muy importante el que se precise si las acciones de dicho dueño de la obra afectarían a todo el proyecto o únicamente a ciertas porciones del mismo. Si hay únicamente algunas porciones que se hayan visto afectadas, dichas porciones deberían ser aisladas y demostrar cómo fueron afectadas.

Si toda la productividad del proyecto fue uniformemente baja, o sea si los costos de mano de obra superaron constantemente el presupuesto durante toda la duración del proyecto, pero las supuestas causales de pérdida de productividad ocurrieron mucho después de que el proyecto ya hubiese iniciado, la relación causa y efecto podría ser fácilmente atacada.

c).- Costo de equipo y herramientas

Cuando se reclamen los costos adicionales por equipo y herramientas deberá probarse con toda claridad que los mismos fueron necesarios como consecuencia del trabajo adicional requerido, y no porque los que se hayan contratado fueran inapropiados.

Es evidente que ninguna reclamación por daños en el área de la construcción tendrá éxito a menos de que se entienda adecuadamente la importancia de la relación entre la causalidad y los daños.

IV.- Costos de mano de obra:

En relación con estos costos, se deberán calcular tanto el número de horas adicionales trabajadas, como, en su caso, el importe y la causa de los aumentos en los salarios y prestaciones laborales.

a) Pérdida de productividad.

Productividad es la medición de las unidades obtenidas en cada hora de trabajo. Una pérdida de productividad o eficiencia puede derivarse de una gran variedad de factores tales como demoras, cambios, órdenes de aceleración o condiciones climatológicas.

La pérdida de productividad, al contrario de lo que podría ocurrir con la mano de obra directa, es muy difícil de documentar, de cuantificar y de calcular. Muy frecuentemente la pérdida de productividad es el resultado de una combinación de factores, que deben de considerarse para ver en qué se afectó la productividad.

Una cuestión a determinar es si la pérdida de productividad debe de ser notificada expresamente por el contratista al dueño de la obra, reservándose sus derechos para reclamar y cuantificar dicha pérdida de productividad, o si por el contrario simple y sencillamente puede presentarse una vez terminada la obra.

Otro tema es si las pérdidas de productividad pueden ser calculadas independientemente de las reclamaciones por órdenes de cambio derivadas de obra adicional, o reclamaciones por demoras ya que en muchas ocasiones la pérdida de productividad ya está contenida dentro de las órdenes de cambio o las reclamaciones por demora.

La notificación al dueño de la obra tiene por objeto el permitir que se consideren alternativas para evitar esa



pérdida de productividad. Si, por ejemplo, no se notifica una solicitud de extensión en el plazo de la obra, derivado de mal tiempo, difícilmente podría alegarse posteriormente que el contratista tuvo la necesidad de acelerar los trabajos para cumplirlos en el plazo contratado con la consecuente pérdida de productividad.

Los elementos más frecuentes que se encuentran en las reclamaciones de pérdida de productividad son los siguientes:

- a) Tiempo extra.- Simple y sencillamente la hora hombre es más cara porque se ha pagado más dinero por concepto de salarios. Igualmente se ha reconocido que el tiempo extra reduce la productividad en aquellos casos en que no es la excepción, sino que se trabaja todos los días. En otras palabras las unidades construidas por hora de trabajo son menores como consecuencia de aspectos tan evidentes como fatiga y problemas en la actitud de los trabajadores resultados de tiempo extra.
- b) Interrupciones.- Es claro que si el trabajo se tiene que suspender como consecuencia de no contar con los recursos suficientes, el período de construcción será más grande, con la consecuencia de falta de productividad.
- c) El clima.- Las variables climatológicas pueden tener un efecto importante en la productividad. Sin embargo, el riesgo de aumento de costos como consecuencia de cambios en el clima es normalmente aceptado por el contratista, sobre todo si está previsto que la obra se lleve a cabo en las estaciones del año en las que es previsible las condiciones climatológicas. Una causal de responsabilidad sería, por ejemplo, si como consecuencia de las demoras causadas

por el dueño de la obra ésta se tuvo que extender en una estación del año en la que hay condiciones climatológicas no previstas.

- d) La productividad igualmente puede ser causada por falta de trabajadores con la capacitación adecuada. Este riesgo es asumido normalmente por el contratista.
- e) Cambios en la secuencia de los trabajos. En este caso, como en todos, la responsabilidad del dueño de la obra debe de ser claramente establecida para determinar que hay una causa directa entre los hechos de dicho dueño de la obra y la pérdida de productividad generada por los cambios en la secuencia de los trabajos.
- f) Aglomeramiento de actividades.- En muchas ocasiones el hecho de tener a distintos especialistas del área de la construcción trabajando al mismo tiempo ocasiona pérdida de productividad. Podemos pensar en tener trabajando al mismo tiempo a albañiles, plomeros, electricistas, etc. Esto puede darse como consecuencia de solicitudes de aceleración, órdenes de cambio en la obra o demoras. Las interferencias naturales que se dan al estar en la misma obra demasiados obreros con distintas especialidades crea una pérdida de productividad. Sin embargo, dicha pérdida de productividad debe de ser comprobada, y no basada meramente en opiniones y estimaciones de expertos.
- g) Dificultades para tener acceso al sitio de la obra.- Esto puede implicar o la imposibilidad de entrar al sitio o la existencia de condiciones que haga imposible el llevar a cabo las labores.



b) Forma de calcular la pérdida de productividad

i) Milla medida

Este método compara actividades idénticas en secciones impactadas y no impactadas del proyecto con objeto de determinar si existe o no una pérdida de productividad que resulte de los hechos u omisiones que hayan impactado la productividad.

Este método es muy útil porque toma en cuenta únicamente los efectos reales del impacto que se ha reclamado, y por lo tanto elimina cualquier controversia sobre la validez de estimados de costos o de factores que pudiesen haber impactado la productividad sin que haya habido falta alguna del dueño de la obra.

Para determinar la productividad simplemente se divide el número de horas utilizado entre el número real de unidades producidas y de esta manera se compara lo construido en el período impactado con el período que no sufrió impacto. Sin embargo hay proyectos en los que es muy difícil encontrar períodos que se encuentren libres de impactos, y en esos casos será necesario buscar un método alternativo.

ii) Comparación con proyectos similares

Hay veces en que al no poder contar con otros métodos, se puede determinar la pérdida de productividad con los índices por productividad que haya tenido el contratista en proyectos similares. En un mundo ideal esto se podría lograr comparando la productividad de otro contratista trabajando en el mismo proyecto. Sin embargo muchas veces esto se logrará comparando la productividad con proyectos diferentes al involucrado, los cuales deberán de ser similares.

iii) Estándar de la industria

Hay ciertas guías sobre productividad publicadas por algunas asociaciones de industriales. Sin embargo esto no puede ser en manera alguna contundente al probar la pérdida de productividad ante un tribunal.

iv) Dictámenes periciales de expertos y de consultores

Para que estos dictámenes periciales puedan realmente ser considerados, deben de basarse en estudios de productividad en los que se tomen en cuenta documentos, información sobre los costos y cualquier información relevante que pudiera ayudar al cálculo de la pérdida de productividad. Las opiniones de expertos y los análisis que se hagan no son en sí mismos suficientes para demostrar la pérdida de productividad. Los testimonios de expertos deben de basarse en los documentos del proyecto, y dicho testimonio debe ser razonable en vista de las circunstancias propias del proyecto. Al igual que con cualquier testimonio de expertos, todas las opiniones deben estar fundamentadas y soportadas por la evidencia que corrobore la veracidad de tales opiniones.

Si una opinión de un experto no analiza claramente el método utilizado al desarrollar sus estimados para calcular la pérdida en productividad; o no identifica cuáles son las causas imputables al dueño de la obra por las pérdidas de productividad; o no identifica claramente cuáles serán las horas que deberían de haberse utilizado en comparación con las horas adicionales realmente utilizadas, no será posible hacer una condena por pérdida de productividad. El experto deberá en todo caso analizar cuáles fueron el número de horas que se hayan planeado y el número de horas realmente utilizadas y dar una explicación válida sobre las diferencias.



v) Método de trabajo total

Este método, que es el menos aceptable, simplemente toma el número real de horas utilizadas y les resta el número estimado de horas planeadas para la realización del trabajo. En este método se parte del supuesto de que todos los factores que dieron lugar al incremento en las horas son atribuibles al dueño de la obra. Por eso este método no es aceptable ya que en muchas ocasiones hay fallas del contratista que provienen desde la preparación de su oferta hasta muchos otros factores en el manejo de la obra que deben de ser imputable al contratista y no al dueño de la obra. Para que pudiera funcionar este sistema sería necesario que el contratista probara: (i) la imposibilidad práctica de calcular los daños derivados de la pérdida de productividad en forma exacta; (ii) la exactitud en la oferta del contratista; (iii) los costos reales del contratista eran razonables; y (iv) el contratista no era responsable en ninguna manera por los costos adicionales.

vi) Otro método, semejante al anterior, deduce de los costos reales erogados por el contratista aquellos que se refieren a períodos no impactados por la pérdida de productividad y deduce igualmente las ineficiencias que se hayan identificado y que fuesen imputables al contratista.

El hecho de que un perito pretenda establecer un factor por el cual multiplicar las horas de trabajo estimadas para llegar a las horas de trabajo realmente gastadas por el contratista no debe de ser aceptable, ya que es un estimado de pérdida en productividad que no cumple con los requisitos de demostrar la conexión causa y efecto entre los actos del dueño de la obra y la pérdida de productividad del contratista.

vii) Análisis de productividad

La productividad puede verse afectada, como ya se dijo, por varias causas tales como la demora en la en-

trega de los materiales, cambios solicitados por el dueño de la obra que tienen un efecto secundario en el desarrollo de otras partes del trabajo o demoras atribuibles a otros contratistas. La pérdida de productividad normalmente se deriva de una mezcla de las causas. Es un hecho que en los contratos los sobrecostos laborales se calculan después de concluida la obra. Por lo tanto el punto de partida de dicho análisis debe de ser los costos reales erogados en el proyecto; así como las horas de trabajo reales llevadas a cabo en la elaboración de los trabajos. Los costos laborales y las horas empleadas deberían de ser identificadas en relación con el período de tiempo en el que se dieron, los trabajos en los que se utilizaron dichas horas y las áreas específicas en las que se desarrollaron.

Un análisis que no esté validado por los costos reales devengados y que no esté relacionado con los eventos que ocurrieron durante la construcción es muy poco útil. El contratista, además de demostrar que sufrió pérdidas por baja de productividad utilizando para tal efecto sus costos reales, debe de validar dicha pérdida de productividad a través de la relación causa a efecto. No puede considerarse ninguna reclamación por pérdida de productividad si no se prueba la vinculación entre los hechos imputados al dueño de la obra que supuestamente ocasionaron la demora, o la interrupción, con la disminución en la eficiencia laboral.

Además, en algunos casos se ha negado la compensación por pérdida de productividad cuando se ha podido comprobar que las cuadrillas de trabajo de los contratistas no trabajaron de manera adecuada, y en consecuencia fue necesario trabajar una mayor cantidad de horas con objeto de corregir trabajo deficiente.

En otro caso se negó la reclamación por pérdida de productividad ya que se comprobó que el trabajo adicional había sido consecuencia de órdenes de trabajo, ya sea



ordenadas por el dueño de la obra o por un perito independiente y en relación con cuyo trabajo adicional el contratista había sido debidamente remunerado.

V.- Otros costos

Otros temas, además de la mano de obra, que se deben de considerar en el cálculo de daños es el costo adicional de los equipos y herramientas; el costo adicional de los materiales; el costo adicional de las finanzas y garantías que haya tenido que otorgar el contratista para garantizar tanto los anticipos que le hayan sido otorgados por el dueño de la obra como el buen desempeño en la propia obra; los gastos generales de las oficinas administrativas del contratista, los cuales en términos generales se deberán de considerar tomando en cuenta el porcentaje de gastos generales que son aplicables al proyecto en concreto, para así poder definir cuánto es el gasto general (overhead) aplicable diariamente al proyecto y, en su caso, poder aplicar dicha cantidad a los días adicionales que se hayan ocupado.

Otros renglones que constituyen los daños y perjuicios es la utilidad correspondiente al trabajo que se haya llevado a cabo. En términos generales es muy común que en la fijación de la propuesta se establezca un renglón de utilidades calculado como un porcentaje del costo de la obra, de tal manera que si se llegan a probar costos adicionales imputables al dueño de la obra, igualmente podría condenarse a una cantidad adicional por concepto de utilidad del contratista.

Intereses, entre los cuales deben de ser considerados tanto los anteriores a la determinación ya sea judicial o arbitral y aquellos que son posteriores a tal resolución.

En términos generales los intereses que deben de ser considerados anteriores a la resolución son aquellos correspondientes a cantidades efectivamente desembolsadas por el

contratista mientras que los intereses posteriores son aquellos que se derivan de las resoluciones dictadas y que den lugar a partir de este momento a algunas responsabilidades por parte del dueño de la obra frente al contratista.

VI. Reclamaciones por parte de los dueños de la obra

Las partes en un contrato de construcción e infraestructura esperan que el proyecto sea completado en la fecha mencionada en el contrato y que el proyecto sea construido de conformidad con los planos y especificaciones del mismo. Cuando los proyectos son concluidos con demora, o definitivamente no son terminados, o cuando el trabajo desarrollado no ha sido de conformidad con los documentos del contrato, tanto el dueño de la obra como el contratista pueden incurrir en importantes costos adicionales. Los dueños buscan el recuperar estos costos adicionales ya sea de los contratistas, de los administradores del proyecto, de los ingenieros o de otros profesionales que hayan diseñado el trabajo en cuestión. Las reclamaciones por parte del dueño de la obra pueden ser muy grandes si se toman en cuenta los costos financieros en que puede incurrir así como las pérdidas por falta de ingresos que pueden surgir de una terminación retardada de la obra.

i) Incumplimiento en completar la obra

Cuando un contratista no cumple con el trabajo, la medida del daño es el costo razonable de completar el proyecto, deduciéndole el saldo impagado, a partir de la fecha en que el contratista suspendió los trabajos. Aquí los costos adicionales serían principalmente los pagos llevados a cabo al nuevo contratista que completó la obra, a los ingenieros y diseñadores y la renegociación en la compra de los materiales y equipo como consecuencia de la suspensión de los trabajos del contratista original. Evidentemente que aquí los daños deben de considerar únicamente la obra que estuviera contem-



plada en el contrato que fue incumplido, y no se puede ni se debe añadir costos por trabajos adicionales.

Un problema en la determinación de los daños puede surgir cuando el contrato original era por ejemplo a precios unitarios y el contrato celebrado con el contratista sustituto es sobre la base de costo más una utilidad. Por esa razón es absolutamente necesario llevar un control muy exacto de los costos derivados de las unidades construidas para así poder hacer la compensación entre el costo pagado al nuevo contratista con aquello que se le debe deducir al contratista original.

ii) Costo de corregir trabajo realizado sin apearse estrictamente a las especificaciones

Aquí es importante el analizar que en realidad se trate de defectos en la construcción y no cambios en el alcance de los trabajos ordenados por el dueño de la obra. Otro criterio que hay que analizar es si el costo de corregir la obra hecha no de acuerdo con las especificaciones no es de tal manera antieconómico que se considere como un verdadero desperdicio, en cuyo caso el dueño de la obra corre el riesgo de no cobrar en caso de litigio.

En estos supuestos, la medida de los daños puede ser calculada o como el costo de corregir o de reparar el trabajo fuera de especificaciones, o en la alternativa, como una disminución en el valor de la propiedad. A diferencia del primer método, este último es mucho más difícil ya que implica una determinación de cuál es la pérdida en el valor de mercado que sufrió el bien construido como consecuencia del trabajo que no cumplió con las especificaciones. Además en algunos proyectos públicos como puede ser carreteras, o presas puede ser prácticamente imposible determinar el valor de mercado, y con mayor razón la diferencia entre el valor de la obra y el valor de mercado. Por eso este método

no debe ser utilizado cuando sea posible el determinar el costo de las correcciones.

iii) Costo de las demoras

Si no se planteó una pena convencional como consecuencia de las demoras en la obra, los daños podrían ser probados con cierta certeza y pueden incluir por ejemplo: (i) los intereses derivados de financiamiento el cual fue prorrogado como consecuencia del incumplimiento a tiempo del contrato; (ii) pérdida de ingresos y utilidades generados por el proyecto; (iii) costos de salarios del personal del dueño de la obra; (iv) costos del personal que ya hubiese sido contratado para operar la obra, la cual no puede ser arrancada por culpa del contratista; (v) honorarios adicionales de los ingenieros, arquitectos y diseñadores de la obra; (vi) escalación de costos de equipo proporcionado por el dueño de la obra; (vii) costos adicionales en energéticos; (viii) en ocasiones la renta de inmuebles sustitutos para cubrir las necesidades en el período de demora.

En todo caso el dueño de la obra tiene la carga de la prueba, y debe probar que los daños son directos.

Un ejemplo. Un dueño de la obra pretendió reclamar al contratista que había incurrido en demora los costos derivados del hecho de que a partir de la fecha de terminación del contrato había surgido un importante incremento en la tasa de interés lo que ocasionó al dueño de la obra que el financiamiento fuese sustancialmente superior. En este caso, es posible determinar que los daños sufridos por el dueño de la obra no son causados directamente por la demora sino, por lo contrario, por presiones que se dieron en el mercado de dinero, lo cual nada tiene que ver con la obra en sí. Lo que sí sería un daño serían los intereses que se tuvieron que pagar como consecuencia de la demora.



Las pérdidas de utilidades o lucro cesante son típicamente el componente más importante de perjuicios reclamados por el dueño de una obra. El lucro cesante proviene de la pérdida de ingresos, y en consecuencia la pérdida de utilidades o costos adicionales derivada del tardío inicio de operaciones del proyecto.

La forma de calcular los perjuicios sería: (i) calculando los ingresos y utilidades en negocios semejantes, (ii) en comparaciones llevadas a cabo por asociaciones de industriales para la industria entera, (iii) poder calcular el margen bruto obtenido en la venta de cualquier unidad y multiplicado por el número de unidades que dejaron de venderse como consecuencia de las demoras. Al calcular los daños derivados de la no obtención de utilidades, es importante se precise si dichas utilidades son las "utilidades contables" o si son utilidades consideradas exclusivamente desde el punto de vista de flujo de efectivo. Es evidente que en la utilidad contable es necesario considerar la depresión de los activos, mientras que en el cálculo basado simplemente en el flujo de efectivo se deben de tomar en cuenta los pagos de la suerte principal financiada.

iv) Reclamaciones en contra de quienes llevaron a cabo el diseño de la obra

Aquí los aspectos a determinar son si como consecuencia de diseños equivocados el dueño de la obra incurrió en sobrecostos en la construcción del proyecto; costos resultantes de defectos en diseño; costos resultantes de demoras en el proyecto; daños causados a terceras personas como consecuencia del diseño equivocado o daños causados a la propiedad de terceros como pudiera ser los daños causados a inmuebles adyacentes, etc.

Dos métodos para calcular los daños en ese tipo de situaciones es el siguiente: (i) se calculan los daños como la diferencia entre el costo real de la construcción y el costo que había sido planteado por el diseñador como

el costo máximo del proyecto. Como en este caso no se toma en cuenta el valor de mercado del resultado final de la construcción, en realidad se le estaría dando al dueño de la obra una utilidad indebida; (ii) el otro método sería el de tomar en cuenta el valor contratado con el diseñador de la obra; el valor real de construcción de la misma y el valor de mercado de la obra que se construyó con un considerable sobreprecio. Los daños serían la diferencia entre la cantidad efectivamente gastada y ya no la cantidad inicialmente contratada como precio de la obra sino por lo contrario el valor justo de mercado de dicha obra. De esta manera se disminuye el beneficio indebido del dueño de la obra.

Otra cuestión interesante en estos temas es si cuando hay un diseño defectuoso el subcontratista tiene que demandar al dueño de la obra, o si por lo contrario podría directamente demandar al diseñador de la obra.

La respuesta inicial es que se debería demandar al dueño de la obra; sin embargo por una cuestión de eficiencia podría autorizarse que el contratista demandara directamente al diseñador.

v) Penas convencionales

Las cláusulas de penas convencionales se preparan con la idea de crear un incentivo contractual para que el contratista termine la obra a tiempo. Con lo anterior se ha privado a los dueños de la obra de la posibilidad de demandar los verdaderos daños y perjuicios que hayan sufrido como consecuencia de las demoras.

a) El propósito de las penas convencionales es el de fijar una compensación por daños en el caso de retraso en la terminación de la obra. Estas penas convencionales pueden referirse a distintas etapas de la obra como pueden ser la terminación total; la terminación de una parte importante de la obra; la entrega de planos y es-



pecificaciones; o la entrega de equipo como consecuencia de la procura.

Las penas convencionales deben buscar el compensar al dueño de la obra por las demoras, y no tanto el castigar al contratista por la violación de sus obligaciones. Es interesante determinar hasta qué grado una pena convencional está tan fuera de la realidad en lo que se refiere a los daños efectivamente sufridos por el dueño de la obra, que pudieran considerarse como anulables bajo el argumento de que al no haber una correlación entre los daños reales y la pena convencional, la cláusula más que compensatoria sería punitiva en su naturaleza. Sin embargo, el enfoque general es el de que los contratos hay que ejecutarlos en la forma en la que fueron redactados, sin pretender ser más sabios que las partes y por lo tanto cuando las partes convienen que una determinada cantidad debe de ser pagadera como concepto de pena convencional, deben de estar a la palabra empeñada en el contrato.

No es poco frecuente que las penas convencionales no sean la misma cantidad por cada día de retraso, sino que, por lo contrario, la cantidad sea incrementada conforme más días de retraso van ocurriendo. Lo anterior es muy representativo de la realidad de los daños que sufre el dueño de la obra.

b) Al redactar una cláusula conteniendo penas convencionales, es importante el definir si la cantidad pactada por tal concepto cubre la totalidad de los daños causados al dueño de la obra o si, por el contrario, dicha cantidad cubre específicamente ciertos daños conectados con la demora como pudieran ser específicamente los costos relacionados con la construcción, pero dejando fuera, por ejemplo, las pérdidas derivadas de la falta de ingresos por la pérdida de utilidad.

c) Cálculo de las penas convencionales

i) ¿Cuándo se comienzan a causar?

Para calcular estas penas es necesario determinar la fecha de terminación pactada en el contrato, la cual debe de ser ajustada con las extensiones de tiempo a las que el contratista tenga derecho, y la fecha real de terminación de la obra. La terminación debe de considerarse cuando ésta puede ser utilizada para el propósito para el que fue constituida. Muchas veces no se terminan de aprobar la totalidad de los puntos contenidos en las listas para que se considere absolutamente concluida la obra, pero sería poco razonable el decir que la terminación sustancial no ha sido alcanzada.

En contratos con este tipo de penas es muy común que los contratistas sean muy cuidadosos en solicitar extensiones de tiempo por demoras excusables tales como inclemencias de tiempo, demoras del dueño de la obra en proporcionar planos, o materiales, o en el caso de demoras de trabajos precedentes correspondientes a otros contratistas.

Para evitar el pago de las penas convencionales el contratista simplemente necesita demostrar que alguna demora en la que haya incurrido era excusable, y no necesariamente que debería de ser compensado por dicha demora. El caso típico sería el de inclemencias del tiempo.

ii) Prórrogas

La fecha de terminación contractual igualmente puede ser prorrogada como consecuencia de cambios en el alcance del trabajo. En ese caso es probable que el contratista tenga derecho a una compensación adicional. Otras causas que permitirían las prórrogas serían por ejemplo incendios en la obra, huelgas, retrasos



poco comunes en la entrega de materiales y equipo y causas que se determine que se encuentran totalmente fuera del control del contratista.

Para que proceda la prórroga es absolutamente indispensable que el contratista la solicite; sin embargo, hay casos tan evidentes que hacen que la notificación al dueño no sea necesaria como sería por ejemplo incendios, inundaciones o situaciones que son evidentemente conocidas por el dueño de la obra. Sin embargo, cuando el contrato expresamente requiere se cumpla con el formalismo de solicitar la prórroga, aunque la causa que la origina sea evidente es recomendable el cumplir con los términos del contrato para poder obtener el beneficio de dicha prórroga.

iii) Causas múltiples de demoras

En muchas ocasiones las causas de las demoras son concurrentes o sea que se deben tanto al contratista como al dueño de la obra. En dichas situaciones, lo procedente es que ambas partes sean excusadas del cumplimiento de la obligación derivada de la demora. En otras palabras el contratista se beneficia de una prórroga en el cumplimiento del contrato que lo excusa de tener que pagar penas convencionales, pero que igualmente excusa al dueño de la obra de tener que pagar daños y perjuicios por dicha demora.

Hay contratos en los que expresamente se pacta que el dueño de la obra será responsable por las demoras que se causen en ésta por hechos u omisiones que sean exclusivamente atribuibles al dueño de la obra. De manera que cuando sean situaciones concurrentes en las que tanto el contratista como el dueño han incurrido en hechos u omisiones que hayan ocasionado demoras, el contratista está excluido del pago de los daños y perjuicios, pero no puede reclamar los mismos de parte del dueño de la obra. La argumentación es en el sentido de que el retraso se hubiera

dado aun cuando alguna de las dos partes no hubiese incurrido en los actos que dieron lugar a la demora.

iv) Fecha en la que terminan las penas convencionales.

Es conveniente precisar qué tipo de documento se requiere para poner punto final a la determinación de penas convencionales. No es suficiente el que se indique que la obra está concluida pues habrá ocasiones en que distintos subcontratistas tendrán encomendadas aspectos parciales de la misma obra, y pueda haber demoras en las labores de cada uno de ellos que sean sujetas a penas convencionales por el transcurso del tiempo.

Hay ocasiones en que el concepto de terminación sustantiva de la obra puede ser utilizado, por ejemplo si se trata de pintar un edificio y el 97% se encuentra pintado podría argumentarse un cumplimiento sustantivo con el contrato; sin embargo qué ocurre cuando se está construyendo por decir algo una planta generadora de energía y la falta en el 3% del contrato simplemente hace imposible el que pueda arrancar dicha planta. En este último caso no pudiera hablarse de un cumplimiento sustantivo del contrato a pesar de que el 97% haya sido construido.

De lo anterior se desprende que el grado de lo que debe entenderse por una obra completa o no es más bien una situación de hecho que un concepto de derecho.

VII. Cláusulas contractuales que afectan los cálculos de los daños

Es difícil encontrar una fórmula para evitar conflictos en materia de construcción que se reflejen en la determinación de daños y perjuicios. Sin embargo, es posible que al momento de llevar a cabo la negociación de



los contratos, se ponga un énfasis importante en ciertas cláusulas que beneficiarán la postura del dueño de la obra, del contratista o de los subcontratistas.

Me queda claro que en licitaciones públicas el contrato se presenta como una parte de los datos de la licitación, y para el contratista es simplemente una decisión de aceptarlo, o no licitar. Sin embargo, es muy recomendable que los contratistas y sus abogados siempre estén muy conscientes de los términos del contrato en lo que se refiere a la recuperación de daños.

Con objeto de minimizar las discusiones sobre daños y perjuicios hay que analizar la perspectiva y preferencias del dueño de la obra, del contratista y de los subcontratistas.

1.- Cláusulas que el dueño de la obra debe de incluir:

- a) Indemnización. Una cláusula de indemnización muy amplia, en la que se establece que el contratista se obliga a indemnizar y a sacar a salvo al dueño de la obra, ingenieros, arquitectos, consultores, así como a sus agentes y personal por cualquier reclamación por daños y perjuicios, y gastos derivado de la realización del trabajo del contratista o por cualquier persona directa o indirectamente empleada por dicho contratista, dará la pauta para que por cualquier deficiencia en el trabajo, incluyendo demoras en la terminación del mismo, se pueda presentar una reclamación en contra del contratista.
- b) En muchas ocasiones se presentan discusiones sobre el alcance de la obra y si ciertos aspectos de la misma quedan incluidas dentro de lo contratado o no. Para el dueño de la obra es conveniente convenir que las decisiones de su arquitecto, o ingeniero, quienes hayan elaborado los planos serán definitivas y vinculatorias

para las partes. Evidentemente es difícil para el contratista aceptar que todas las controversias sean decididas por un empleado del dueño de la obra. Por eso en muchas ocasiones se plantea que las controversias sobre la realización de ésta o sobre trabajos adicionales deba ser decidida, en caso de que no se pongan de acuerdo las partes, por un perito independiente.

- c) Cláusulas que tienen que ver con la forma de llevar a cabo el trabajo. Con objeto de evitar reclamaciones derivadas de trabajos adicionales desarrollados por el contratista, lo cual constituye una de las causas más socorridas de conflictos en contratos de construcción, se sugiere que se incluya una cláusula en la que se diga:
 - (i) Que cualquier reclamación por incremento en el valor del contrato y en el tiempo para cumplir con la obra debe ser formulada antes de que se inicien dichos trabajos adicionales.
 - (ii) Debe establecerse como una condición sine qua non para que proceda un derecho del contratista para recuperar por trabajos extraordinarios el que se haya presentado la antes mencionada comunicación al dueño de la obra.
 - (iii) El solo hecho de que no se haya presentado la comunicación al dueño de la obra se considerará como una renuncia final y definitiva a cualquier reclamo del contratista por aumento de costos derivados de la realización de obras adicionales o por la prórroga del tiempo considerado para dicha obra.
- d) Cláusulas relacionadas con los cambios. Un aspecto que es muy propio de los contratos de construc-



ción es que por su propia naturaleza se presentan condiciones imprevistas, omisiones en los planos y especificaciones y otros factores que no pudieron ser anticipados y que hace necesario cambios en la obra. Por lo tanto es muy común la existencia de cláusulas que prevean la posibilidad de que el dueño pueda ordenar cambios en la obra.

Al respecto hay que distinguir dos situaciones: la de cambios menores que no requieran de ningún ajuste en el contrato y las que normalmente pueden indicarse en la cláusula correspondiente que el dueño puede ordenar verbalmente y por escrito y que el contratista estará obligado a acatarlos. Por lo que se refiere a cambios sustanciales es conveniente precisar si el cambio se refiere a lo ya existente dentro de lo contratado o si pudiera considerarse como obra adicional. Si el cambio implica el pago de una cantidad adicional a la prevista en el contrato será necesario determinar algunos de los métodos siguientes:

- (i) El convenio entre las partes sobre una cantidad fija que se calcule con base en los datos que prepare el contratista y que sustenten la determinación de dicha cantidad.
- (ii) Precios unitarios que se hayan considerado en el propio contrato o que se hayan convenido posteriormente.

Conscientes de la necesidad de cambios y de trabajos adicionales, no es poco frecuente la existencia de contratos a precio alzado en los que las partes convienen el que, para cambios y trabajos adicionales se lleven a cabo con base en los precios unitarios de dicho trabajo adicional o cambios. Incluso se utiliza como anexo del propio contrato de obra a precio alzado un contrato de obra a precios unitarios en los que se indica claramente las bases

para calcular los costos extras en caso de cambios o de obra adicional. También es usual que para evitar cualquier tipo de abusos en relación con estos cambios u obra adicional se establezcan requisitos muy rigurosos, tales, en primerísimo lugar como la existencia de una orden de cambio u orden de trabajo adicional y, en segundo lugar, el establecimiento de una cantidad máxima a la que podrá tener derecho el contratista para el caso de trabajos adicionales o de cambios en la obra. De esta manera el dueño de la obra sabrà a qué atenerse y sabrà, que pase lo que pase y en el peor de los casos su responsabilidad no excederá de la cantidad prevista como tope en el contrato de precios unitarios anexo al contrato de obra a precio alzado.

- e) Cláusula sobre demora. Desde el punto de vista del dueño de la obra es conveniente incluir una cláusula que lo exonere de responsabilidad por demoras en la obra y en la que expresamente se indique:
 - (i) Que el contratista no podrá reclamar daño alguno o gastos derivados de suspensiones, demoras, interrupciones o aceleración en la construcción del trabajo ordenado por el dueño en cuyo caso el único derecho del contratista será el que se amplíe el período de tiempo para la construcción de la obra.

Igualmente se debe pactar que el contratista conviene y está de acuerdo en que la negativa del dueño de la obra a otorgar una extensión en el plazo de construcción no es en sí misma una causa para permitir al contratista que reclame daños derivados de la demora.

Es claro que este tipo de cláusulas no quitará la responsabilidad del dueño de la obra en todos los casos sobre todo si éste como por ejemplo,



actúa de mala fe; en forma activa y positiva interfiere con el desarrollo de la obra; si con su conducta prácticamente está abandonando en su totalidad las obligaciones derivadas del contrato; o si se trata de demoras que no fueron contempladas específicamente por las partes.

- f) Cláusulas relacionadas con el pago. Es conveniente que al momento en que el contratista solicite el pago de cualquier prestación derivada del contrato, se le requiera, a través de una cláusula contractual, el que expresamente manifieste que está conforme en que, con dicho pago, no se adeuda cantidad alguna por concepto de la porción de la obra que se le está pagando. Si se obtiene que el contratista en forma exprese otorgue un finiquito como una condición para que proceda el pago que se le hace, se estarían limitando o evitando posibles conflictos futuros.
- g) Cláusulas de terminación. El dueño de la obra debe tener la posibilidad de dar por terminado el contrato ya sea por causa justificada o simplemente porque así le conviene al dueño de la obra.

En el caso de la terminación con causa debe establecerse claramente que el dueño de la obra podrá deducir de los saldos que tenga en contra del contratista cualquier cantidad que utilice el dueño de la obra para concluir los trabajos. La consecuencia de dicha cláusula es que si el dueño tiene que rescindir el contrato, no se verá afectado en lo más mínimo por el hecho de tener la necesidad de contratar a un nuevo contratista para que concluya los trabajos correspondientes al contratista rescindido. Igualmente el dueño de la obra debe de tener la posibilidad de concluir por su propia decisión la obra si es que así conviniere a sus intereses y minimizar los

daños que tenga que pagar por dicha decisión. La cláusula en este sentido debería plantear la posibilidad de la terminación anticipada por parte del dueño de la obra y con la única responsabilidad de pagar al contratista por los trabajos realizados hasta la fecha de terminación, así como por los materiales que hayan sido entregados al sitio y que todavía no hubieran sido pagados a los proveedores. Este tipo de cláusulas es poco frecuente y ya que únicamente podría darse en contratos por administración en los que el dueño de la obra tiene la obligación de reembolsar al contratista por la mano de obra y materiales que se utilicen en la obra.

- h) Cláusulas por demoras en la terminación del proyecto. Aquí es importante el que se incluyan penas convencionales como ya se ha comentado por cada día de demora. La redacción de dicha cláusula pudiese permitir al dueño de la obra elegir entre el pago de la pena convencional o si los daños efectivamente incurridos fuesen superiores el poder optar por dichos daños en los que realmente incurrió.

Con las cláusulas antes mencionadas se podría limitar el riesgo de daños hacia el dueño de la obra.

2.- Las cláusulas que deberían de no ser aceptables para el dueño serían el limitar o calificar las cláusulas de indemnización; limitar las cláusulas que le permitan al arquitecto o ingeniero que elaboró los planos el tomar la decisión sobre los cambios o sobre la obra adicional; tener cláusulas sobre trabajos adicionales que sean vagas o redactadas en forma amplia a favor del contratista; permitir cláusulas que den lugar a reclamaciones de daños por demoras en las obras; no debe aceptar cláusula de terminación en las que se autorice el pago al contratista por utilidades en el trabajo que no realizó o el pago de costos generales (overhead) en el trabajo no realizado); tampoco debería de aceptar limitaciones o calificaciones a las penas convencionales.



Lic. Fernando Estavillo Castro

Socio fundador, Miranda & Estavillo, S.C. (México, D.F.); miembro de la Corte Internacional de Arbitraje de la ICC (enero 2000 a junio 2012), del Grupo Latinoamericano de Arbitraje de la ICC, de la Asociación Latinoamericana de Arbitraje (ALArb) y del Instituto Mexicano del Arbitraje (IMA)

1. Introducción.

La *deliberación* constituye una cuestión que permanece totalmente ausente en algunos reglamentos de arbitraje², mientras que en otros se le menciona de manera tangencial, generalmente al referirse a la sede del arbitraje, disponiendo que el tribunal arbitral podrá *deliberar* en lugar distinto de la sede del arbitraje³. En otros reglamentos⁴ la *deliberación* no es mencionada expresamente y, por tanto, cuando se refieren al lugar en que pueden ser celebradas ciertas reuniones, en algunos casos cabe suponer que la *deliberación* puede constituir el objeto de esas reuniones, mientras que en otros casos es claro que la *deliberación* no forma parte de su objeto.

Autores como EMMANUEL GAILLARD y JOHN SAVAGE⁵, por ejemplo, refieren que el requisito de que existan deliberaciones no siempre aparece señalado en la legislación que regula el arbitraje internacional, y de hecho no existe en la ley francesa sobre arbitraje internacional e igualmente ninguna de las causas de anulación de un laudo que enlista el artículo 1502 del Nuevo Código de Procedimiento Civil (de Francia) se refiere directamente a las deliberaciones, lo que no

impide que éstas constituyan una condición fundamental conforme al derecho francés, aplicable aun en caso de que ni las partes ni las reglas de arbitraje elegidas por ellas hagan referencia a las deliberaciones, por lo que podría argumentarse que la ausencia de deliberaciones apropiadas constituye una violación al debido proceso que justificaría la anulación del laudo y, por tanto, es generalmente considerado que la existencia de deliberaciones apropiadas es en sí misma un requisito procesal de orden público internacional, cuyo incumplimiento constituye una causal de anulación del laudo.

En un trabajo más reciente, JOSÉ MARÍA ALONSO⁶ refiere que los artículos 1468 y 1469 del Código de Procedimiento Civil francés establecen, respectivamente, que el árbitro fija la fecha en que tendrán lugar las deliberaciones, y éstas serán secretas, mientras que la ley española no menciona expresamente la palabra *deliberación*.

Independientemente del tratamiento (o de la falta de alusión) que recibe la *deliberación* en los diversos reglamentos de arbitraje y aún en la doctrina misma, donde

¹ Este trabajo fue preparado en abril de 2013 para su publicación en el tercer número del Anuario Latinoamericano de Arbitraje: "Conflictos de interés de los árbitros. Deber de revelación y deber de declaración de los árbitros", que editará el Instituto Peruano de Arbitraje.

² Reglamento de Arbitraje Internacional AAA/ICDR, 1998.

³ Reglamento de Arbitraje de la CCI 2012, Artículo 3(3); Reglamento de Arbitraje de la LCIA 1998, Artículo 16.2; Reglamento de Arbitraje 2007 de la Cámara de Comercio de Estocolmo, Artículo 20(2); Reglamento de Arbitraje del CIADI 2006, Artículo 15; Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI 1976, Artículo 18(2); Reglamento de la Cámara Suizo-Americana de Comercio 2000, Artículo 15; Reglas de Arbitraje del Centro de Arbitraje de México (CAM) 2009, Artículo 20(3); Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje de la Industria de la Construcción (CAIC) 2012, Artículo 28(4).

⁴ Reglamento de Arbitraje Internacional del Centro de Recursos Públicos (CPR) 2007, Regla 9(5); Reglamento de Arbitraje de la Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México (CANACO) 2007, Artículo 21(2).

⁵ GAILLARD, Emmanuel, y John Savage. *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, The Hague/ Boston/London, 1999, pp. 746-747.

⁶ ALONSO, José María. "Deliberation and drafting awards in international arbitration", en *Liber Amicorum Bernardo Cremades*, editado por Gerald Aksen, Karl-Heinz Böckstiegel, Michael J. Mustill, Paolo Michele Patocchi y Anne Marie Whitesell. ICC Publishing, Paris, 2005, pp. 221 a 233.



destacan los trabajos de YVES DERAINS⁷, YVES FORTIER⁸, el ya citado JOSÉ MARÍA ALONSO y otros autores, se trata de una cuestión de especial importancia que amerita reflexión. Y si bien con lo analizado por todos esos autores en sus trabajos, queda poco que decir, me atrevo a hacerlo en este artículo no obstante ello, con el ánimo de contribuir a la difusión de sus comentarios y continuar las reflexiones sobre un tema tan trascendente; y tal atrevimiento resulta aún mayor, por el hecho de que DERAINS dictó recientemente una conferencia magistral sobre el tema en la Ciudad de México, el 17 de enero de 2013⁹, en el Aula Magna San Ignacio de Loyola de la Universidad Iberoamericana, invitado por el Centro de Arbitraje de la Industria de la Construcción, donde abundó sobre las ideas expresadas en su trabajo.

Existiendo la posibilidad de que un árbitro afectado por un conflicto de interés escape al control de las propias partes (o al de la institución administradora del arbitraje, cuando ésta existe) ya sea por haber sorteado exitosamente una recusación o bien por no haber existido esta última por cualquier causa, que puede haber sido incluso la inadvertencia del conflicto de interés, tanto por las partes como por los demás árbitros cuando no ha existido antes alguna manifestación de la existencia del conflicto de interés, la deliberación puede ser un momento propicio para que ese árbitro carente de imparcialidad e independencia como consecuencia del conflicto de interés, ponga en riesgo la integridad del procedimiento o la subsistencia misma del laudo arbitral.

Este problema queda en evidencia en las llamadas deliberaciones patológicas, que adelante se comentan; y en algunos casos, es precisamente la existencia de un conflicto de interés, la motivación subyacente en algunas opiniones disidentes. Si bien los Lineamientos de la *International Bar Association* sobre Conflicto de Interés constituyen un instrumento de indudable utilidad para identificar situaciones ejemplificativas de la posible existencia de un conflicto de interés, dichos Lineamientos no se comentan en este trabajo tanto por no constituir su objeto central, además de que, independientemente de que la situación de un árbitro pueda corresponder o no desde un punto de vista estricto, con alguno de los grupos (rojo, ámbar o verde) previstos en dichos Lineamientos en función de la relevancia de la situación que en cada caso se describe, lo que resulta relevante es que la conducta del árbitro en las deliberaciones, o durante el procedimiento, puede ser reflejo o consecuencia de un conflicto de interés que le impida contar con la independencia e imparcialidad que constituyen un requisito sine qua non para el desempeño de sus funciones.

Tiene razón ALONSO¹⁰, al decir que ocasionalmente surge la oportunidad de analizar algo tan desconocido como el mecanismo mediante el cual un tribunal arbitral llega a su conclusión, y por ello su trabajo se refiere al proceso de deliberación y a las obligaciones que crea y a las etapas del procedimiento que comprende, intentando proporcionar una visión del proceso de toma de decisión, donde incluye brevemente las opiniones disidentes y las dificultades que pueden encontrarse durante las deliberaciones.

⁷ DERAINS, Yves. "La pratique du délibéré arbitral", en *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution, Liber Amicorum in honour of Robert Briner*, editado por Miguel Ángel Fernández-Ballesteros y David Arias. La Ley, Madrid, 2010, pp. 131 a 134.

⁸ FORTIER, Yves. "The tribunal's deliberations", en *The Leading Arbitrators' Guide to International Arbitration*, editado por Lawrence W. Newman y Richard D. Hill. Juris Publishing Inc., Huntington, N.Y., 2004, pp. 391 a 396.

⁹ Conferencia Magistral "José Luis Siqueiros", auspiciada por el Centro de Arbitraje de la Industria de la Construcción, dictada por YVES DERAINS con el tema "La deliberación de los árbitros". México, D.F., Universidad Iberoamericana, Aula Magna San Ignacio de Loyola, 17 de enero de 2013.

¹⁰ ALONSO, José María, ob.cit., p. 131.



2. Concepto.

2.1. Significado gramatical.

Gramaticalmente¹¹, *deliberación* es la "Acción y efecto de *deliberar*", y esto último significa "Considerar atenta y detenidamente el pro y el contra de los motivos de una decisión, antes de adoptarla, y la razón o sinrazón de los votos antes de emitirlos"; y, asimismo, significa "Resolver algo con premeditación".

De lo anterior, podría concluirse que el acto de la deliberación comprende tanto un proceso interno de análisis y reflexión en torno a una cuestión determinada, como uno externo que consiste en la emisión de la decisión u opinión resultante al mundo exterior, ya sea de manera unilateral o bien para ser contrastada con las opiniones de otros individuos, con el fin de emitir una decisión colegiada.

Evidentemente, ese análisis y reflexión pueden estar sesgados o viciados cuando existe una situación de conflicto de interés.

2.2. Noción de deliberación en el arbitraje.

En el caso específico del arbitraje, también se advierte que, al referirse diversos tratadistas a la deliberación, llegando incluso a hacer un análisis exhaustivo de lo

que implica, en el que algunos aluden a su significado semántico, no incluyen propiamente una definición expresa de la deliberación. FRANCISCO GONZÁLEZ DE COSSÍO, por ejemplo¹², parece interpretar lo dicho por YVES DÉRAINS en su artículo antes citado (específicamente en la página 33), para concluir que "[L]a deliberación es el acto que da lugar al pronunciamiento de una decisión".

El propio DÉRAINS, en su obra citada¹³, afirma que si uno debiera admitir que todas las decisiones de un tribunal arbitral que no son calificadas como laudos no pueden ser objeto de una deliberación, se podría hablar entonces de simples debates, intercambios de ideas o confrontaciones de opiniones entre los árbitros; y bastaría con buscar una expresión de tal distinción para convencerse de su vacuidad y preguntarse ¿qué es una deliberación? En busca de esa respuesta, refiere DÉRAINS¹⁴ que, "según el diccionario (el Petit Robert), la deliberación es la <<deliberación de un tribunal antes de pronunciar la decisión>>. No importa qué decisión..." Podría decirse que en un sentido semejante aparece la voz deliberación en otros diccionarios¹⁵.

JOSÉ MARÍA ALONSO¹⁶ se refiere a la deliberación como "la etapa en la que el tribunal arbitral discute y toma una decisión sobre la materia que le fue encomendado resolver" y, asimismo, tanto DÉRAINS como ALONSO y GONZÁLEZ DE COSSÍO, todos ellos citando a J.-F.

¹¹ Diccionario de la Lengua Española, vigésima segunda edición, Real Academia Española, Madrid, 2001; y Diccionario Esencial de la Lengua Española, Real Academia Española, Espasa Calpe, S.A., Madrid, 2006.

¹² GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. *Arbitraje*. 3a. ed., Porrúa, México, 2011, p. 485.

¹³ DÉRAINS, Yves, ob. cit., p. 223.

¹⁴ DÉRAINS, Yves, ob. cit., p. 223.

¹⁵ Vocabulaire juridique. Association Henri Capitant, publicado bajo la dirección de Gerard Cornu, 8a.ed., Presses Universitaires de France, Paris, 2000, p. 265.

¹⁶ ALONSO, José María, ob.cit., p. 131.



POUDRET y S. BESSON¹⁷, mencionan que la conducción de la deliberación es un arte que requiere a la vez de prudencia, habilidad y firmeza. En el contexto del tema central del tercer número del Anuario Latinoamericano de Arbitraje, que es el conflicto de interés, también cabe decir que también se requiere de independencia e imparcialidad, es decir, de ausencia de cualquier conflicto de interés, por parte de quienes participan en la deliberación.

En torno a la importancia de la deliberación, es pertinente la reflexión de YVES FORTIER¹⁸ cuando hace notar que frecuentemente se dice que el elemento más importante de un arbitraje exitoso y la decisión más significativa que debe tomar una parte en un procedimiento arbitral, es la constitución del tribunal, pues la selección de árbitros experimentados es por mucho el medio más sencillo de asegurarse de que el procedimiento será conducido de manera justa y eficiente, y la importancia de esa selección queda de manifiesto cuando se cierra la instrucción de la causa, la audiencia ha quedado atrás y comienza la última labor del tribunal, que es la deliberación.

Es también obligado a acudir a lo dicho por NIGEL BLACKABY y CONSTANTINE PARTASIDES¹⁹ al comentar la forma en que el tribunal arbitral toma su decisión, pues ahí describen brevemente el proceso de la deliberación, hasta llegar a la emisión de opiniones disidentes.

Y, como bien dice el propio JOSÉ MARÍA ALONSO²⁰, “ocasionalmente surge la oportunidad de analizar algo tan desconocido como el mecanismo interno mediante el cual el tribunal arbitral llega a una conclusión”, y eso mismo se intenta a continuación.

3. La deliberación en la práctica del arbitraje

3.1. Objeto o materia de las deliberaciones

Si bien los comentarios de diversos autores podrían llevar a concluir que únicamente los laudos pueden ser objeto de deliberación, DERAINS²¹ deja claro que ello no es así y no sólo los laudos pueden ser objeto de deliberación, sino que también pueden serlo otras resoluciones del tribunal arbitral.

Asimismo, teniendo en cuenta que como antes se dijo, una deliberación implica una consideración *atenta y detenida del pro y el contra de los motivos de una decisión, antes de adoptarla, así como resolver algo con premeditación*²², es claro que el proceso interno de análisis y reflexión en torno a una cuestión determinada, que es consustancial a la deliberación, debe partir de la lectura de los primeros documentos presentados por las partes en el procedimiento arbitral, de los que habrá de resultar el acta de misión en el caso de aquellos arbitrajes cuyas reglas así lo requieren, o aquel documento en el que el tribunal arbitral defina el alcance

¹⁷ POUDRET, J.-F. y S. Besson, *Droit compare de l'arbitrage international*, Schulthess, 2002, no. 734, p. 693, citado por los tres autores mencionados en sus respectivos trabajos aquí citados.

¹⁸ FORTIER, Yves, ob. cit., p. 391.

¹⁹ BLACKABY, Nigel y PARTASIDES, Constantine, con REDFERN, Alan y HUNTER, Martin. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. 5a. edición, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 565-578.

²⁰ ALONSO, José María, ob.cit., p. 131.

²¹ DERAINS, Yves, ob. cit., p. 223.

²² Diccionario de la Lengua Española y Diccionario Esencial de la Lengua Española, antes citados.



de la litis y cuestiones relacionadas, así como los principales lineamientos a seguir para la conducción del procedimiento.

Lo mismo puede decirse respecto de las diversas promociones y memoriales presentados por las partes a lo largo del procedimiento arbitral, sobre las que el tribunal arbitral debe pronunciarse mediante órdenes procesales o comunicaciones de diversos tipos con las que resuelva cuestiones específicas, generalmente de índole procesal, y con mayor razón puede decirse respecto de los laudos parciales o provisionales dictados por el tribunal arbitral, amén de que tratándose del laudo final no existe duda o discusión²³. En todos esos casos, es obvio que la *deliberación* no sólo implica esa consideración *atenta y detenida del pro y el contra de los motivos de la decisión*, antes de adoptarla, por parte de cada uno de los miembros del tribunal arbitral, sino la discusión o debate entre los miembros del tribunal arbitral y, en su caso, su votación al respecto luego de haber establecido cada uno de ellos *la razón o sinrazón de su voto antes de emitirlo*. Y, sobra decirlo, tanto las discusiones como las votaciones respectivas, deben de ser objetivas y sin la contaminación resultante del conflicto de interés, que conduce a una votación espuria causada por quien tiene tal conflicto.

3.2. Cuándo se debe deliberar

Dicho lo anterior, lo siguiente resulta una obviedad. Claramente, siendo que es una obligación ineludible del árbitro conocer el expediente completo del caso que se le somete, es igualmente claro que es una tarea ineludible del árbitro empezar a deliberar a partir del momento en que recibe el expediente del caso, realizando primero ese proceso interno de análisis y reflexión a partir de la

lectura de los primeros documentos presentados por las partes, con miras a la realización de los actos previos a la elaboración del acta de misión o bien del documento que defina el alcance de la litis y los principales lineamientos a seguir para la conducción del procedimiento.

Las labores deliberativas del tribunal arbitral, en ese contexto, no se circunscriben al período en que éste da por concluidas las actuaciones en el arbitraje para abocarse a la redacción del laudo que debe dictar para su conclusión –ello denotaría una pésima conducción del procedimiento y un todavía peor desempeño de la función como árbitro, sino que deben iniciarse al entrar en posesión del expediente y deben repetirse cada vez que se reciben nuevas promociones o memoriales de las partes, particularmente si los mismos requieren de un procedimiento o respuesta por parte del tribunal arbitral.

En este sentido se pronuncia FRANCISCO GONZÁLEZ DE COSSÍO²⁴ al decir que la obligación de deliberación no se limita a la emisión del laudo, sino que es aplicable a todo el procedimiento, y ello queda en evidencia si se toma en cuenta que el deber de dar un trato igualitario y debido proceso aplica al tribunal en su totalidad y no sólo al árbitro que presida.

De particular trascendencia, entonces, son las deliberaciones necesarias para que el tribunal elabore el acta de misión que ha de proponer a las partes, así como aquéllas indispensables para preparar la conferencia inicial con las partes para definir y acto seguido establecer los lineamientos a seguir para la conducción del procedimiento y las actuaciones que deban requerirse para una adecuada instrucción de la causa.

²³ GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, ob. cit., pp. 492-496; y 552-562.

²⁴ GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, ob. cit., p. 486.



Son igualmente indispensables aquellas deliberaciones requeridas para resolver diversas cuestiones planteadas por las partes a lo largo del procedimiento sobre las cuales deba pronunciarse el tribunal arbitral, o bien para preparar y llevar a la práctica ciertas actuaciones especiales tales como inspecciones in situ y otras, así como para preparar y conducir la audiencia del arbitraje, donde por cierto suelen surgir situaciones sobre las cuales el tribunal arbitral, previa deliberación inmediata entre sus miembros, debe pronunciarse y resolver lo conducente.

Y, en torno a la preparación de la audiencia, sobra decir que ésta presupone la relectura y análisis de los principales documentos relacionados con la misma y la reflexión respectiva, por parte de cada árbitro, así como alguna deliberación previa, por breve que ésta sea, entre los integrantes del tribunal arbitral; entendido todo esto, en ese momento procesal, esencialmente como un cambio de impresiones entre los miembros del tribunal, encaminado a resolver cuestiones de procedimiento y logísticas, mas no cuestiones relativas al fondo de la controversia, toda vez que las deliberaciones que tengan por objeto estas últimas, para resolver lo que proceda, únicamente pueden tener lugar cuando el tribunal ha escuchado a las partes y ha estado en aptitud de conocer todo lo que cada una de ellas haya aportado para sostener su caso.

Concluida la audiencia del arbitraje, es frecuente - y recomendable - la práctica de los árbitros de tener una deliberación inmediata para cambiar impresiones, aprovechando la circunstancia de estar reunidos en ese momento, y esa inmediatez y la cercanía propiciada por la oportunidad presencial, pueden ser de especial utilidad.

FORTIER, por ejemplo, comenta²⁵ que las deliberaciones deben comenzar inmediatamente después de que han sido desahogadas las pruebas y tanto los abogados como las partes han partido; e idealmente, deben comenzar unas horas después del cierre de la última audiencia. En ese sentido se manifiestan otros autores²⁶ sugiriendo que, de preferencia, las deliberaciones se deben programar después del cierre de la última audiencia. En ese sentido se manifiestan otros autores sugiriendo que, de preferencia, las deliberaciones se deben programar para que tengan lugar tan pronto como sea posible con posterioridad a la celebración de la audiencia de pruebas y a la presentación de los alegatos finales.

Acto seguido, y ello pudiera ser una vez presentados los alegatos finales de las partes, pudiera ser pertinente una deliberación adicional simplemente para decidir sobre la pertinencia o no de declarar cerrada la instrucción para dar paso a la deliberación final, como parte del proceso necesario para redactar y en su oportunidad dictar el laudo final, mediante el cual queden resueltos todos los puntos litigiosos planteados por las partes.

Después de dictado el laudo final, si bien podría hablarse de la necesidad de una deliberación adicional en aquellos casos en que el tribunal arbitral debe dictar un laudo adicional, cuando así se requiere de conformidad con las reglas de arbitraje convenidas por las partes o con la ley aplicable, para la resolución de alguna cuestión controvertida omitida en el laudo final, por regla general no se requeriría de una deliberación propiamente dicha, ya que en otras circunstancias se requeriría meramente de una revisión de texto y contenido del nuevo documento, en aquellos casos en que el tribunal arbitral debe hacer una interpretación del laudo

²⁵ FORTIER, Yves, ob. cit., p. 393.

²⁶ BREWER, Thomas J., LEVUE, Richard A. y GAITIS, James M., en *The College of Commercial Arbitrators Guide to Best Practices in Commercial Arbitration*, editado por Curtis E. von Kann, Editor en jefe, James E. Gaitis y June R. Lehrman. JurisNet, LLC, Huntington, N.Y., 2006, p. 185.



sin modificar el fondo o esencia de lo resuelto, o bien cuando debe corregir el laudo para subsanar cualquier error de cálculo, tipográfico o de naturaleza similar.

3.3. Quiénes deben participar en las deliberaciones

De nuevo otra obviedad, que bien podría invitar a abstenerse de incluir este inciso, de no existir algunas cuestiones que conviene mencionar.

Si bien la respuesta es obvia por necesidad y simplemente conduce a decir que quienes deben participar en las deliberaciones son los árbitros, ello también conduce a preguntarse qué árbitros deben participar en las deliberaciones, ya que el tribunal arbitral bien puede estar conformado por un árbitro único, o por más de uno -generalmente tres, y hasta podría tratarse de más o de un número par- y todo esto naturalmente llevaría a responder que todos los árbitros deben participar en las deliberaciones, lo cual llevaría a un par de implicaciones.

En la primera de ellas, aun cuando de un primer análisis alguien pudiera pensar que tratándose de un tribunal arbitral conformado por un árbitro único no cabe hablar de deliberación siendo que éste no tendría un interlocutor con quien discutir sus razonamientos y conclusiones, volviendo al concepto de deliberación tanto en su sentido gramatical como material, que se ha comentado en líneas anteriores, es claro que el árbitro único no está exento de la obligación de deliberar, ya que no obstante que no vaya a existir un debate y luego una votación, como sucede en los tribunales integrados por más de un árbitro, el árbitro único deberá hacer una consideración atenta y detenida del pro y el contra de los motivos

de su decisión, antes de adoptarla. Y, según ha dicho el propio DERAINS²⁷, cuando el tribunal arbitral está conformado por más de un árbitro, cada árbitro debe haber hecho en soledad una tarea equivalente a la del árbitro único, para analizar las cuestiones y formarse una opinión antes de discutir las cuestiones con sus coárbitros.

No es en vano que YVES DERAINS²⁸ ha dicho que no es la deliberación patológica la más difícil, sino la del árbitro único, ya que éste vive una soledad muy difícil al deliberar, al no tener la posibilidad de contrastar sus ideas con las de coárbitros.

La segunda de tales implicaciones, lleva a preguntarse quiénes deben deliberar cuando se está en presencia de un tribunal arbitral conformado por más de un árbitro. En este escenario, partiendo del supuesto de que la deliberación es una obligación fundamental de cada árbitro, así como un derecho de las partes en el arbitraje, no es difícil concluir que tal obligación de deliberar alcanza a todos y cada uno de los miembros del tribunal arbitral de manera ineludible y, por tanto, ningún árbitro tiene el derecho de abstenerse de participar en las deliberaciones, por ser una obligación a su cargo cuyo incumplimiento implicaría que no estuviere desempeñando sus funciones, e incurrir en la responsabilidad respectiva. La abstención, incluso, puede ser espuria y reveladora de la existencia de un conflicto de interés.

En este sentido son interesantes los comentarios de EMMANUEL GAILLARD y JOHN SAVAGE²⁹ al referirse a la negativa del árbitro a participar en las deliberaciones, y las implicaciones de tal negativa, y son también interesantes las fuentes que citan en esos comentarios. Asimismo, desde la

²⁷ DERAINS, Yves, ob. cit., p. 233, y expresado también por él en la Conferencia Magistral "José Luis Siqueiros", antes citada, 17 de enero de 2013.

²⁸ Conferencia Magistral "José Luis Siqueiros", antes citada, 17 de enero de 2013.

²⁹ GAILLARD, Emmanuel, y John Savage, op cit., pp. 749-750.



óptica de la parte que nombró al árbitro omiso en la deliberación, cabe analizar si tal omisión fue consecuencia de la conducta de un árbitro negligente, que dejó de desempeñar cabalmente las funciones a que lo obligaba su nombramiento y con ello violó la confianza de quien lo nombró, o bien la omisión fue la manifestación de una conducta deliberada, espuria y mercenaria, propia de un árbitro afectado por un grave conflicto de interés, cuya omisión pueda haber tenido el propósito de entorpecer el procedimiento o de poner en peligro la subsistencia del laudo final.

Ese criterio incluyente implica, asimismo, que en todo momento los árbitros deben evitar comentar o discutir cualquier cuestión relacionada con el caso, directamente con uno de los coárbitros, sin que participe en la discusión el otro árbitro³⁰. Es decir, las deliberaciones deben ser colegiadas y no bilaterales y excluyentes.

Finalmente, la conclusión de que todos los árbitros deben participar en las deliberaciones, también implica que está impedido de participar en las mismas cualquier tercero que no tenga el carácter de árbitro, considerando por una parte la confidencialidad de las deliberaciones y la falta de facultades de tales terceros, para participar en las mismas y aun para estar presentes en ellas.

Esto último llevaría a concluir que, salvo que las reglas aplicables al arbitraje dispusieren lo contrario, los secretarios administrativos, cuando han sido nombrados, no deben participar en las deliberaciones del tribunal arbitral, aunque algunos autores, árbitros experimentados, pueden tener una opinión distinta³¹.

También puede mencionarse, en vía de ejemplo, la nota sobre nombramiento, funciones y remuneración de secretarios administrativos de fecha 1 de agosto de 2012, emitida por la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI, que en su punto 2 señala entre las funciones de los secretarios administrativos, la de asistir a las audiencias, reuniones y deliberaciones, y tomar notas o elaborar minutas o tomar tiempo en las mismas, aclarando al respecto en ese mismo documento que, bajo ninguna circunstancia, el tribunal arbitral podrá delegar funciones de toma de decisión en un secretario administrativo.

3.4. Atributos de quienes participan en las deliberaciones

Según JEAN-FRANCOIS POUDRET y SÉBASTIEN BESSON³², la deliberación es un arte que requiere prudencia, habilidad y firmeza. Es evidente que otros atributos que también se requieren, necesariamente están implícitos entre los tres que POUDRET y BESSON mencionan como esenciales o, de lo contrario, tales atributos no se podrían considerar cumplidos cabalmente; y asimismo, sobra decir que la posesión de esos atributos, en este momento aplicados de manera específica a las deliberaciones, da por hecho que, en todo momento, el árbitro debe conservar los de independencia, imparcialidad y disponibilidad, que son esenciales para el desempeño de su función y también forman parte del bagaje ético del árbitro³³. Y todo esto, como antes se dijo y sobra insistir, implica que el árbitro debe estar libre de cualquier conflicto de interés que demerite su absoluta independencia e imparcialidad.

³⁰ Conferencia Magistral "José Luis Siqueiros", antes citada, 17 de enero de 2013.

³¹ Por ejemplo, FORTIER, Yves, ob. cit., pp. 395-396.

³² POUDRET, Jean-Francois y BESSON, Sébastien, "Droit comparé de L'arbitrage international", según citas de Yves DERAIS, ob. cit., p. 221; José María ALONSO, ob. cit., p. 132; Francisco GONZÁLEZ DE COSSÍO, ob. cit., p. 485.

³³ Ver ESTAVILLO Castro, Fernando, "Ethics in arbitration", en Liber Amicorum Bernardo Cremades, editado por Gerald Aksen, Karl-Heinz Böckstiegel, Michael J. Mustill, Paolo Michele Patocchi y Anne Marie Whitesell. ICC Publishing, Paris, 2005, pp. 390-404; y ESTAVILLO Castro, Fernando, "Ética en el arbitraje", Libro Homenaje a Drs. Bernardo Cremades e Yves Derains, en prensa, a ser publicado por el Instituto Peruano de Arbitraje el 24 de abril de 2013.



La cualidad y deber de *prudencia*, implica el cuidado que debe tener el árbitro tanto al hacer un análisis acucioso, responsable y profundo de cada una de las cuestiones que conforman el caso, en un contexto de absoluta honestidad y objetividad, como la precaución, perspicacia y reserva con que debe conducirse al discutir con sus coárbitros cada una de las cuestiones objeto de debate, particularmente cuando esté participando en una deliberación patológica o tenga razones suficientes para pensar que existe la posibilidad de que así sea, particularmente cuando existen indicios para suponer, razonablemente, que alguno de los árbitros tenga un conflicto de interés que demerite o haga nugatoria su independencia e imparcialidad. E igualmente debe emplear esa prudencia durante las audiencias y en su relación con cualquiera de las partes, en forma tal que su conducta sea incapaz de transparentar en forma alguna el curso o el resultado de las deliberaciones tanto individuales como colegiadas.

Asimismo, esa *prudencia* debe ser utilizada por el árbitro en combinación con la *habilidad* necesaria al participar en las deliberaciones de manera colegiada con sus coárbitros, y es en este momento que el tono y forma de las relaciones interpersonales dentro del tribunal arbitral cobran particular importancia. La *habilidad* permitirá a cada uno de los coárbitros comunicar sus respectivos puntos de vista en forma tal que lejos de fomentar el individualismo mal entendido o el antagonismo dentro del tribunal arbitral, permita un esfuerzo y una labor cooperativa por parte de sus integrantes, con los que se sumen de manera constructiva los talentos, capacidad y creatividad de cada uno de los árbitros, en vez de canalizarse de una manera divergente. A este respecto, sostiene FORTIER³⁴ que es importante que el presidente del tribunal no apesure a sus coárbitros para llegar a una decisión definitiva sobre todas las cuestiones pendientes, y más bien debe recordar a los

miembros del tribunal que su trabajo está apenas comenzando y, por tanto, en ese momento sus opiniones habrán de considerarse como provisionales, sin perjuicio de estar alerta para percatarse de la existencia de posibles consensos en relación con los puntos litigiosos a resolver, ya que de existir desacuerdo entre dos árbitros designados por las partes, será a partir de ese momento cuando el presidente comience a ganarse su estipendio especial como tal, debiendo tenerse presente que ningún miembro del tribunal debe ejercer presión alguna sobre sus colegas durante la primera sesión de deliberaciones, que debiera proporcionar una oportunidad para que todos los árbitros se enfraquen en un diálogo relajado con los demás.

Asimismo, la *firmeza* no es un atributo menor. Una de las riquezas del arbitraje es la posibilidad de que cada una de las partes designe a un árbitro cuya capacidad y características le merezcan la confianza necesaria para encomendarle una labor tan delicada como trascendente como es la solución definitiva de la controversia que enfrenta a las partes, y es por ello que para la parte nominadora resulta esencial que el árbitro no sólo cuente con la capacidad técnica necesaria para analizar cada una de las cuestiones a profundidad y la claridad de mente para tomar de manera independiente e imparcial las decisiones procedentes al respecto, sino la *firmeza* necesaria para sostener con entereza su punto de vista durante los debates respectivos con sus colegas, tratándose de aquellas cuestiones sobre las que el debate no haya arrojado una luz adicional; y ello sin perjuicio de que, como bien dice FORTIER³⁵, el árbitro siempre debe estar preparado para escuchar y para ser persuadido; y si eventualmente resultara aparente que su posición es insostenible, debe estar preparado para modificar su conclusión inicial.

³⁴ FORTIER, Yves, ob. cit., p. 393.

³⁵ FORTIER, Yves, ob. cit., p. 394.



Y como una reflexión final en torno a la *firmeza*, resulta claro que si bien ésta es un atributo de particular importancia tratándose de cualquiera de los árbitros, resulta esencial y por supuesto indispensable tratándose del árbitro presidente y, con mayor razón, debe ser entre todos los miembros del tribunal, quien más esté a salvo de cualquier conflicto de interés.

3.5. Deliberaciones armoniosas

Si bien podría decirse que la generalidad de los autores parece coincidir expresa o implícitamente en que no existen reglas o manuales que especifiquen la manera en que se deben conducir las deliberaciones, lo que por cierto sería imposible en virtud de que cada arbitraje es un caso en sí mismo - un *cas d'espèce*, como diría FORTIER³⁶ - ello no es óbice para poder distinguir que puede haber deliberaciones armoniosas, pero también deliberaciones patológicas; y así lo comentan diversos autores³⁷. Comencemos con las armoniosas, que podrían considerarse como el deber ser de las deliberaciones... y como tal tiene sus excepciones.

Siendo las deliberaciones armoniosas aquéllas en las que podría decirse que existe el ambiente ideal - o por lo menos propicio - para que los árbitros puedan *considerar atenta y detenidamente el pro y el contra de los motivos de una decisión, antes de adoptarla, y la razón o sinrazón de los votos antes de emitirlos*, así como para poder discutir amigable y constructivamente sus respectivos puntos de vista para finalmente resolver con *premeditación* las

cuestiones controvertidas, los autores parecen coincidir en que las deliberaciones serán más productivas y armoniosas en la medida en que los árbitros se conozcan más entre sí y exista una mejor relación entre ellos, y comentan que esas circunstancias se encuentran con frecuencia en el arbitraje internacional, considerando el tamaño relativamente pequeño de la comunidad arbitral y la frecuencia con que los árbitros que la integran coinciden en diversos eventos así como en procedimientos arbitrales.

Autores como YVES FORTIER³⁸, por ejemplo, dan especial importancia al entorno en que se desenvuelva la relación personal entre los árbitros, así como a aquellos eventos, incluso de índole meramente social, que es aconsejable tomar en cuenta a fin de obtener un entorno favorable tan pronto como se integra el tribunal arbitral y los árbitros tienen la oportunidad de empezar a convivir dentro del procedimiento. Ciertamente FORTIER no es el único que pone cierto énfasis en esas cuestiones, y criterios semejantes aparecen en los trabajos de DERAINS³⁹ y de ALONSO⁴⁰.

Desde luego, es importante enfatizar que la existencia de una armonía entre los árbitros, por cierto deseable y aun conveniente, no representa en forma alguna que deba existir consenso o unanimidad entre ellos⁴¹ en torno a todas las cuestiones objeto de deliberación y debate entre los árbitros, y decisión del tribunal arbitral. Consecuentemente, es también importante enfatizar que de ninguna manera debe un árbitro modificar el

³⁶ FORTIER, Yves, ob. cit., p. 394.

³⁷ DERAINS, Yves, ob. cit., pp. 221-233; ALONSO, José María ob. cit., pp. 131-144.

³⁸ FORTIER, Yves, ob. cit., pp. 391-395.

³⁹ DERAINS, Yves, ob. cit., pp. 231-233.

⁴⁰ ALONSO, José María ob. cit., pp. 136-140.

⁴¹ Ver DERAINS, Yves, ob. cit., pp. 231-233; ALONSO, José María ob. cit., pp. 136-142.; FORTIER, Yves, ob. cit., pp. 395-396; GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, ob. cit., p. 485-486.



sentido de su decisión sin que exista una razón válida y persuasiva que lo haga modificar su criterio original, únicamente en aras de lograr una unanimidad que en forma alguna es indispensable y, por cierto, en ciertas circunstancias hasta podría ser indeseable. Esto, sería una falta de *firmeza* por parte de ese árbitro.

De igual manera, tampoco quiere ello decir que, en caso de disentimiento, quien piense de manera diferente a los demás árbitros deba emitir una opinión disidente; así como tampoco la persecución de la armonía entre los miembros del tribunal arbitral debe entenderse como si fuera el fin último e impedir al árbitro en desacuerdo emitir una opinión disidente en aquellos casos, que por supuesto deben ser de verdadera excepción, en que el hacerlo pudiera ser una obligación ineludible para el árbitro disidente.

3.6. Deliberaciones patológicas

Se consideran *patológicas* aquellas deliberaciones llevadas a cabo de manera irregular, ya sea porque un árbitro quede indebidamente excluido de las mismas por los demás o bien porque el tribunal arbitral resuelva sin haber hecho un análisis objetivo del caso, sino animado por un interés más o menos disimulado en el mismo. Y una deliberación no es patológica por el hecho de que los árbitros no sean capaces de llegar a un consenso respecto a la resolución de cualquier cuestión controvertida, siempre y cuando la diferencia de opinión entre los árbitros haya surgido de auténticos puntos de vista diferentes y no de intereses personales. Por tanto, las deliberaciones patológicas surgen del comportamiento indebido de un árbitro, como sucede particularmente cuando ese árbitro tiene un conflicto de interés y trata de beneficiar a la parte que lo nombró.

Ciertos comportamientos indebidos de un árbitro, como sería el caso de una actuación negligente en el estudio del caso o su pasividad en todo el proceso de deliberación, sin otra intención específica, si bien obviamente tendrían como resultado una deliberación deficiente al quedar ésta en manos de los demás árbitros, de permanecer el árbitro en ese estado de conducta o actitud pasiva, sin llegar a algo más, ello no necesariamente implicaría una deliberación *patológica* en toda la extensión de la palabra, sino simplemente una deliberación incompleta o deficiente, sin querer decir con ello que esto no pueda llegar a ser grave; y, en caso de considerarse *patológica*, generalmente la patología en esas circunstancias podría ser leve en comparación con otras.

Además de conductas u omisiones como las antes mencionadas, las patologías en las deliberaciones del tribunal arbitral se pueden manifestar de diversas maneras mucho más graves y trascendentes, como sería la transmisión de información por parte de un árbitro a alguna de las partes, respecto al curso de las deliberaciones, violando la confidencialidad de éstas, que constituye un valor generalmente aceptado⁴². Es lo que DERAINS⁴³ llama acertadamente el *árbitro espía*. Este tipo de conductas, claramente ejemplificativas de un conflicto de interés subyacente, suele con frecuencia tener como resultado la preparación de memoriales o la exhibición de documentos no solicitados, con un valor estratégico para la parte interesada, o la búsqueda afanosa de una transacción desventajosa por alguna de las partes, cuando nada de ello habría sucedido si el *árbitro espía*, con un claro conflicto de interés, no hubiera filtrado esa información.

⁴² LEW, Julian D.M., QC, "The Arbitrators and Confidentiality?" en *Is Arbitration only as Good as the Arbitrator?*, Dossier VIII, ICC Institute of World Business Law, editado por Yves Derains y Laurent Lévy. ICC Services Publication Department, Paris, 2011, pp. 117-123; y LEW, Julian D.M., QC, "The Tribunal's Rights and Duties: What do Parties and Arbitrators Bargain For?" en *Players' Interaction in International Arbitration*, Dossier IX, ICC Institute of World Business Law, editado por Bernard Hanotiau y Alexis Moure. ICC Services Publication Department, Paris, 2012, pp. 56-57.

⁴³ Conferencia Magistral "José Luis Siqueiros", antes citada, 17 de enero de 2013.



También existe el caso del árbitro que vela por los intereses de una de las partes, lo que se manifiesta mediante la aportación, en la deliberación, de argumentos que llegan a ser descabellados; o mediante abiertas apolo-gías de la posición de una de las partes - generalmente la que lo designó - o en el afán de ese árbitro de que al deliberar se incluyan cuestiones que no fueron plan-teadas en el procedimiento por la parte respectiva. Es ese tipo de árbitro, a quien DERAIS⁴⁴ llama el *árbitro socio*; y su conflicto de interés resulta grotescamente evidente.

Otra manifestación de patología que resulta del com-portamiento indebido de un árbitro, se encuentra cuando un árbitro demora deliberadamente el proce-dimiento para entorpecer el proceso de toma de deci-sión, ya sea al no llegar a un acuerdo en la fijación de una fecha para deliberar, o al dejar de acudir a la deliberación, obligando a su diferimiento.

La situación anterior representa otro claro conflicto de interés, donde el árbitro sirve a los intereses o designios de una de las partes, deshonorando así su propia inte-gridad y sus obligaciones esenciales en el desempeño de la función para la que fue nombrado y, al respecto, en todo caso debe tenerse presente que esto es igual-mente aplicable al árbitro designado por cualquiera de las partes, así como al designado por una institu-ción administradora o por una institución nominadora y, con mayor razón, al presidente del tribunal arbitral, con independencia de que haya sido nombrado por sus coárbitros o por una institución.

Esa patología, con peores consecuencias y merecedo-ra de peores calificativos, existe cuando un arbitro pre-tende sabotear el arbitraje y se abstiene expresa o de-liberadamente de participar en las deliberaciones del tribunal arbitral y puede llegar al extremo de renunciar a su cargo en un estado avanzado de la instrucción de la causa, obligando en ocasiones a repetir actuaciones procesales, o llega a renunciar a su cargo durante la deliberación final del tribunal arbitral con posterioridad a la audiencia del arbitraje, para impedir la rendición del laudo. Esta es la especie que DERAIS⁴⁵ llama el *árbitro terrorista* y constituye una de las que más daño causan al arbitraje.

En torno a todas estas cuestiones, tan brevemente re-feridas, son de particular interés e importancia tanto el multicitado trabajo de YVES DERAIS, como sus comen-tarios en relación con el mismo durante la Conferencia Magistral que se ha venido recordando⁴⁶.

Es también muy pertinente recordar otros ejemplos men-cionados por DERAIS⁴⁷, como es el caso de la delibera-ción no necesariamente representativa de la existencia de un conflicto de interés, mas sí patológica, que llama humorísticamente *Canada Dry* porque *al igual que esa bebida parece que tiene alcohol pero no lo contiene*; y es aquella *seudo deliberación* en la que el presidente del tribunal no admite discusión alguna durante el que normalmente debiera haber sido un proceso de delibe-ración, limitándose a presentar a sus coárbitros un pro-yecto de laudo redactado por él mismo, diciéndoles que si no están de acuerdo con ese proyecto quedan

⁴⁴ Conferencia Magistral "José Luis Siqueiros", antes citada, 17 de enero de 2013.

⁴⁵ Conferencia Magistral "José Luis Siqueiros", antes citada, 17 de enero de 2013.

⁴⁶ DERAIS, Yves, ob. cit., pp.224-230; DERAIS Yves, Conferencia Magistral "José Luis Siqueiros", antes citada, 17 de enero de 2013; y, ALONSO, José María ob. cit., pp. 143-144, siguiendo la primera de las obras citadas de DERAIS.

⁴⁷ DERAIS Yves, Conferencia Magistral "José Luis Siqueiros", antes citada, 17 de enero de 2013.



en libertad de emitir una opinión disidente. En ese tipo de deliberación, por supuesto, detrás de esa descripción humorística pueden subyacer - y dramáticamente, de no ponerse un alto antes de dictarse el laudo - tanto un *presidente dictador* como unos *coárbitros mansos*, por utilizar un calificativo suave en el caso de los segundos.

Como se aprecia de todo lo antes dicho de manera tan breve, las patologías en la deliberación pueden ser múltiples; y si bien el papel del presidente del tribunal para tratar de prevenirlas o de corregirlas puede tener particular relevancia, la realidad es que cuando se está en circunstancias extremas la solución puede volverse en extremo difícil o rayar en lo imposible, por más que el propio presidente, incluso con el apoyo del árbitro leal, haga acopio de todos los mencionados atributos en materia de *prudencia, habilidad y firmeza*, que pueda tener a su alcance.

Ahí quedan todas esas situaciones para la reflexión, así como el tiempo y circunstancias propias de cada arbitraje en lo individual, para que cada árbitro las enfrente y resuelva en su momento y, así, al compartir con la comunidad arbitral su propia experiencia - como lo han hecho los autores citados y otros no mencionados aquí por falta de espacio - contribuya al desarrollo y superación de la práctica arbitral en todas las jurisdicciones.

3.7. Deliberación y opiniones disidentes

Como han dicho YVES DERAIS y JOSÉ MARÍA ALONSO, y ya hemos citado, la obligación de deliberar no entraña la de llegar a una decisión unánime y es por ello que

el tema de las *opiniones disidentes* o *votos particulares* llega a adquirir importancia.

Poco puede decirse ahora respecto a las opiniones disidentes, particularmente porque el espacio ya no lo permite y más aún porque el tema y la problemática que lo rodean son extensos y ameritan un análisis detallado y especial - por cierto ya hecho por distinguidos autores - pero es pertinente hacer aquí unos cuantos comentarios al relacionarlo con la deliberación.

En primer lugar, además de decir que a la fecha el debate sobre la permisividad o no de la emisión de opiniones disidentes, parece estar decidido claramente en la práctica arbitral y en la política de las instituciones arbitrales a favor de la admisibilidad, también debe decirse que subsiste, quizá sin disminuir su intensidad, el debate entre la pertinencia o no de que el árbitro que sustenta una opinión distinta de la de sus compañeros de tribunal, emita una *opinión disidente* o *voto particular*, que documente en detalle su disenso y las razones del mismo.

Mucho y muy bueno ha sido escrito en un sentido y en el opuesto⁴⁸ y, en lo personal, me sumo a quienes opinan que por regla general el árbitro disidente no debiera propugnar por dejar una constancia expresa de su disenso y mucho menos emitir una opinión disidente, debiendo ser ésta última un último recurso, rara vez a su alcance, para ser utilizado en casos extremos de verdadera excepción, ya que poco o nada beneficioso puede acarrear una vez concluidas las deliberaciones y dictado el laudo, aun en aquellos casos en

⁴⁸ Por dar unos cuantos ejemplos ver, entre otros, REDFERN, Alan. "The 2003 Freshfieldss Lecture - Dissenting Opinions in International Commercial Arbitration: The Good, the Bad and the Ugly", en *Arbitration International Arbitration*, LCIA, Volume 20, No. 3, 2004, Kluwer Law International, Londres, 2004, pp. 223-242; REES, Peter J., QC y ROHN Patrick. "Dissenting Opinions: Can they Fulfil a Beneficial Role?", en *Arbitration International Arbitration*, LCIA, Volume 25, No. 3, 2009, Kluwer Law International, Londres, 2009, pp. 329-346; BROWER, Charles N. y ROSENBERG, Charles B. "The Death of the Two-Headed Nightingale: why the Paulsson-van den Berg Presumption that Party-Appointed Arbitrators are Untrustworthy is Wrongheaded", en *Arbitration International Arbitration*, LCIA, Volume 29 No. 1, 2013, Kluwer Law International, Londres, 2013, pp. 7-44; SMIT, Hans. "Dissenting Opinions in Arbitration", en *International Court of Arbitration Bulletin*, Volume 15, No. 1, Spring 2004, ICC Publishing SA, Paris, 2004, pp. 37-41; GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, ob. cit., pp. 492-496; y 552-562; BLACKABY, Nigel y PARTASIDES, Constantine, con REDFERN, Alan y HUNTER, Martin, ob. cit., pp. 565-578.



que la opinión disidente es emitida con rectitud de intención, y mucho de negativo puede acarrear cuando no es ese el caso.

Tratándose de la deliberación, el lado oscuro del tema es que en la mayoría de los casos la *opinión disidente* o *voto particular* proviene del árbitro designado por una de las partes, versando sobre alguna cuestión en que la parte nominadora no prevaleció en el laudo; y, en algunos de esos casos, el autor de la opinión disidente puede ser un auténtico *árbitro socio* o un *árbitro terrorista*, que en el epílogo de una deliberación patológica trate de culminar su comportamiento indebido como árbitro, motivado por un conflicto de interés, tratando una vez más de beneficiar a la parte que lo nombró.

En vista de todo lo anterior puede concluirse brevemente que, en caso de ser emitida una opinión disidente, además de tratarse de circunstancias de verdadera excepción que la justifiquen, la misma debe cumplir con el principio de confidencialidad a que están sujetas las deliberaciones del tribunal arbitral, que mencionan coincidentemente diversos autores⁴⁹.

⁴⁹ Ver, entre otros, ALONSO, José María, ob. cit., pp. 136-143; DERAIS, Yves, ob. cit., pp. 225-227; BORN, Gary B. *International Commercial Arbitration*. Wolters Kluwer, The Netherlands, 2009, Vol. II, pp. 2269-2270.



Dr. Francisco González de Cossío
González de Cossío Abogados, S.C.

Existe poco que se ha dicho sobre un fenómeno que, lamentablemente, ocurre con más frecuencia de la que se reporta, y que detona dilemas delicados: la existencia de una prueba ilícita en arbitrajes. En este ensayo comento los dilemas y hago propuestas sobre cómo abordarlos.¹

I. FRECUENCIA

Lo primero que hay que decir sobre el tema es que, aunque excepcional, ocurre con más frecuencia de lo que nos gustaría admitir. A continuación cito algunos casos que mi experiencia reciente me ha permitido vivir, así como la de colegas con quienes he platicado el tema y que me han confiado sus vivencias:²

- a) Correos electrónicos que nunca tuvieron lugar;
- b) Material financiero (v.gr., estados financieros y registros contables) falso;
- c) Cartas y oficios internos de empresas fabricados para litigio;
- d) Reportes técnicos (v.gr., de desempeño) ajustados;
- e) Comprobantes de erogaciones que no tuvieron lugar;
- f) Contabilidad (i) 'ajustada', (ii) fabricada, o (iii) fruto de una 'doble' contabilidad;
- g) Fes de hechos emitidas por fedatarios que se demuestra que registran hechos que no tuvieron lugar;

h) Resoluciones administrativas emitidas por funcionarios cuyos actos generaron una reclamación internacional, mismas que no existieron durante los hechos que motivaron la reclamación, sino que fueron preparados para el proceso;

i) Evidencia histórica diversa que se demostró en proceso que era históricamente inexistente y motivó que el Estado parte del proceso la retirara con disculpas. (El contexto fue una disputa territorial.)

Y lo anterior sin contar la enorme cantidad de ocasiones que he no solo sospechado, sino constatado, la existencia de faltas a la verdad por parte de testigos, peritos y abogados de parte. Esto último, que podría considerarse dentro del género de la prueba ilícita, permanecerá sin embargo fuera del enfoque de este ensayo. Mi enfoque será en material probatorio apócrifo o ilícitamente obtenido, y cómo manejarlo.³

II. RETO

La existencia de pruebas falsas es un reto para tribunales arbitrales por tres motivos. Primero, mucho del derecho procesal generado por jurisdicciones diversas involucra cuestiones penales, incluyendo facultades de autoridades criminales locales, mismas que con frecuencia realizan investigación sobre los hechos que deben de ser aquilatados en el proceso. Por ende, una preocupación que imbuje mucho de dicho derecho es la necesidad de incentivar la utilización correcta, lícita, del importante acervo de recursos y facultades con las que cuentan con miras a proteger al gobernado. Este *leitmotif* no existe en arbitraje. O por lo menos no con dicha importancia.⁴

¹ Dado lo controvertido del tema, se conmina al lector a hacerme observaciones (fgcossio@gdca.com.mx)

² No identifiqué casos por un doble motivo. Primero, por respeto a mis deberes de confidencialidad. Segundo, para centrar la discusión en el *qué*, no en el *quién*.

³ Después de todo, las faltas a la verdad son de fácil manejo con la facultad de valorar su peso probatorio, además de que no suscitan los dilemas que a continuación expondré.

⁴ Pues es de admitirse que podría hacerse un argumento que incentivar conducta correcta también es un objetivo a ser fomentado en el contexto de actividad a ser evaluada en procesos arbitrales.



Segundo, un tribunal arbitral no es un órgano fijo con recursos disponibles para realizar investigaciones. Es una criatura de contrato creada *ex profeso* para resolver un problema, y desaparecer emitido su fallo. Sus recursos para ello no solo son finitos, sino pocos. Además, actúa a impulso de parte, no con facultades para motu proprio indagar.

Tercero, los objetivos del tribunal arbitral, que no son impartir justicia; sino resolver un problema.

III. DELIMITANDO

Existen muchas definiciones sobre la prueba ilícita. Su alcance tiende a variar atendiendo a concepciones ideológicas. Por ejemplo, mientras que para algunos la prueba ilícita es aquella que atenta contra la dignidad humana,⁵ para otros será ilícita si viola una norma de Derecho. En mi opinión, merecerá el adjetivo “ilícita” una prueba que viola una norma. La concisión de dicha noción busca darle extensión, a efecto de analizar el fenómeno en su totalidad. Para mi gusto, la ilicitud puede provenir tanto de su *obtención*, como *contenido*. Ilustra lo primero una prueba procurada por medios contrarios a ley (v.gr., una grabación no autorizada). Ilustra lo segundo una prueba confeccionada. Apócrifa. Una pieza que no es producto del flujo ordinario de hechos que dejan un registro plástico en la realidad, sino un elemento preparado para juicio, cuidadosamente diseñado para asistir a la postura de quien la presenta. Ambas posibilidades deben quedar comprendidas dentro del análisis de manejo de la misma.

Es conveniente distinguir entre la prueba ilícita de la ilicitud probada. Mientras que la primera es producto

de ilicitud, la segunda demuestra ilicitud. Y sus consecuencias legales son distintas. Mientras que la primera es de cuestionable utilización en la confección del fallo —el laudo—, la segunda no despierta duda sobre su utilización, sino las consecuencias que debe tener en el alcance y sentido del fallo.

IV. ARISTAS PROPICIADAS POR LA PRUEBA ILÍCITA

Detecto cuatro áreas en las cuales la existencia de pruebas ilícitas despierta problemas, dudas y polémica: admisibilidad, impacto sustantivo, umbral probatorio, y la motivación del laudo. A continuación explico el dilema que detonan y propongo una forma de manejarlo.

A. ADMISIBILIDAD

Mucho derecho procesal sobre la prueba ilícita versa sobre su admisibilidad en el proceso—lo cual es un tema controvertido. Mientras que algunos defienden la inadmisibilidad de la prueba ilícita, otros proponen su admisibilidad atada a sanción por la conducta incurrida. El motivo: el conocimiento de la verdad para emitir un fallo correcto lo justifica.⁶

La solución a la interrogante se extiende al arbitraje. ¿Debe un árbitro utilizar para formar su opinión una prueba ilícita? La respuesta a la interrogante exige encontrar una respuesta correcta a una tensión: por un lado, el deseo de conocer la verdad para bien-decidir. Por otro, el no dar efectos jurídicos a actos antijurídicos. Lo que es más, evitar los incentivos perversos que genera: aceptarla manda el mensaje que todo se vale en la obtención de medios probatorios — un peligro que ha sido suficiente para rechazarla como regla.

⁵ Manuel Miranda Estampes, *El Concepto de Prueba Ilícita y su Tratamiento en el Proceso Penal*, 2a ed., J. M. Bosch Editor, España, 2004, pp. 17 a 19.

⁶ Enrique Vescovi, *Las Pruebas Ilícitas, Reflexiones Sobre Las Modernas Tendencias Del Derecho Comparado En Materia De Pruebas Ilícitas En El Proceso Penal*, (Trabajo escrito para el Congreso de Panamá en homenaje al Dr. Jorge Fábrega. Febrero de 1995), p. 2.



La interrogante puede encontrar orientación en la observación de lo que hacen los sistemas procesales locales, para lo cual echaré vistazo breve a un par.

Algunas jurisdicciones (Estados Unidos de América, por ejemplo) rechazan la posibilidad conforme a la (famosa) doctrina del fruto del árbol venenoso (*fruit of the poisonous tree*) que postula la exclusión total de material probatorio ilícitamente obtenido. Otros (v.gr., México) toman dicho punto de partida, pero aceptan excepciones.⁷

Como puede observarse, el panorama es variado. Ante ello, ¿qué debe hacer un árbitro?

La respuesta a dicha interrogante debe comenzar por recordar que el árbitro no sólo es quien lleva el timón del proceso—es el guardián de la legitimidad del mismo. Por ende, es su obligación cerciorarse que el proceso que seguirá es digno de merecer el adjetivo “debido”: un debido proceso. Para ello, debe nutrirse de los principios que el derecho procesal ha ido destilando a lo largo de los siglos y que en buena medida devienen de lecciones aprendidas de tropiezos y solución a problemas delicados. Un caso particular de ello es el régimen de las pruebas. Mientras que algunos sistemas procesales contemplan un sinnúmero de reglas complejas sobre las pruebas,⁸ otros son escuetos—a veces lacónicos. ¿Cuál es la respuesta del Derecho Arbitral? Una sola frase que, aunque concisa, está preñada de contenido: la facultad de dirigir el proceso arbitral incluye la de determinar la admisibilidad, pertinencia y valor de las pruebas.⁹

Dicha oración es una respuesta inteligente al problema de la necesidad de observar normas esenciales de procedimiento y la flexibilidad del arbitraje. Lejos de anquilosar mediante normas rígidas, deposita confianza en el juzgador (el árbitro) dándole un margen de maniobra para abordar y resolver los dilemas que enfrente en los procesos.

En ejercicio de dicha facultad, en mi opinión, la respuesta a la interrogante que planteo no es unívoca. No hay una respuesta adecuada para todos los casos. Más bien, existe un conjunto de posibilidades dentro de un continuum de hechos que pueden justificar medidas diversas. Si por ejemplo lo que enfrenta el árbitro es una prueba ilícita grave (es decir, que ha sido procurada en violación grave de derechos importantes), la respuesta de extirparla in todo del expediente parece adecuada. Sin embargo, pensemos en el otro extremo del continuum: si existe una violación pequeña (es decir, no grave) que dio lugar a la obtención de una pieza probatoria importante, que mucho asiste para bien-decidir, tal parece que la solución de admitirla y usarla parece adecuada—sin perjuicio de las sanciones que pueda merecer la violación.

No faltará quien objete el punto en principio: admitir actos ilícitos es objetable en principio. Y no dejo de coincidir con la premisa. Mi duda versa sobre la conclusión en casos en que se trata de la única pieza probatoria que puede echar luz sobre la verdad, y que en ausencia de ella la única alternativa sería un fallo que simplemente no toma en cuenta la verdad—una dilema que le fascina a Hollywood explotar. Ante este extremo, debe considerar la gravedad de la violación

⁷ Como fuente independiente, vínculo atenuado, descubrimiento inevitable.

⁸ Por ejemplo, el detallado régimen de “Evidence” de Estados Unidos de América. Los regímenes procesales de algunos países sobre la prueba, que a veces son no sólo obesos, sino que la tasan.

⁹ Artículo 19(2) de la Ley Modelo de la UNCITRAL. Artículo 1435 del Código de Comercio de México. Artículo 43 de la ley peruana de arbitraje.



so pena de erradicar la verdad por un tecnicismo. Y el resultado es no sólo denegación de justicia en el caso *particular*, sino sembrar desconfianza sobre el sistema en su *totalidad*—con el consecuente efecto corrosivo social.

Considérese además que la ilicitud relevante puede generar consecuencias bajo otras normas, mismas que pueden ser la respuesta adecuada y suficiente a la ilegalidad, sin que sea necesario extirpar la prueba del expediente. (Por ejemplo, si se presenta una pieza probatoria sobre la cual existe un pacto de confidencialidad, pero que aporta elementos claves e indisponibles al expediente de otra manera, tal parece que admitirla puede ser una opción, al margen de dar efectos a las consecuencias contractuales del convenio de confidencialidad.)

También será necesario observar la objeción que sobre ello presente la contraparte—lo cual también suscita dudas. ¿En ausencia de objeción, debe el árbitro *motu proprio* declarar la inadmisibilidad?

Moraleja: en este problema, como tantos problemas complejos e interesantes de la vida, no hay una respuesta aplicable a todos los casos. Mucho dependerá de las circunstancias. Y para ello, el árbitro deberá ejercer discernimiento: adoptar una decisión que sea sensible al pulso de las susceptibilidades del debido proceso.

B. IMPACTO SUSTANTIVO

¹⁰ Párrafo 23 del laudo en el caso CCI 1110.

¹¹ A la luz de lo resuelto en *Inceysa Vallisoletana SL v República de El Salvador* (Caso CIADI No. ARB/03/26, laudo de 2 de agosto de 2006 – “*Inceysa v El Salvador*”), que en esencia sostuvo que ante actos ilícitos, la inversión quedaba desprotegida del tratado de inversión en cuestión puesto que no se actualiza el requisito “consentimiento” del Convenio CIADI. Sobre decir que no aplaudo lo ocurrido. Debe ser repudiado, pero lo sostenido en *Inceysa* constituye un malentendido del requisito de consentimiento del Convenio CIADI y el contenido de la frase “inversión hecha de conformidad con el derecho del Estado anfitrión de la inversión” frecuentemente vista en tratados de inversión.

¹² *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v Republic of the Philippines*, Caso CIADI No ARB/03/25. Laudo de 16 de agosto de 2007. §37 de la Opinión Disidente de Bernardo Cremades, adjunta al laudo.

El pensamiento sobre esta materia ha avanzado mucho desde que Gunnar Lagergren decidió lo siguiente en el caso CCI No. 1110 de 1963:¹⁰

After weighing all the evidence I am convinced that a case such as this, involving such gross violations of good morals and international public policy, can have no countenance in any court either in the Argentine or in France or, for that matter, in any other civilised country, nor in any arbitral tribunal. Thus, jurisdiction must be declined in this case. It follows from the foregoing, that in concluding that I have no jurisdiction, guidance has been sought from general principles denying arbitrators to entertain disputes of this nature rather from any national rules on arbitrability. Parties who ally themselves in an enterprise of the present nature must realise that they have forfeited any right to ask for the assistance of the machinery of justice (national courts or arbitral tribunals) in settling their disputes.

La rectitud de su fallo es objeto de diferencia. Mientras que algunos la defienden, otros la cuestionan *inter alia* temerosos de la denegación de justicia que propicia y los incentivos que detona: para incumplir basta coludir. Llevo algunos años haciendo ver esto en algunos foros.¹¹ Recientemente Bernardo Cremades vivió dicha problemática. Y con su distintiva agudeza y elocuencia explicó:¹²



If the legality of the Claimant's conduct is a jurisdictional issue, and the legality of the Respondent's conduct a merits issue, then the Respondent Host State is placed in a powerful position. In the Biblical phrase, the Tribunal must first examine the speck in the eye of the investor and defer, and maybe never address, a beam in the eye of the Host State. Such an approach does not respect fundamental principles of procedure.

Se propone que si lo que Lagergren razonó es que si el objeto del contrato es la ilegalidad, el acto es antijurídico—y lo antijurídico no puede gozar de la infraestructura jurídica para forzar cumplimiento, el razonamiento y resultado es acertado. Pero si lo que Lagergren razonó fue que, ante ilegalidad, todo se detiene; debe declinarse jurisdicción—las críticas tienen mérito:¹³ no sólo generan un *non liquet*, sino que propician un beneficio a favor de quien no tiene las manos limpias.

Un hecho puede impactar diferentes derechos. Diversos cuerpos normativos. (El postulado es tan fácil de entender, que asombra que algunos lo cuestionen.) Aceptado ello, dejemos que las consecuencias del impacto del hecho en cada cuerpo normativo sean las que dicho cuerpo normativo establezca, conforme lo decida el órgano aplicador del derecho en cuestión.

La existencia de un acto sancionado como ilícito por una norma no debe vedar el que sea considerado para aquí-

latar sus efectos jurídicos en otra. Esta aproximación no sólo es más adecuada como *teoría*, sino por sus efectos.

Qua teoría, la postura de impacto múltiple de un hecho es más consistente que la postura contraria—que ante la actualización de una hipótesis normativa, cierra los ojos ante las de otras normas.

En cuanto a sus efectos, aceptar la postura contraria genera problemas y detona incentivos perversos. Los *problemas* residen en que una persona que tenga un derecho bajo un acto (v.gr., un contrato¹⁴ o un tratado¹⁵) no debe ser desprovisto de los derechos del mismo porque otra persona incurrió en una ilegalidad. Los *incentivos* consisten en que, ante un ilícito acordado (vgr, cohecho; corrupción) negar acción a una de las partes implica hacerle un obsequio a la otra—que también participó en el acto. Después de todo, para bailar tango, se necesitan dos.

Es por lo anterior que, siendo que los casos internacionales que versan sobre este punto y que pueden ser categorizables en aquellos que, ante ilicitud, declinan jurisdicción, por un lado,¹⁶ y aquellos que analizan las consecuencias legales (distintas a las penales) de la ilicitud, por el otro,¹⁷ en mi opinión, éstos últimos constituyen una aproximación más robusta y consistente conceptualmente, además de preferible pragmáticamente.¹⁸ La existencia *per se* del hecho ilícito no debe

¹³ Y los casos que han seguido un razonamiento similar (como *Inceysa v El Salvador*) merecen la misma crítica.

¹⁴ Como ocurrió en *Niko Bangladesh v Bangladesh*.

¹⁵ Como aconteció en *Inceysa v El Salvador*.

¹⁶ *Inceysa v El Salvador*.

¹⁷ *WDF v Kenya* y *Niko v Bangladesh*.

¹⁸ Un postulado no sólo aceptable, sino que ha sido aceptado en casos más recientes como *World Duty Free Company Ltd v Republica de Kenya* (Caso CIADI ARB/00/07, laudo de 4 de octubre de 2006 – “*WDF v Kenya*”) y *Niko Bangladesh v People's Republic of Bangladesh, Bangladesh Petroleum Exploration & Production Company Limited, Bangladesh Oil Gas and Mineral Corporation* (Casos CIADI ARB/10/11 y ARB/10/18. Decisión sobre Jurisdicción de 19 agosto de 2013 – “*Niko Bangladesh v Bangladesh*”).



aniquilar jurisdicción por ausencia de consentimiento;¹⁹ en todo caso podría ser considerado en el contexto de la existencia de una "inversión" protegida, dentro del contexto del análisis del requisito jurisdiccional *ratione materiae*.²⁰ Ilustran esta aproximación *WDF v Kenya*²¹ y *Niko Bangladesh v Bangladesh*.^{22,23}

Para mi gusto, lo plausible del método seguido por los dos casos consistió en que el tribunal no soltó jurisdicción como si hubiese tomado una tasa de café hirviendo. No se dejó espantar por el hecho ilícito. Más bien, aquilató su existencia y consecuencias jurídicas bajo el derecho aplicable (el tratado de inversión)—para mi gusto, una aproximación mucho más plausible.

C. UMBRAL PROBATORIO

La persuasión sobre ilegalidad exige una determinación en base a un nivel probatorio alto. Es decir, se necesita más que *balance de probabilidad*. Se necesita *contundencia*. El motivo consiste en las consecuencias que genera, que suelen ser más graves que las determinaciones a las que se arriba en base a balance de probabilidad.

Probablemente dicha aseveración merezca fácil aceptación. Sin embargo, invita una arruga conceptual sutil

pero importante, así como una a contradicción (aparente).

El punto sutil consiste en que la ilegalidad suele ser furtiva.²⁴ Y quienes incurren en ella con certeza tomarán cuidados para no ser descubiertos. Ante ello, exigir contundencia puede tener por efecto imposibilidad de llegar a la determinación — salvo en los programas de *Crime Scene Investigation*.

Propondría que la contundencia se puede demostrar con inferencias. Con la prueba circunstancial.

No faltará quien cuestione la posibilidad o que aduzca que me estoy contradiciendo. Contundencia parecería exigir elementos probatorios superiores a los indirectos. *Directos*. Y la inferencia es la prueba indirecta por excelencia.

Propongo que no hay contradicción. La prueba circunstancial puede merecer confianza, y puede justificar una conclusión de contundencia, cuando no hay explicación alternativa verosímil—o es tan improbable que exige concluir que X hecho ocurrió con un alto nivel de probabilidad. Si a ello se suma la posibilidad de que la parte en contra de quien se aduzca la contradiga, la conclusión es que la utilización de la inferencia

¹⁹ Como razonó *Inceysa v El Salvador*.

²⁰ Es decir, podría suceder que un hecho sancionado como ilícito por el derecho del Estado anfitrión tiene por efecto que no exista "inversión". Piénsese en la adquisición de un activo vedado a la inversión extranjera por el derecho local del Estado anfitrión. En dicho caso, no habría una "inversión" hecha de conformidad con el derecho del Estado receptor de la misma, y por ende no aplicarían las normas protectoras del tratado de inversión.

²¹ En *WDF v Kenya* se aducía corrupción: la entrega al Presidente del país de un maletín con dos millones de dólares con el objetivo de que apruebe la inversión.

²² En *Niko Bangladesh* también se aducía la existencia de cohecho para la obtención de un contrato como motivo suficiente para que el tribunal de inversión declinara jurisdicción, a efecto de "cuidar el sistema CIADI a efecto de evitar abuso del mismo".

²³ Una diferencia importante entre *WDF v Kenya* y *Niko Bangladesh* es que, mientras que en el primer caso se busca la nulidad del acto, en el segundo no. Y dicha distinción hizo toda la diferencia.

²⁴ Los anales jurídicos cuentan de un abogado que acusó a otro de corrupto, quien exigió que el primero lo demuestre, a lo cual el primero contestó: "te dije corrupto, no tonto".



no viola debido proceso. Después de todo, se habrá extendido toda oportunidad para manifestar lo que a su derecho convenga.

D. MOTIVACIÓN DEL LAUDO

¿Cómo debe el tribunal arbitral motivar ante un hecho ilícito? A primera impresión la pregunta parece banal. Sin embargo, es más profunda de lo que parece. Lo que es más, invita diferencias de opinión.

Por un lado están quienes sostienen que motivar implica decir lo que se piensa y que sirvió de premisa para la conclusión vertida en el laudo. Por ende, tiene que decirse, so pena de no cumplir el requisito “motivar”.²⁵ Por otro están quienes toman una aproximación pragmática y consideran más conducente a la validez y ejecutabilidad del laudo (voluntaria o coactivamente) el que no se mencione el punto, aunque haya estado en la mente del tribunal arbitral al hacer determinaciones fácticas sobre las que se anclan consecuencias jurídicas.

Con respecto a la primer postura (que llamaré “sincera”), hay fuerza conceptual detrás de la misma. Después de todo, para satisfacer lo que exige *motivar*, un razonamiento debe expresar lo que persuadió. Sin embargo, puede fácilmente ser una buena intención que acabe en el infierno: poco servirá un fallo a quien gana, si al tocar una cuestión de ilegalidad se convierte en la cruzada de su opositor para no cumplirlo—siendo que

lo hubiera cumplido voluntariamente en ausencia de la aseveración de ilicitud.

Con respecto a la segunda postura (que llamaré “prudente”), si el tribunal arbitral puede arribar a las conclusiones que llega en base al expediente existente sin citar ilicitud, le hará un favor a la parte victoriosa, pues no abre discusión alguna al respecto durante el juicio de nulidad. Y siendo que existe un deber de emitir un laudo válido y ejecutable, ante la opción entre tomar o no un paso que puede invitar un argumento que lo invalide, debe preferirse la postura que resguarda la validez del laudo.

Esto último puede ser importante. No faltará quien diga que, existiendo una ilegalidad en un arbitraje, el laudo debe ser anulado sea por orden público o por inarbitrabilidad. Ambas líneas argumentativas serían erróneas.²⁶ Aunque el tema penal es orden público,²⁷ el que exista un ilícito en el conjunto de hechos que conforman la disputa y que arrojaron el laudo arbitral, ello no quiere decir que éste es contrario al orden público. El laudo habrá decidido los aspectos civiles o mercantiles del fallo, no los penales.

Éstos están abiertos para ser considerados por el juez de lo penal. Simplemente están fuera de la misión del árbitro.

Respecto a arbitrabilidad, es cierto que el derecho penal es inarbitrable.²⁸ Sin embargo, el que exista una arista penal de entre la conducta sometida al arbitraje no la torna en inarbitrable *in toto*. Mientras que las hebras civiles y mercantiles de la disputa se canalizan en arbitraje, la responsabilidad penal ante el juez de lo penal. Temas *in natura* distintos que no hay porqué confundir.

²⁵ La aseveración encontrará apoyo en la ratio del requisito de motivar, que es doble. Primero, rendir cuentas del poder brindado. Segundo, permitir ejercer control del mismo—aunque en arbitraje en el contexto del juicio de nulidad o ejecución del laudo se trate de un control que no puede adentrarse en el sentido del fallo.

²⁶ Esta aseveración supone que el laudo no hace determinaciones penales, sino que genera consecuencias conforme a la *lex specialis* aplicable al arbitraje, que suele ser civil o mercantil del ilícito.

²⁷ Esta apreciación merece mucho comentario. Para abundar sobre ello, véase González de Cossío, *LO LÚDICO DEL ORDEN PÚBLICO*, Boletín del Centro de Arbitraje de la Industria de la Construcción (CAIC), Septiembre 2013. (www.caic.com.mx)

²⁸ Es decir, la responsabilidad penal por delitos. En forma relevante, los aspectos monetarios y civiles (v.gr., la cuantificación del daño en el delito de daños en propiedad privada) podría ser arbitrado.



Dr. Francisco González de Cossío
González de Cossío Abogados, S.C.

I. INTRODUCCIÓN

El Canciller de Hierro y arquitecto de la unificación alemana, Otto von Bismarck, advertía que los embutidos y las leyes se parecen en que, si te gustan, hay que evitar ver cómo se hacen.

La apertura del arbitraje en materia de obra pública, adquisiciones, arrendamientos y servicios con el sector público me recuerda dicha frase. A continuación explicaré porqué platicando un poco sobre su génesis (§II) lo bueno de la reciente modificación que lo permite (§III) y lo que necesitamos mejorar (§IV).

II. GÉNESIS

El deseo de abrir esta materia al arbitraje no es nuevo. Desde 2001 existían esfuerzos al respecto. Tuve la fortuna de participar en ellos. Vale la pena recordarlos para aprender las lecciones de los motivos por los que fracasó.

En esencia, dichos esfuerzos fracasaron por que fueron demasiados los participantes en los mismos. Ante la dificultad de poner de acuerdo a tantas personas, eventualmente la energía detrás de la iniciativa acabó por agotarse.

III. LO BUENO

El decreto por el que se Reforman, Adicionan y Derogan diversas disposiciones inter alia de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público y de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las mismas, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 28 de mayo de 2009 culmina muchos meses de esfuerzo.

De dicho esfuerzo, deseo aplaudir los siguiente:

- a) Permite arbitraje;¹
- b) Corrección de raíz del régimen anterior; y
- c) Forma en que tuvo lugar.

A. PERMISIÓN

Ya era hora que se permitiera el arbitraje en materia de obra pública, arrendamientos, adquisiciones y servicios con el sector público (conjuntamente, 'Contratación Gubernamental'). Son muchas las inversiones que se frustraron, y proyectos de infraestructura que se perdieron, por la inexistencia de dicha posibilidad.

Las autoridades involucradas se percataron de ello y dieron eco a la idea que es una forma de atraer inversión. Ello no puede ser más cierto. Muchos practicantes lo vivimos.

Es hora que lo entendamos. A los ojos de los inversionistas, pactar arbitraje significa que los pactos tendrán eficacia. Que a las palabras no se las llevará el viento.

B. CORRECCIÓN DE RAÍZ

La modificación siguió lo que consideró que era el camino más adecuado para corregir el statu quo. Recuerdese que los artículos 15 de la LAPS y LOPS establecían la posibilidad de someter al arbitraje controversias siempre que se hiciera de conformidad con las reglas de carácter general que para ello emitiera la otrora Secretaría de Contraloría y Desarrollo Administrativo, previa opinión de la Secretaría de la Economía.

¹ Artículo 98 de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las mismas (LOPS) y 80 de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público (LAPS).



La opción fácil era emitir las reglas indicadas. Los funcionarios involucrados prefirieron corregir el problema de raíz, modificando el texto legal aplicable.

Ello es digno de aplaudirse.

C. FORMA

Los funcionarios que participaron en el tema se hicieron de literatura, tomaron cursos y se asesoraron de expertos.² En resumen, buscaron hacer el mejor trabajo posible. Otro paso digno de aplaudirse.

IV. LO MALO

En la recta final se modificó la iniciativa de ciertas maneras que vale la pena comentar. Me ceñiré a:

- a) Se excluyeron ciertas materias, tanto ex ante como ex post;
- b) En materia de arrendamientos, se constriñó a un tipo de contrato;
- c) Permite mecanismos alternativos de solución de controversias siempre que sean 'reconocidos' por la Secretaría de la Función Pública; y

d) Adopta un régimen de excepción.

A. MATERIAS EXCLUIDAS

Artículos 80 LASP y 98 LOPS dicen:

No será materia de arbitraje la rescisión administrativa, la terminación anticipada de los contratos, así como aquellos casos que disponga el Reglamento de esta ley.

Hace inarbitrable tres materias:

1. La rescisión administrativa,
2. La terminación anticipada,

Cualquier otra que establezca - en cualquier momento - el reglamento aplicable.

Ello genera tres problemas:

1. Extirpa de la competencia de un tribunal arbitral dos de los eventos legales más importantes que puede sufrir contratación gubernamental. Ello merma en forma importante la decisión de permitir el arbitraje.
2. Invita pluralidad de mecanismos de solución de controversias. Se propiciarán procedimientos arbitrales, judiciales y administrativos paralelos para resolver diferentes cuestiones legales de una misma controversia. Ello invita desperdicio, duplicidad de costos y - lo que es más preocupante—decisiones contradictorias.
3. Al permitir vía reglamento que se establezcan que otras materias no son arbitrales, se abre la puerta para modificaciones unilaterales ex post facto. Ello resta seguridad jurídica de la inversión.

B. ÁMBITO EN MATERIA DE ADQUISICIONES, ARRENDAMIENTOS Y SERVICIOS DEL SECTOR PÚBLICO

El artículo 80 de la LASP establece:

Artículo 80. Podrá convenirse compromiso arbitral respecto de aquellas controversias que sur-

² Por ejemplo, acudieron al INSTITUTO MEXICANO DEL ARBITRAJE para recibir retroalimentación.



jan entre las partes por interpretación a las cláusulas de los contratos de prestación de servicios de largo plazo previstos en la fracción VI del artículo 3 de esta ley o por cuestiones derivadas de su ejecución, en términos de lo dispuesto en el Título Cuarto del Libro Quinto del Código de Comercio.

No será materia de arbitraje la rescisión administrativa, la terminación anticipada de los contratos, así como aquellos casos que disponga el Reglamento de esta ley.

Dicho artículo genera los siguientes problemas:

1. En materia de arrendamientos permite el arbitraje sólo en un área: los contratos de servicios a largo plazo;
2. El texto "respecto de aquellas controversias ... interpretación de las cláusulas de los contratos ..." puede interpretarse restrictivamente, dejando fuera otras áreas como cumplimiento; y
3. Aplica la misma observación sobre la rescisión administrativa y terminación anticipada.

C. UTILIZACIÓN DE MASC SUJETO A 'RECONOCIMIENTO' POR SFP

El artículo 84 de la LASP y establece:

Artículo 84. Las partes podrán convenir otros mecanismos de solución de controversias para resolver sus discrepancias sobre la interpretación o ejecución de los contratos de prestación de servicios de largo plazo previstos en la fracción VI del artículo 3 de esta ley, siempre que su pro-

cedimiento esté reconocido en las disposiciones que al efecto emita la Secretaría de la Función Pública.

El artículo 102 de la LOPS dice:

Artículo 102. Las partes podrán convenir otros mecanismos de solución de controversias para resolver sus discrepancias sobre la interpretación o ejecución de los contratos siempre que su procedimiento esté reconocido en las disposiciones que al efecto emita la Secretaría de la Función Pública.

Es conveniente que no se condicione el mecanismo a su reconocimiento vía reglamento, pues ello anquilosa la solución de controversias por métodos no adversariales que podrían dar un valor agregado útil.

La preocupación que motivó el texto fue que se utilicen mecanismos distintos a los preferidos. Ello es lamentable pues la preocupación está autocontenida: dado que los mecanismos alternativos de solución de controversias exigen la participación de ambas partes, si la dependencia o entidad en cuestión no quiere seguir un mecanismo determinado, simplemente no acepta.

D. RÉGIMEN DE EXCEPCIÓN

La modificación adoptó un régimen de excepción. Establece que sólo puede pactarse arbitraje en ciertas áreas.

Aunque la decisión sobre arbitrabilidad de una materia es un tema de política legislativa, hubiera sido conveniente que siguieran las observaciones que mi amigo el Dr. Claus von Wobeser hizo como parte de su conferencia como ingreso como Miembro de Número de la Academia Mexi-



cana de Legislación y Jurisprudencia sobre la expansión de la arbitrabilidad de las materias. Sus observaciones siguen tan vigentes como cuando las emitió en 2002.³

Sería conveniente adoptar un régimen permisivo-no de excepción. Las preocupaciones que motivan el actual texto pueden ser mejor manejadas de otra manera, y el arbitraje fomentará inversión. Recordemos que:

- a) El arbitraje ha sido útil y exitoso en materias administrativas distintas.⁴ No se percibe motivo para que no lo sea en esta materia.
- b) Los motivos que entiendo que se esgrimen para no permitir el arbitraje son preocupaciones válidas, pero que no militan en contra de que el paso se adopte a nivel ley. Existen soluciones más apropiadas para ello.⁵
- c) En la experiencia de muchos practicantes, la indisponibilidad del arbitraje ha frustrado inversiones diversas (¡e importantes!). El motivo: el arbitraje es una garantía de que el contrato que documenta la inversión será efectivamente acatado. Por ende, si se desea atraer inversión, el arbitraje es una manera inteligente de hacerlo.

V. ARBITRABILIDAD DE ACTOS DE AUTORIDAD

La inarbitrabilidad de las materias de rescisión administrativa y terminación anticipada tuvieron como ratio que dichos actos eran considerados como actos de au-

toridad por nuestra judicatura, y por ende no arbitrables.

En mi opinión la aseveración tiene un problema tanto en la premisa como en la conclusión.

A. PREMISA FLOJA

Es cierto que existen casos en los que nuestra judicatura ha caracterizado como actos de autoridad a la rescisión administrativa. Sin embargo:

1. Existen decisiones encontradas;
2. Son distinguibles de la rescisión y terminación bajo la LOPS y LASP;
3. La aseveración pierde de vista la distinción entre actos *iure gestionis* y *iure imperii*;
4. Un caso reciente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha cambiado el paradigma.

1. Casos

La jurisprudencia sobre este tema es dispersa. El motivo obedece a que existen tres variables que confluyen y complican el tema:

- a) Las dependencias y entidades pueden entenderse como estando actuado *iure imperii* en algunos casos y *iure gestionis* en otros. Ello ha impactado la caracterización del acto.

³ Dr. Claus von Wobeser, LA CONQUISTA DE LOS PARTICULARES FRENTE AL ESTADO EN LA SOLUCIÓN DE SUS CONTROVERSIAS: LA DILUCIÓN DEL ORDEN PÚBLICO, Discurso de Ingreso como Miembro de Número de la Academia Mexicana de Legislación y Jurisprudencia, PAUTA, Boletín Informativo del Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio, A.C., No. 40, Mayo, 2003, p. 6.

⁴ Por ejemplo, marítimo, petróleo, portuario, eléctrico.

⁵ Entiendo que la preocupación es que se utilice equivocadamente el arbitraje, pactándolo en contratos que no lo justifican. La preocupación es válida, la solución sobre-prohíbe. Existen mejores soluciones que no anquilosan la materia. (Por ejemplo, que se canalicen las dudas sobre ello con los funcionarios especializados de la SFP.) Prohibir la utilización de una institución porque alguien puede malutilizarla es paternalista. En nuestro caso, genera el problema que para materias (existentes o nuevas) donde se justifique su utilización estará indisponible, algo lamentable dados sus beneficios.



- b) Muchos de los casos lo que buscan determinar no es determinar si se trata de un acto de autoridad, sino si el ente del que proviene puede ser considerado una autoridad responsable para efectos del juicio de amparo - algo diametralmente distinto.
- c) Muchos de los casos han buscado esclarecer la competencia del contencioso administrativo y el juicio de amparo.
- d) Existen casos que han caracterizado la rescisión administrativa como el equivalente en el derecho administrativo del pacto comisorio en materia civil.

Como resultado, uno puede encontrar tesis con soluciones diversas a cada una de estas variables. Ante ello, derivar una regla es una generalización injustificada.

Citaré algunos ejemplos.

- a) *Casos que no consideran a la rescisión como acto de autoridad*

COMISIÓN ESTATAL DE SERVICIOS PÚBLICOS DEL ESTADO DE BAJA CALIFORNIA. ES IMPROCEDENTE EL JUICIO DE AMPARO CONTRA EL ACTO POR EL QUE UNILATERALMENTE RESCINDA CONTRATOS DE OBRA PÚBLICA, POR NO SER DE AUTORIDAD. Cuando se reclama la rescisión de un contrato celebrado con la Comisión Estatal de Servicios Públicos del Estado de Baja California, con el carácter de particular, es improcedente el amparo que contra dicho acto se promueva al actualizarse la causal de improcedencia prevista por el artículo 73, fracción XVIII, en relación con el artículo 1o., fracción I, de la Ley de Amparo, ya que

la declaración de la rescisión del contrato de obra pública que se impugna no es un acto de autoridad, toda vez que en este caso la citada comisión no actuó como autoridad soberana dotada de imperio, sino como ente de derecho privado, es decir, como un particular que contrata en el mismo nivel que otro; en consecuencia, procede sobreseer en el juicio de garantías con fundamento en el artículo 74, fracción III, de la invocada ley.⁶

- b) Casos que sí consideran a la rescisión como acto de autoridad

CONTRATO DE OBRA PÚBLICA. LA COMPETENCIA PARA CONOCER DEL CONFLICTO SUSCITADO POR SU RESCISIÓN, PROVENIENTE DE UN ACTO ADMINISTRATIVO DE AUTORIDAD, CORRESPONDE A UN JUZGADO DE DISTRITO EN MATERIA ADMINISTRATIVA. Tomando en consideración que la resolución mediante la cual una autoridad rescinde unilateralmente y en forma imperativa un contrato de obra pública, por causas que se dicen imputables al contratista, con apoyo en los artículos 43 de la Ley de Obras Públicas y 58 de su Reglamento, así como en una de las cláusulas del propio contrato, constituye un acto de autoridad de naturaleza administrativa, relacionado con un contrato también administrativo y con disposiciones de esa materia, como lo son la citada Ley de Obras Públicas y su Reglamento, resulta competente para conocer del juicio administrativo federal iniciado por el particular en contra de la autoridad emisora del acto, el juez de Distrito en Materia Administrativa respectivo, pues concurren los requisitos que el artículo 52, fracción I, de la Ley Orgánica

⁶ **Registro No.** 185810, Novena Época, Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Quinto Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XVI, Octubre de 2002. Página: 1341. Tesis: XV.2o.23 A. Amparo en revisión 410/2001. Constructora Doble Triple 3, S.A. de C.V. 26 de septiembre de 2001. Unanimidad de votos. Ponente: Sergio Javier Coss Ramos. Secretaria: Patricia Suárez Galaz.



del Poder Judicial de la Federación exige para que se actualice dicha hipótesis competencial, consistente en la existencia de una controversia suscitada con motivo de la aplicación de una ley federal, en la que deba decidirse sobre la legalidad o subsistencia de un acto de autoridad de naturaleza administrativa.⁷

Como puede verse, lo que busca esclarecer dicha tesis es quién es el órgano competente para conocer de la rescisión.

La siguiente tesis versa sobre autoridad para efectos del juicio de amparo (lo que no quiere decir que la rescisión sea un acto de autoridad):

INSTITUTO DE SEGURIDAD Y SERVICIOS SOCIALES DE LOS TRABAJADORES DEL ESTADO. LA RESCISIÓN DE LOS CONTRATOS DE OBRA PÚBLICA QUE DECLARE CON FUNDAMENTO EN EL ARTÍCULO 40 DE LA LEY DE ADQUISICIONES Y OBRAS PÚBLICAS (ABROGADA POR EL ARTÍCULO SEGUNDO TRANSITORIO DE LA LEY DE ADQUISICIONES, ARRENDAMIENTOS Y SERVICIOS DEL SECTOR PÚBLICO, PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 4 DE ENERO DE 2000), TIENE EL CARÁCTER DE ACTO DE AUTORIDAD PARA EFECTOS DEL JUICIO DE AMPARO. El Tribunal Pleno de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación en la tesis P. XXVII/97, de rubro: "AUTORIDAD PARA EFECTOS DEL JUICIO DE AMPARO. LO SON AQUELLOS FUNCIONARIOS DE ORGANISMOS PÚBLICOS QUE CON FUNDAMENTO EN LA LEY EMITEN ACTOS UNILATERALES POR LOS QUE CREAN,

MODIFICAN O EXTINGUEN SITUACIONES JURÍDICAS QUE AFECTAN LA ESFERA LEGAL DEL GOBERNADO.", precisó el concepto de autoridad para los efectos del amparo, reconociendo ese carácter al órgano que con fundamento en una norma legal puede emitir actos unilaterales a través de los cuales crea, modifica o extingue por sí o ante sí, situaciones jurídicas que afecten la esfera legal de los gobernados, sin la necesidad de acudir a los órganos judiciales ni del consenso de la voluntad del afectado; es decir, ejercen facultades de decisión reconocidas en la ley, por lo cual constituyen una potestad administrativa cuyo ejercicio es irrenunciable, lo que se traduce en auténticos actos de autoridad al ser de naturaleza pública la causa de ese imperio. Por tanto, debe concluirse que la rescisión del contrato administrativo por el Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado es, precisamente, un acto jurídico unilateral emitido con fundamento en lo previsto en el artículo 40, primer párrafo, de la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas, a través del cual extinguió, motu proprio, una relación contractual en que era parte un particular, el cual afectó su esfera jurídica, pues la administración pública tiene la facultad de hacer efectiva la garantía otorgada, como consecuencia legal de esa rescisión. Además, la rescisión la decretó un órgano que forma parte de la estructura orgánica de la entidad contratante, sin acudir a los tribunales judiciales o administrativos, ni con el consenso de la voluntad del afectado. Ahora bien, en congruencia con lo anterior y tomando en consideración que la rescisión no es una facultad unilateral que fue invocada por la entidad contratante sólo porque fue convenido

⁷ Registro No. 394144, Octava Época, Pleno. Fuente: Apéndice de 1995 Tomo VI, Parte SCJN. Página: 128. Tesis: 188. Jurisprudencia. Octava Época: Competencia 144/90. Suscitada entre los Juzgados de Distrito Cuarto en Materia Civil y Segundo en Materia Administrativa, ambos en el Distrito Federal. 18 de agosto de 1993. Mayoría de catorce votos. Competencia 14/93. Suscitada entre los Juzgados de Distrito Primero en Materia Administrativa y Tercero en Materia Civil, ambos en el Distrito Federal. 11 de abril de 1994. Mayoría de diecisiete votos. Competencia 51/93. Suscitada entre los Juzgados de Distrito Segundo en Materia Civil y Cuarto en Materia Administrativa, ambos en el Distrito Federal. 11 de abril de 1994. Mayoría de diecisiete votos. Competencia 53/93. Suscitada entre los Juzgados de Distrito Primero en Materia Administrativa y Segundo en Materia Civil, ambos en el Distrito Federal. 11 de abril de 1994. Mayoría de dieciséis votos. Competencia 104/93. Suscitada entre los Juzgados de Distrito Quinto en Materia Civil y Sexto en Materia Administrativa, ambos en el Distrito Federal. 11 de abril de 1994. Mayoría de quince votos. NOTA: Tesis P./J.20/94, Gaceta número 78, pág. 18; véase ejecutoria en el Semanario Judicial de la Federación, tomo XIII-Junio de 1994, pág. 8. Genealogía: APÉNDICE '95: TESIS 188 p. 128



en esos términos en el contrato, sino que su base fundamental radica en que dicha facultad está establecida en el artículo 40 de la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas para que la invoquen exclusivamente órganos de la administración pública, resulta inconcuso que el mencionado instituto tiene el carácter de autoridad y la facultad rescisoria que ejerció deriva directamente de la ley.⁸

2. Cambio de paradigma por la SCJN

Cualquier utilidad que los casos anteriores hubieren tenido para soportar la postura que cuestiono, debe perder peso ante un caso reciente e importante. En el amparo en revisión 2219/2009⁹ la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha cambiado la forma de concebir la autoridad responsable para efectos del juicio de amparo. Dicha decisión constituye un parte-aguas y redirección del curso que debe tener este tema, particularmente a la luz de las corrientes del neo-constitucionalismo y aplicación horizontal de la Constitución.

Un fragmento es particularmente relevante para nuestro tema, no sólo por lo que dice sino por quien lo dice. Proviene de nada mas y nada menos de quien más defendió la postura a favor de ampliar la noción de autoridad, el Ministro Zaldivar Lelo de Larrea, que dijo:¹⁰

“... si yo contrato con el Estado un contrato para vender lápices y lo incumple, [¿] es un acto de

autoridad para efectos del amparo [¿], por supuesto que no [!] ...”

Esto debe servir de tranquilidad a quienes les preocupaba este aspecto de la modificación.

D. CONCLUSIÓN ERRADA

Pero además de que la caracterización como acto de autoridad es cuestionable, aunque lo fuera *ello no quiere decir que no pueda hacerse arbitrable por ley*.¹¹

El arbitraje lleva mucho tiempo siendo una opción para mecanismos diversos.¹² Ante ello, el óbice detectado era más imaginario que real.

E. CONCLUSIÓN

Aunque debatible que el *statu quo* actual de la rescisión administrativa y terminación sea un acto de autoridad, nada impide que pueda hacerse arbitrable.

VI. COMENTARIO FINAL

Otto von Bismarck estaría descontento con la reciente modificación a nuestro régimen de Contratación Gubernamental pues no ejemplifica su observación. Si bien hay cosas que *corregir*, hay mucho que *aplaudir*.

Necesitamos reconocerlo y agradecerlo.

⁸ Registro No. 189452, Novena Época, Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XIII, Junio de 2001. Página: 240. Tesis: 1a. LII/2001. Amparo en revisión 159/2000. Krysdé, S.A. de C.V. 10 de enero de 2001. Cinco votos. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretaria: Martha Llamile Ortiz Brena. Nota: La tesis P. XXVII/97 citada, aparece publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo V, febrero de 1997, página 118.

⁹ Resuelto el 19 de abril de 2010.

¹⁰ Amparo en Revisión 2219/2009, Versión Taquigráfica, Sesión en Pleno, 19 de abril de 2010, p. 12.

¹¹ Como parte de una conferencia que di en el evento de arbitraje en materia de construcción del Capítulo Mexicano de la Cámara de Comercio Internacional (29 de abril de 2010) mi querido amigo Claus von Wobeser indicó que disenta de mi postura pues los actos de autoridad no son arbitrables. Expuesto así, no puedo mas que concurrir. Pero mi punto es otro: no existe óbice para que la ley permita que la rescisión administrativa y terminación anticipada puedan ser sujetos al arbitraje. No asevero que los actos de autoridad sean per se arbitrables, sino que *pueden hacerse arbitrables mediante una autorización legal*. Estoy en deuda con el Dr. von Wobeser por su llamado de atención a este punto, que evita generar malos entendidos.

¹² Piénsese por ejemplo en los diversos mecanismos arbitrales de los tratados de libre comercio y tratados de inversión que México ha suscrito. (Para abundar, véase González de Cossío, ARBITRAJE DE INVERSIÓN, Ed. Porrúa, México, D.F., 2009.)



Lic. Fernando Estavillo Castro

Socio fundador, Miranda & Estavillo, S.C. (México, D.F.); miembro de la Corte Internacional de Arbitraje de la ICC (enero 2000 a junio 2012), del Grupo Latinoamericano de Arbitraje de la ICC, de la Asociación Latinoamericana de Arbitraje (ALArb) y del Instituto Mexicano del Arbitraje (IMA)

1. Introducción.

El nuevo Reglamento de Arbitraje de la CCI, en vigor a partir del 1 de enero de 2012 ("Reglamento"), además de conservar en su Artículo 28 la facultad del tribunal arbitral para ordenar a solicitud de parte medidas cautelares y provisionales, provee un nuevo procedimiento de árbitro de emergencia, previsto en su Artículo 29 y regulado en el Apéndice V del Reglamento, que contiene las reglas de árbitro de emergencia y el procedimiento respectivo.

Este nuevo procedimiento de la CCI, además de ser optativo, es independiente de las medidas cautelares y provisionales a que se refiere el Artículo 28 del Reglamento y también es independiente del Reglamento de Procedimiento Precautorio Prearbitral de la CCI, vigente a partir del 1º. de enero de 1990, que continúa en vigor.

2. Concepto.

2.1. Medidas precautorias, cautelares, provisionales.

Las medidas precautorias, cautelares o provisionales, tienen por objeto permitir a las partes acudir a un tercero para que ordene medidas tendentes a resolver algún problema específico urgente. Ese tercero, puede ser la autoridad judicial o, en el caso del arbitraje,

además de la autoridad judicial puede ser el árbitro si así lo hubieren convenido las partes. El concepto y el procedimiento de árbitro de emergencia constituyen una nueva especie del género de medidas precautorias, cautelares o provisionales, como adelante se comenta.

Según GARY BORN², las medidas provisionales descansan en la premisa de que, a fin de que un proceso de solución de controversias pueda funcionar de una manera justa y eficaz, es esencial que el tribunal posea una amplia facultad para salvaguardar los derechos de las partes y su propia autoridad, mientras estén pendientes las actuaciones en el procedimiento de solución de la controversia.

Autores como ALAN REDFERN y MARTIN HUNTER comentan que estas medidas son conocidas como "medidas provisionales de protección" tanto en la Ley Modelo de la CNUDMI (UNCITRAL) como en su Reglamento de Arbitraje y se refieren a las medidas provisionales como aquellas que se proponen conservar pruebas, proteger activos o, en alguna otra forma, mantener el status quo pendiente del resultado de los procedimientos arbitrales y, lo cual es entendible considerando el tiempo en que su obra fue escrita, mencionan que el tribunal arbitral no puede dictar medidas provisionales sino a partir del momento en que ha sido constituido y le ha sido enviado el expediente del arbitraje³.

Al respecto, GARY BORN⁴ define las medidas provisionales como laudos u órdenes dictados con el propósito

¹ Este trabajo fue preparado en marzo de 2013 para su publicación en el Tratado de derecho Arbitral – Los Árbitros, que editará en fecha próxima el Instituto Peruano de Arbitraje.

² BORN, Gary B. *International Commercial Arbitration*. Wolters Kluwer, The Netherlands, 2009, Vol. II, p. 1943.

³ BLACKBAY, Nigel y Partasides, Constantine, con Redfern, Alan y Hunter, Martin. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. 5a. ed., Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 444 y siguientes.

⁴ BORN, Gary B., ob. cit., pp. 1944.



de proteger a una de las partes en el procedimiento, o a ambas, del daño que pudieran sufrir en el curso del procedimiento arbitral, y se proponen preservar una situación jurídica o de hecho y pueden extenderse más allá de la mera conservación del status quo para requerir el restablecimiento de una situación previamente existente en el asunto o la realización de ciertos actos. Conceptos equivalentes, podemos también encontrarlos en FOUCHARD, GAILLARD y GOLDMAN⁵, así como en CRAIG, PARK y PAULSSON⁶.

2.2. Medidas provisionales a cargo del árbitro de emergencia.

Las medidas objeto del procedimiento de árbitro de emergencia que contempla el Reglamento, son distintas de las medidas cautelares y provisionales extrajudiciales comunmente disponibles (e incluso de aquéllas previstas por el propio Reglamento en su Artículo 28), que únicamente pueden ser ordenadas a partir del momento en que el tribunal arbitral ha sido constituido y tiene en su poder el expediente del arbitraje.

El procedimiento de árbitro de emergencia, por su parte, fue concebido con el objeto de que la parte que requiera medidas cautelares o provisionales urgentes

que no puedan esperar hasta la constitución del tribunal arbitral, pueda solicitar tales medidas ("Medidas de Emergencia") aun antes de la presentación de la Solicitud de arbitraje (a condición de que la presente dentro de los diez días siguientes); o bien con posterioridad a dicha Solicitud, siempre y cuando la Petición de Medidas de Emergencia ("Petición") haya sido recibida por la Secretaría de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI antes de la entrega del expediente al tribunal arbitral.

Los trabajos publicados recientemente al respecto por NATHALIE VOSER y CHRISTOPHER BOOG⁷, así como por MICHAEL W. BÜHLER⁸, son de particular interés y utilidad, como también lo es la obra de JASON FRY, SIMON GREENBERG y FRANCESCA MAZZA⁹, que analiza a profundidad todos los artículos del Reglamento y sus apéndices e incluye las disposiciones relativas al árbitro de emergencia.

2.2. Diversos tipos de medidas provisionales.

Según GARY BORN¹⁰, las medidas provisionales pueden consistir en (i) órdenes para preservar el status quo, (ii) órdenes que prohiban el agravamiento de la disputa de las partes, (iii) órdenes que requieran la ejecución específica (specific performance) de obligaciones contrac-

⁵ GAILLARD, Emmanuel, y John Savage., *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, The Hague/ Boston/London, 1999, pp. 709 a 734.

⁶ CRAIG, W. Laurence; Park, William W. y Paulsson, Jan. *International Chamber of Commerce Arbitration*, 3a. ed., Oceana Publications, Inc. Dobbs Ferry, N.Y., 2000, pp. 460 a 469.

⁷ VOSER, Nathalie y Boog, Christopher, "ICC Emergency Arbitrator Proceedings: An Overview", en *ICC International Court of Arbitration Bulletin*. ICC Services, Paris, vol. 22/Special Supplement-2011, pp. 81 a 92.

⁸ BÜHLER, Michael W., "ICC Pre-Arbitral Referee and Emergency Arbitrator Proceedings Compared", en *ICC International Court of Arbitration Bulletin*. ICC Services, Paris, vol. 22/Special Supplement-2011, pp. 93 a 98.

⁹ FRY, Jason; Greenberg, Simon y Mazza, Francesca, *The Secretariat's Guide to ICC Arbitration*. Paris, ICC Services Publications Department, Paris, Publication 729 (2012), pp. 294 a 310.

¹⁰ BORN, Gary B., ob. cit., pp. 1995 a 2011.



tuales o de de otra índole, (iv) órdenes que requieran otorgamiento de garantía respecto de reclamaciones subyacentes, (v) órdenes que requieran otorgamiento de garantía respecto de costos legales, (vi) órdenes para la preservación o inspección de propiedades, (vii) ejecución de obligaciones de confidencialidad, (viii) órdenes de pago provisional, (ix) órdenes de no demandar (antisuit). Asimismo, en la práctica arbitral, existen amplias discusiones en torno a las llamadas *anti-suit injunctions* y *anti-arbitration injunctions*¹¹.

Estos tipos de medidas, si bien son representativos como ejemplo y podrían ser aplicables tanto mediante los procedimientos tradicionales como mediante el nuevo procedimiento de árbitro de emergencia, no necesariamente son los únicos que pueden ser concedidos por los tribunales arbitrales o por árbitros de emergencia, así como tampoco podría decirse que serían viables en todas las jurisdicciones.

2.3. Estándares para otorgar medidas provisionales.

GARY BORN¹² se refiere a diversos estándares comúnmente utilizados por los tribunales arbitrales para resolver sobre el otorgamiento de medidas provisionales en el arbitraje internacional, y conviene al menos enunciarlos por su aplicabilidad al árbitro de emergencia. Tales estándares, según Born, son (i) el riesgo de un daño irreparable o serio, en caso de no ordenarse la medida (ii) la urgencia de la medida, (iii) la abstención de prejuzgar sobre el fondo del asunto al conceder la medida, (iv) la existencia de jurisdicción (facultades

para conceder la medida.

BORN menciona también, en relación con dichos estándares, que algunos tribunales han requerido que el solicitante de la medida demuestre una posibilidad prima facie de hacer prosperar su acción en cuanto al fondo, mas cabría mencionar que esto último parecería contradictorio con la obligación de abstenerse de prejuzgar sobre el fondo del asunto al conceder la medida, además de ser innecesario en virtud de la facultad del tribunal arbitral de exigir al solicitante el otorgamiento de una garantía por los daños que pudiera causar la medida, de resultar ésta injustificada.

3. Antecedentes.

El procedimiento de árbitro de emergencia que incluye el Reglamento, si bien es el más reciente y forma parte del sistema integral de solución de controversias diseñado por la CCI, tiene como antecedentes otras disposiciones similares de árbitro de emergencia, contenidas en las reglas del Centro Australiano de Arbitraje Comercial Internacional, del Instituto Internacional para Prevención y Solución de Conflictos, del Centro Internacional de Solución de Disputas (ICDR), de la Cámara de Comercio de Estocolmo y del Centro de Arbitraje Internacional de Singapur¹³.

En México, el Reglamento de Arbitraje de la Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México (CANACO)¹⁴ contiene un procedimiento, adicional al de

¹¹ Ver, como ejemplos, GAILLARD, Emmanuel (Editor General), *Anti-suit Injunctions in International Arbitration*. Jurispublishing Inc., Huntington, NY, 2005; CARDUCCI, Guido, "Arbitration, Anti-suit Injunctions and Lis Pendens under the European Jurisdiction Regulation and the New York Convention", en *Arbitration International*, revista de la London Court of International Arbitration (LCIA), Kluwer Law International, London, 2011, vol. 27, No. 2.; GORSKIE, Jennifer L., "US Courts and the Antiarbitration Injunction", en *Arbitration International*, revista de la London Court of International Arbitration (LCIA), Kluwer Law International, London, 2012, vol. 28, No. 2.

¹² BORN, Gary B., ob. cit., pp. 1980 a 1993.

¹³ BÜHLER, Michael W., ob. cit., p. 94.

¹⁴ Artículo 50.



medidas provisionales, que permite el otorgamiento de medidas de emergencia.

4. El procedimiento de árbitro de emergencia de la CCI.

4.1 Marco General.

El procedimiento de árbitro de emergencia de la CCI está contenido en dos instrumentos del Reglamento, siendo el primero su Artículo 29(1), que señala los principios considerados fundamentales, a que deben someterse las partes al convenir la aplicación del procedimiento del árbitro de emergencia; y siendo el segundo el Apéndice V del Reglamento, que forma parte de éste y contiene en detalle las reglas a que debe sujetarse el procedimiento respectivo¹⁵.

El nuevo procedimiento es independiente de las medidas cautelares y provisionales a que se refiere el Artículo 28 del Reglamento y también es independiente del Reglamento de Procedimiento Precautorio Prearbitral de la CCI, vigente a partir del 1º. de enero de 1990, que continúa en vigor y respecto al cual existen diversas diferencias, que comenta MICHAEL BÜHLER¹⁶.

Conforme al Artículo 29(1) del Reglamento, la parte que requiera medidas cautelares o provisionales que no puedan esperar a la constitución del tribunal arbitral ("Medidas de Emergencia"), pueden solicitarlas conforme a las reglas contenidas en dicho Apéndice V, titulado Reglas de Árbitro de Emergencia.

El peticionario de las Medidas de Emergencia debe demostrar en su Petición que la medida solicitada es tan urgente, que no puede esperar a la constitución del tribunal arbitral¹⁷.

Según Bühler¹⁸, la limitación del recurso al procedimiento del árbitro de emergencia, a asuntos que no puedan esperar a la constitución del tribunal arbitral, implica que su alcance es más estrecho que el del Reglamento de Procedimiento Precautorio Prearbitral conforme al cual el Tercero¹⁹ ("pre-arbitral referee") tiene la facultad de conceder una gama más amplia de medidas provisionales, que puede incluir no solo medidas provisionales de conservación o de reparación, sino también órdenes para el pago de lo debido, ejecución de ciertos actos conforme a lo contratado, y medidas necesarias para conservar o constituir pruebas; y todo ellos, sin la condición expresa de que exista urgencia.

El procedimiento de Árbitro de Emergencia es aplicable a los acuerdos de arbitraje celebrados a partir del 1º. de enero de 2012 en los que las partes hayan acordado someter sus diferencias al Reglamento, sin hacer una exclusión expresa de las "Disposiciones sobre el Árbitro de Emergencia" definidas en su Artículo 29(5).

Asimismo, el Reglamento dispone expresamente en su Artículo 29(5) que las Disposiciones sobre el Árbitro de Emergencia se aplicarán sólo a las partes signatarias del acuerdo de arbitraje bajo el Reglamento o que sean sucesores de dichas signatarias, y esto ha llevado a la interpretación de

¹⁵ VOSER, Nathalie y Boog, Christopher, ob. cit., p. 84.

¹⁶ BÜHLER, Michael W., ob. cit., pp. 93 a 98.

¹⁷ FRY, Jason, Greenberg, Simon y Mazza, Francesca, ob. cit. pp. 299 y 308.

¹⁸ BÜHLER, Michael W., ob. cit., pp. 94 y 95.

¹⁹ Término con el que en la versión en español del Reglamento de Procedimiento Precautorio Prearbitral se designa al "Referee" a que alude la versión en inglés de dicho Reglamento.



que el procedimiento de árbitro de emergencia es inaplicable a arbitrajes con base en tratados²⁰ a estados y entidades estatales, lo cual no ha estado exento de crítica²¹.

Por otra parte, el propio Reglamento señala expresamente los casos en que no son aplicables las Disposiciones sobre el Árbitro de Emergencia, que se señalan a continuación.

De conformidad con el Artículo 29(6)(a) del Reglamento, dichas Disposiciones no son aplicables tratándose de acuerdos de arbitraje celebrados antes del 1º. de enero de 2012.

Igualmente, de conformidad con el Artículo 29(6)(b) del Reglamento, tampoco se aplican a acuerdos de arbitraje celebrados a partir del 1º. de enero de 2012, en los que las partes hayan optado expresamente por excluir este procedimiento, utilizando para ello la reserva prevista por la propia CCI en la cláusula modelo que propone para tal efecto, en la que el texto original de la cláusula modelo (que en caso de adoptarse sin reservas permitiría la aplicabilidad automática del procedimiento de árbitro de emergencia), se adiciona para indicar que "Las Disposiciones del Árbitro de Emergencia no serán aplicables", lo que en la práctica arbitral es conocido como opt out.

Asimismo, de conformidad con el Artículo 29(6)(c) del Reglamento, tampoco son aplicables en caso de que las partes hayan acordado otro procedimiento prearbitral que prevea el otorgamiento de medidas cautelares, provisionales o similares.

Esta última exclusión fue ampliamente discutida durante el proceso de redacción del Reglamento y deriva, entre otras razones, de una preocupación de FIDIC²² en virtud de las características del sistema de solución de controversias existente en los contratos de FIDIC con cláusulas de arbitraje CCI, en los que se hubiere convenido el recurso a un mecanismo pre-arbitral de remedio provisional conforme al sistema FIDIC²³; y también deriva del hecho de que, como antes se dijo, continúa en vigor el Reglamento de Procedimiento Precautorio Prearbitral de la CCI²⁴.

Las Disposiciones sobre Árbitro de Emergencia no impiden solicitar medidas cautelares urgentes ante la autoridad judicial, tanto antes como después de haber solicitado Medidas de Emergencia conforme al Reglamento, sin que ello contravenga que el acuerdo de arbitraje o constituya una renuncia a éste, mas el solicitante de las medidas judiciales debe notificar ese hecho a la Secretaría ("Secretaría") de la Corte Internacional de Arbitraje ("Corte").

El Reglamento de Procedimiento Precautorio Prearbitral no contiene prohibición a las partes para solicitar medidas cautelares a la autoridad judicial²⁵.

4.2. Regla General aplicable al procedimiento.

Conforme al Artículo 8 del Apéndice V (Regla General), el Presidente de la Corte ("Presidente") podrá de-

²⁰ FRY, Jason, Greenberg, Simon y Mazza, Francesca, ob. cit. p. 308.

²¹ VOSER, Nathalie y Boog, Christopher, ob. cit., pp. 83 y 84.

²² Federación Internacional de Ingenieros Consultores.

²³ VOSER, Nathalie y Boog, Christopher, ob. cit., p. 88; y BÜHLER, Michael W., ob. cit., pp. 93 a 98.

²⁴ BÜHLER, Michael W., ob. cit., pp. 93 a 98.

²⁵ BÜHLER, Michael W., ob. cit., p. 97.



cidir a su discreción todos los asuntos relacionados con la conducción del procedimiento del árbitro de emergencia que no estén expresamente previstos en dicho Apéndice V²⁶.

En ausencia del Presidente o a solicitud suya, cualquiera de los Vice-Presidentes de la Corte tendrá la facultad de tomar decisiones en nombre del Presidente.

En todos los asuntos concernientes al procedimiento del árbitro de emergencia que no estén expresamente previstos en el Apéndice V, tanto la Corte como el Presidente y el árbitro de emergencia deberán proceder dentro del espíritu del Reglamento y de dicho Apéndice.

4.3. Petición de Medidas de Emergencia.

El procedimiento de árbitro de emergencia se pone en marcha mediante una Petición de Medidas de Emergencia ("Petición"), que debe ser presentada a la Secretaría en cualquiera de sus oficinas y sólo será aceptada por la Corte si la Petición es recibida antes de la entrega del expediente del arbitraje al tribunal arbitral, independientemente de que el peticionario de la medida haya presentado o no su solicitud de arbitraje ("Solicitud").

La Petición debe ser presentada en el idioma del arbitraje o, de no haberlo convenido las partes, en el idioma del acuerdo de arbitraje.

En caso de que la Petición de la Medida de Emergencia sea presentada antes de la presentación de la Solicitud de arbitraje, el Presidente debe terminar el procedimiento si la Solicitud de arbitraje no es recibida por la

Secretaría dentro de los diez días siguientes a la presentación de la Petición, salvo que el árbitro de emergencia determine un plazo mayor.

Si con base en la información contenida en la Petición, el Presidente considera aplicables las Disposiciones sobre el Árbitro de Emergencia del Reglamento, debe transmitir una copia de la Petición y sus anexos a la parte demandada o, en caso contrario, debe informar a las partes que el procedimiento del árbitro de emergencia no tendrá lugar respecto de una o más partes, transmitiéndoles además una copia de la Petición para información.

4.4. Nombramiento del árbitro de emergencia; entrega del expediente.

El Presidente debe nombrar al árbitro de emergencia dentro de un plazo de dos días a partir de que la Secretaría haya recibido la Petición.

Para nombrar al árbitro de emergencia, el Presidente debe realizar una selección cuidadosa a la luz de los requerimientos específicos del caso concreto y de las exigencias propias de las características del mismo, a fin de encomendar el desempeño de una función tan exigente como lo es la de árbitro de emergencia, a una persona que, entre otros, cuente con la experiencia, capacidad, conocimientos e incluso atributos de personalidad apropiados²⁷.

En este punto, Bühler destaca otra diferencia entre la forma de nombrar al árbitro de emergencia, y la que corresponde para el nombramiento del Tercero de conformidad con el Reglamento de Procedimiento Precautorio Prearbitral, conforme al cual las propias partes

²⁶ FRY, Jason, Greenberg, Simon y Mazza, Francesca, ob. cit. p. 308.

²⁷ FRY, Jason, Greenberg, Simon y Mazza, Francesca, ob. cit. p. 296.



pueden designar conjuntamente al Tercero antes de presentar su demanda de procedimiento precautorio prearbitral, y únicamente a falta de acuerdo entre las partes lo nombrará el Presidente²⁸.

Si bien ningún árbitro de emergencia puede ser nombrado después de la entrega del expediente al tribunal arbitral, el árbitro nombrado antes de la entrega del expediente al tribunal arbitral, queda por ese hecho facultado para dictar una Orden dentro del plazo de quince días que le permite el artículo 6(4) del Apéndice V, aun cuando el expediente ya hubiere sido entregado al tribunal arbitral, además de que dicho plazo es prorrogable por el Presidente a solicitud motivada del árbitro de emergencia, o de oficio si el Presidente decide que es necesario hacerlo.

Una vez nombrado el árbitro de emergencia, la Secretaría debe notificar a las partes y entregar el expediente respectivo al árbitro de emergencia. A partir de ese momento, todas las comunicaciones escritas de las partes deben ser dirigidas directamente al árbitro de emergencia, con copia a la otra parte y a la Secretaría.

El árbitro de emergencia debe ser y permanecer imparcial e independiente y antes de ser nombrado debe suscribir una declaración de aceptación, disponibilidad, imparcialidad e independencia. En virtud de dicha obligación de imparcialidad e independencia, el árbitro de emergencia no deberá actuar como árbitro en ningún arbitraje relacionado con la controversia que haya dado origen a la Petición.

4.5. Recusación del árbitro de emergencia.

Las partes tienen el derecho de recusar al árbitro de emergencia dentro de los tres días siguientes a la re-

cepción de la notificación de su nombramiento, o bien desde la fecha en que la parte que recusa haya sido informada de los hechos y circunstancias en que funde su solicitud de recusación, si dicha fecha fuere posterior a la recepción de la notificación del nombramiento del árbitro de emergencia.

La Corte tiene la facultad de decidir sobre la recusación, después de que la Secretaría haya otorgado al árbitro de emergencia y a las demás partes la oportunidad de presentar sus comentarios por escrito dentro de un plazo adecuado, mismo que cabría interpretar debe determinar la Secretaría al otorgar al árbitro de emergencia y a las partes la oportunidad de presentar sus comentarios; y aun cuando el Apéndice V no especifica si el árbitro de emergencia podrá continuar sus actuaciones mientras esté en trámite su recusación, cabría interpretar que no tiene impedimento para hacerlo y, en caso de ser fundada la recusación, quedará sin efectos cualquier orden que hubiere dictado, de conformidad con el Artículo 6(b) del Apéndice V.

4.6. Sede del procedimiento del árbitro emergencia.

La sede del arbitraje convenida por las partes será la misma para el procedimiento de árbitro de emergencia. De no haber sido convenida por las partes la sede del arbitraje, el Presidente fijará la sede del procedimiento de árbitro de emergencia, sin perjuicio de la facultad de la Corte de decidir en su oportunidad la sede del arbitraje de conformidad con el Artículo 18(1) del Reglamento.

En el procedimiento precautorio prearbitral, en cambio, no existen disposiciones en relación con la sede del procedimiento, que por tanto se puede considerar “sin sede” (“homeless”) para todos los efectos legales pertinentes²⁹.

²⁸ BÜHLER, Michael W., ob. cit., p. 95.

²⁹ BÜHLER, Michael W., ob. cit., p. 96.



Independientemente de la sede del procedimiento de árbitro de emergencia, las reuniones con este último podrán ser realizadas en cualquier lugar que éste considere apropiado, o bien podrán celebrarse mediante video conferencia, teléfono o medios similares de comunicación.

4.7. Procedimiento.

El árbitro de emergencia debe establecer un calendario procesal para el procedimiento del árbitro de emergencia en el menor tiempo posible, que normalmente deberá ser dentro de los dos días siguientes a la entrega del expediente a dicho árbitro. Comprensiblemente, el plazo de que dispone el árbitro de emergencia para dictar la Orden es igualmente breve, y por tanto debe dictarla dentro de los quince días siguientes a la fecha en que le sea entregado el expediente. Nada de esto existe en el procedimiento precautorio prearbitral³⁰.

El árbitro de emergencia debe conducir el procedimiento de la manera que considere apropiada, tomando en consideración la naturaleza y urgencia de la Petición y, en todos los casos, debe actuar justa e imparcialmente y asegurarse de que cada parte tenga una oportunidad razonable para presentar su caso.

4.8. Orden.

De conformidad con el Artículo 29(2) del Reglamento y del Artículo 6 del Apéndice V, la decisión del árbitro de emergencia debe adoptar la forma de una orden ("Orden") y, por el hecho de haber convenido el procedimiento de árbitro de emergencia, las partes se comprometen a cumplir

con cualquier orden dictada por el árbitro de emergencia. El tema del cumplimiento de la Orden por las partes, es tan importante como trascendente y, por tanto, la obligación de cumplir las órdenes sin demora está presente tanto en el procedimiento del árbitro de emergencia como en el procedimiento precautorio prearbitral³¹.

Asimismo, ante la posibilidad de que las partes puedan sentirse inclinadas a incumplir la Orden del árbitro de emergencia en virtud de su falta de facultades coercitivas, además de existir la posibilidad de que la parte interesada solicite su ejecución por la autoridad judicial en algunas jurisdicciones, entre ellas México³², existe la posibilidad de que el tribunal arbitral considere a petición de parte el incumplimiento de la Orden como un incumplimiento contractual y condene a la parte incumplida a indemnizar a su contraria por los daños causados. En este supuesto, el propio tribunal arbitral tendría la facultad necesaria para decidir al respecto en los términos del Artículo 29(4) del Reglamento³³.

La Orden debe ser dictada dentro de los quince días siguientes a la entrega del expediente al árbitro de emergencia y dicho plazo puede ser prorrogado por el Presidente a solicitud de aquel o de oficio.

El árbitro de emergencia debe decidir en la Orden si la Petición es admisible y si tiene jurisdicción para ordenar las Medidas de Emergencia.

El Árbitro puede dictar la Orden con sujeción a las condiciones que considere apropiadas, que pueden incluir el otorgamiento de garantías apropiadas.

³⁰ BÜHLER, Michael W., ob. cit., p. 96.

³¹ BÜHLER, Michael W., ob. cit., p. 97.

³² Artículos 1470 y demás aplicables del Código de Comercio, que contiene en el Título Cuarto de su Libro Quinto la ley de arbitraje mexicana.

³³ FRY, Jason, Greenberg, Simon y Mazza, Francesca, ob. cit. p. 304.



La Orden debe ser dictada por escrito y debe contener las razones en que el árbitro de emergencia haya fundado su decisión, y además debe ser fechada y firmada por el árbitro de emergencia.

A diferencia de lo que sucede con los laudos arbitrales, la Orden del árbitro de emergencia no está sujeta a escrutinio por la Corte y el propio árbitro está facultado para notificar la Orden a las partes, pudiendo enviarla mediante cualquier medio de comunicación previsto por el Artículo 3(2) del Reglamento, que asegure la pronta recepción de la Orden.

A solicitud razonada de una parte, hecha con anterioridad a la entrega del expediente al tribunal arbitral, el árbitro de emergencia puede modificar, dejar sin efecto o anular la Orden.

4.9. La Orden no es vinculante para el tribunal arbitral.

La Orden del árbitro de emergencia no es vinculante para el tribunal arbitral en relación con cualquier cuestión, tema o disputa decidida en la Orden y el tribunal arbitral puede modificar, dejar sin efecto o anular la Orden o cualquier modificación de la misma que hubiere hecho el árbitro de emergencia.

En relación con lo anterior, el Apéndice V no especifica qué sucedería en caso de que una parte solicitara al tribunal arbitral modificar, dejar sin efecto o anular la Orden una vez que el tribunal arbitral hubiere recibido el expediente del arbitraje, antes de que el Acta de Misión hubiere sido firmada por todas las partes y por el tribunal arbitral o en su defecto hubiere sido aprobada por la Corte de acuerdo con lo previsto en el Artículo 23(2) del Reglamento.

Ante ello, en virtud de lo dispuesto por el Artículo 8(3) del Apéndice V cabría interpretar que el tribunal arbitral tendría la facultad de modificar, dejar sin efecto o

anular la Orden sin esperar a la firma o aprobación del Acta de Misión, aplicando analógicamente la facultad que le confiere el Artículo 28(1) del Reglamento, para ordenar a solicitud de parte medidas cautelares o provisionales, desde el momento en que se le haya entregado el expediente del arbitraje.

Asimismo, el tribunal arbitral podrá decidir sobre las solicitudes o demandas de cualquier parte relativas al procedimiento del árbitro de emergencia, incluyendo la distribución de los costos de dicho procedimiento y cualesquiera demandas que surjan o tengan relación con el cumplimiento o incumplimiento de la Orden.

4.10. Cuándo la Orden deja de ser vinculante para las partes.

La Orden dejará de ser vinculante para las partes, por:

- (1) Terminación del procedimiento de árbitro de emergencia por parte del Presidente, en caso de no ser presentada la Solicitud de arbitraje por el peticionario, dentro de los diez días siguientes a la recepción, por la Secretaría, de la Petición de Medidas de Emergencia.
- (2) Aceptación, por la Corte, de una recusación del árbitro de emergencia.
- (3) Laudo final del tribunal arbitral, salvo que éste decida expresamente lo contrario.
- (4) Retiro de todas las demandas o terminación del arbitraje antes de ser dictado el laudo final.

4.11. Costos del procedimiento.

- (1) Al presentar la Petición, el peticionario de las Medidas de Emergencia debe pagar un importe



de \$40,000 dólares, de los que \$10,000 dólares corresponden a gastos administrativos y \$30,000 dólares a honorarios y gastos del árbitro de emergencia; y la Petición no será notificada a la demandada, hasta que el pago de los \$40,000 dólares haya sido recibido por la Secretaría.

- (2) El Presidente podrá decidir en cualquier momento del procedimiento aumentar los honorarios del árbitro de emergencia o el importe de los gastos administrativos de la CCI, tomando en consideración, entre otras circunstancias, la naturaleza del caso y la naturaleza y cantidad del trabajo realizado por el árbitro de emergencia, la Corte, el Presidente y la Secretaría. En caso de no ser pagado el importe de dicho aumento dentro del plazo fijado por la Secretaría, la Petición será considerada como retirada.
- (3) Al igual que en el caso del arbitraje, la Orden del árbitro de emergencia debe fijar los costos del procedimiento del árbitro de emergencia y decidir cuál de las partes debe pagarlos o en qué proporción han de repartirse entre ellas.
- (4) Los costos del procedimiento del árbitro de emergencia incluyen los gastos administrativos de la CCI, los honorarios y gastos del árbitro de emergencia, así como los gastos legales y otros gastos razonables incurridos por las partes en dicho procedimiento.
- (5) En caso de que el procedimiento del árbitro de emergencia no tenga lugar o sea terminado antes de dictarse la Orden, el Presidente determinará el monto reembolsable al peticionario de las Medidas de Emergencia, de ser ello proce-

dente, sin perjuicio de que en ningún caso será reembolsable la cantidad de \$5,000 dólares, por concepto de gastos administrativos de la CCI.

5. Comentarios finales.

Sin lugar a dudas, particularmente tratándose de arbitrajes internacionales en los que se involucren jurisdicciones múltiples, el nuevo procedimiento de árbitro de emergencia contenido en el Reglamento representa por su celeridad y por la naturaleza de su procedimiento, un mecanismo atractivo y con un gran potencial de utilidad para las partes en comparación con los beneficios que de otra manera podrían obtener ya sea mediante el recurso a la autoridad judicial, mediante una orden del Tercero conforme al procedimiento precautorio prearbitral que ofrece el reglamento respectivo, y aun mediante una orden o laudo del tribunal arbitral de conformidad con el Artículo 28 del Reglamento³⁴.

No obstante esas ventajas, es de esperarse que la eficacia del procedimiento precautorio prearbitral sea mayor en el caso de partes sofisticadas y con una cultura arbitral altamente desarrollada, que incluya a sus propios abogados, que cumplan voluntariamente la Orden del árbitro de emergencia como precisamente lo exige el Artículo 29(2) del Reglamento.

Como contrapartida, es también previsible que en virtud de la ausencia de facultades coercitivas al alcance del árbitro de emergencia y del tribunal arbitral, pueda reducirse la prontitud en el cumplimiento de la Orden del árbitro de emergencia, de existir estrategias y conductas procesales con ese fin, por una parte reticente al cumplimiento de dicha Orden. Por esa razón, resulta afortunado que la parte beneficiada por una Orden

³⁴ FRY, Jason, Greenberg, Simon y Mazza, Francesca, ob. cit. p. 294.



que pretenda ejecutarla pueda hacerlo con el auxilio de la autoridad judicial en el caso de aquellas jurisdicciones que así lo permitan, y es igualmente afortunado que el tribunal arbitral tenga la posibilidad de sancionar en el laudo final aquellas conductas de parte que constituyan un incumplimiento injustificado de la Orden, haciendo las condenas necesarias para indemnizar a la parte afectada por los daños que el incumplimiento le hubiere causado.

Como bien señala Bühler en su trabajo³⁵, queda aún por verse en que medida actuarán los tribunales judiciales en los diversos sistemas jurídicos en relación con las órdenes que dicten los árbitros de emergencia en el procedimiento respectivo y los terceros en el procedimiento precautorio prearbitral.

³⁵ BÜHLER, Michael W., ob. cit., p. 98.



EL ÁRBITRO NO ES AUTORIDAD PARA EFECTOS DEL JUICIO DE AMPARO



PAUTA

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

Dr. Francisco González de Cossío
González de Cossío Abogados, S.C.

Existen tres motivos - cada uno independientemente suficiente - para concluir que el árbitro¹ no es "autoridad" para efectos del juicio de amparo conforme a la (nueva) Ley de Amparo:²

1. Los elementos de la institución no se cumplen;
2. El peligro tutelado es inexistente; y
3. Permitirlo sería contrario a la voluntad de las partes y lesionaría el derecho humano a contar con mecanismos de solución de controversias *alternativos* a la justicia ordinaria.

Explicaré brevemente cada motivo.

A. LOS ELEMENTOS

La fracción II del artículo 5 de la Ley de Amparo establece:

La autoridad responsable, teniendo tal carácter, con independencia de su naturaleza formal, la que dicta, ordena, ejecuta o trata de ejecutar el acto que crea, modifica o extingue situaciones jurídicas en forma unilateral y obligatoria; u omite el acto que de realizarse crearía, modificaría o extinguiría dichas situaciones jurídicas.

Para los efectos de esta Ley, los particulares tendrán la calidad de autoridad responsable cuando realicen actos equivalentes a los de autoridad, que afecten derechos en los términos de esta fracción, y cuyas funciones estén determinadas por una norma general.

El precepto merece mucho comentario. Me ceñiré a nuestro tema, dividiéndolo por párrafo, pues cada uno hace algo distinto.

El primer párrafo cristaliza en ley el criterio conocido como autoridades *de facto*. Al hacerlo, se adoptó (con ajustes) la teoría de Don Guillermo Guzmán Orozco. El paso es consistente no sólo con el ánimo garantista de la reforma, sino el ideal que el juicio de amparo no debe quedar rebasado por la realidad.

El precepto merece mucho comentario. Me ceñiré a nuestro tema, dividiéndolo por párrafo, pues cada uno hace algo distinto.

El primer párrafo cristaliza en ley el criterio conocido como autoridades *de facto*. Al hacerlo, se adoptó (con ajustes) la teoría de Don Guillermo Guzmán Orozco. El paso es consistente no sólo con el ánimo garantista de la reforma, sino el ideal que el juicio de amparo no debe quedar rebasado por la realidad.

Aplaudido el desarrollo, surge la inquietud: ¿actualiza el árbitro dicha hipótesis normativa? La respuesta del Poder Judicial hasta la fecha ha sido que el árbitro no puede ser considerado autoridad - inclusive *de facto*. El motivo esencial es que se trata de un ente privado, producto de la libertad contractual. Concebir como *público* lo que en esencia es privado es desnaturalizarlo.³ Entendido el trasfondo y contenido de la reforma, queda claro que el desarrollo consistente en hacer *lex lata* lo que era *lege ferenda* no implica un cambio del sentido jurisprudencial existente.

¹ Por "árbitro" me refiero al árbitro privado, regido por el Título IV del Libro V del Código de Comercio.

² Ley de Amparo, Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 2 de abril de 2013 ("**Ley de Amparo**").

³ Para abundar véase EL ÁRBITRO, ¿AUTORIDAD RESPONSABLE PARA EL JUICIO DE AMPARO?, Revista de Investigaciones Jurídicas, Escuela Libre de Derecho, Año 29, número 29, 2005, p. 605. (Visible en www.gdca.com.mx/publicaciones/arbitraje.)



EL ÁRBITRO NO ES AUTORIDAD PARA EFECTOS DEL JUICIO DE AMPARO



PAUTA

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

El segundo párrafo hace algo distinto al primer párrafo: introducir una novedad: la posibilidad que entes privados puedan ser considerados como autoridades responsables para el juicio de amparo. El desarrollo merece mucho comentario.⁴ En este contexto me ciño a comentar si los elementos *ex lege* se cumplen por el árbitro.

Con respecto al elemento 'actos equivalentes a los de autoridad', la solución de una disputa y la función jurisdiccional no son actos 'equivalentes'. El actuar del árbitro es fundamentalmente diverso a la función jurisdiccional. El juez nacional, al ejercer la función jurisdiccional, ejerce una jurisdicción universal. Conlleva un acto de autoridad. Imparte justicia. Y lo hace imperativamente. Ello es fundamentalmente diverso a la labor de un árbitro privado, el cual deriva su actuar de la voluntad de las partes.⁵ Se trata de una misión tan distinta como estrecha; de ello se cerciora el derecho arbitral. La naturaleza del acto consiste en una prestación de servicios profesionales: emitir una opinión sobre a quién asiste la razón y el Derecho en una disputa particular. Esta forma de concebir al arbitraje no sólo es la más aceptada mundialmente, sino por nuestro Poder Judicial. Por ejemplo, el Ministro José Ramón Cossío ha dicho:⁶

... la fuerza jurídica del laudo arbitral no se da pues por delegación estatal, es consecuencia de la manifestación de la voluntad de los particulares; el laudo arbitral tiene fuerza jurídica, porque la voluntad que se expresa en la emisión de los actos jurídicos, como el acuerdo o com-

promiso arbitral, es capaz de producir consecuencias jurídicas, entre ellas, la de quedar sometidos los interesados a la decisión que adopte un tercero, que es el árbitro.

La postura ha recibido el respaldo de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, misma que ha caracterizado al arbitraje así:⁷

Concepto y naturaleza jurídica del juicio arbitral

El juicio arbitral, definido en la doctrina jurídica, es aquél que se tramita ante personas o instituciones que no son Jueces del Estado, o que siéndolo no actúan como tales, sino como particulares, por lo que la autoridad jurisdiccional, lo que se conoce como reconocimiento u homologación que otorgan las autoridades a dicho laudo, para proveerlo de la fuerza jurídica suficiente para su completa obligatoriedad.

El arbitraje es una institución jurídica en virtud de la cual las partes entre las que existe una controversia, deciden que la resolución de la misma no venga por la participación de los jueces estatales sino de la actuación de árbitros, quienes decidirán la pendencia siguiendo la ley y el procedimiento elegido por éstas. Es la facultad o potestad dada a las partes por la ley, de sustentar las controversias que las separan del conocimiento de los Tribunales del Estado, sometiéndolas a jueces elegidos por ellas y que se denominan árbitros.

Los árbitros reciben sus facultades directamente de las partes; sólo con relación a éstas reciben el carácter de jueces, y no pueden pronunciarse más que sobre las cuestiones que ellas les propongan.

⁴ En otro contexto lo he hecho: GARANTISMO Y ARBITRAJE: UN FALSO DILEMA, en RETOS Y PERSPECTIVAS DEL DERECHO MEXICANO DEL SIGLO XXI. ¿CÓMO DEBE EVOLUCIONAR?, Colección Foro de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, A.C., Ed. Themis, México, D.F., 2012, p. 1089; y GARANTISMO Y ARBITRAJE: UN FALSO DILEMA, Post Scriptum, (visibles en www.gdca.com.mx/publicaciones/arbitraje).

⁵ Esta apreciación proviene de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, y ha recibido eco a lo largo y a lo ancho de nuestro Poder Judicial.

⁶ Versión estenográfica de la sesión pública ordinaria del pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación celebrada el 30 de enero de 2007, amparo directo en revisión 1225/2006.

⁷ Amparo en Revisión 2160/2009, Primera Sala, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 8 de septiembre de 2010, pp. 35 – 38. Unanimidad de 4 votos.



EL ÁRBITRO NO ES AUTORIDAD PARA EFECTOS DEL JUICIO DE AMPARO



PAUTA

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

... toda actuación del árbitro o tribunal arbitral en tanto existe la posibilidad de que resuelva determinado o determinable conflicto, es decir, ejerza una cierta jurisdicción, no se equipara, en lo absoluto, a la función jurisdiccional del Estado, puesto que ésta última surge de lo acogido por nuestra Ley Suprema y, por consiguiente, es genérica y permanente; en cambio, la jurisdicción arbitral se supedita, indiscutiblemente, a la voluntad de los particulares, consecuentemente, ésta es siempre determinada y temporal; lo dicho, pues, la jurisdicción arbitral, no es posible sustanciarse si la expresión de la voluntad de las partes, esto es, la manifestación de las mismas de someter determinada o determinable disputa, mediante pacto expreso, al poderío arbitral. De ahí que sea inconcuso que un árbitro o tribunal arbitral de ningún modo podrá pronunciarse respecto de aquellas cuestiones que no hayan sido estrictamente convenidas por las partes o que sean propiamente de orden o de interés público. ... (énfasis añadido.)

La distinción hace toda la diferencia. No reconocerlo sería tanto como decir que, cuando las partes firman un contrato, hacen un 'acto equivalente' al que realiza el Congreso de la Unión. Que cuando un padre castiga a su hijo, lo priva de la libertad. Por ende, tanto el padre como el co-contratante son 'autoridades' en contra de las cuales procede el amparo. Admito que los ejemplos pueden parecer ridículos, pero ilustran justamente el paso analítico que implicaría equiparar el actuar del árbitro al del juzgador.

El criterio 'funciones determinadas por una norma general' no puede tomarse textualmente. Hacerlo arro-

jaría un resultado tan amplio que no hay acto privado que no actualice el mismo. Después de todo, todo el actuar está (directa o indirectamente) contemplado en una norma. Por ende, tomado ad littera, la norma arroja resultados diversos a los que con seguridad se desearon abarcar.⁸ Correctamente entendido, el elemento busca aludir a las instancias en que entes cuentan con facultades legales (generalmente en legislación administrativa) para afectar situaciones legales; lo que se conoció como el criterio "autoridades establecidas con arreglo a las leyes hayan obrado dentro de la esfera de sus atribuciones".⁹ Pero ello, correctamente entendido, es algo muy distinto a lo que hace el árbitro.

B. PELIGRO TUTELADO INEXISTENTE

La ampliación textual de la noción "autoridad responsable" es encomiable. Busca ampliar el radio tutelar de los derechos humanos brindando la posibilidad de sujetar a control constitucional actos que podían colarse por las ranuras de la definición anterior.¹⁰ *Ab initio*, el paso no puede más que agradar. Gracias a ello se ha reducido el universo de circunstancias que podían quedar impunes. *Pero ello no quiere decir que abarque todo*. El amparo, como todo instrumento, no es para todo. Es ideal para cierto tipo de circunstancias, e inútil para otras. Concluir que por ello puede abarcar al árbitro es un *non-sequitur*: el árbitro carece de 'poder' en el sentido tutelado por el juicio de amparo.

El *leitmotif* del juicio de amparo es tutelar a particulares *vis-à-vis* poder público. Dicho punto de origen se

⁸ Piénsese por ejemplo en un derecho de retención por incumplimiento de una obligación en un contrato privado. Es muy fácil armar un argumento de derecho humano de la propiedad (bajo el artículo 27 de la Constitución) para decir que la retención lo lesiona. ¿Quiere ello decir que si un acreedor retiene la entrega de una cosa por negativa de pago del deudor, puede éste enderezar un amparo?

⁹ Vid *EL ÁRBITRO, ¿AUTORIDAD RESPONSABLE PARA EL JUICIO DE AMPARO?*, *ob cit*, p. 631.

¹⁰ El artículo 11 de la Ley de Amparo de 1936 definía a la 'autoridad responsable' como: "la que dicta, promulga, publica, ordena, ejecuta o trata de ejecutar la ley o el acto reclamado." Bajo dicha definición se generaron muchos criterios que buscaban resolver dudas generadas por áreas grises. La respuesta a la pregunta de este ensayo siempre fue en sentido negativo.



EL ÁRBITRO NO ES AUTORIDAD PARA EFECTOS DEL JUICIO DE AMPARO



PAUTA

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

ha ampliado a casos en los que existe poder, aunque no sea 'público' - el origen de la teoría de la autoridad de *facto* y del *Drittwirkung*. Lo que Luigi Ferrajoli llama eufemísticamente "los poderes salvajes del mercado".¹¹ Quien entiende lo que dicho pensador y otros aficionados al amparo desean hacer al ampliar la noción de 'autoridad responsable', no puede más que mostrar agradecimiento: lo que anima es un deseo tutelar. Sin embargo, ello no quiere decir que el amparo sea para todo. Tampoco quiere decir que uno deba tomar a la ligera qué es 'poder'.

'Poder', en el sentido tutelado por amparo, es algo diverso a la facultad que las partes depositan en un árbitro para resolver una disputa. Hay quien ha tomado a la ligera la distinción que aquí hago, descartándola. Invito a que se reflexione, pues es un tema profundo. No sólo eso, es la respuesta técnica correcta a la pregunta que se plantea, desde la perspectiva de la teoría de la aplicación horizontal de los derechos humanos. Entendido el punto de partida de la noción que los derechos humanos pueden irradiar aplicación multidireccionalmente - y no sólo verticalmente - la conclusión no puede ser que el derecho humano aplique a todo. Permitirlo sería autorizar que el derecho constitucional devore al derecho civil. Y el resultado sería entumecer unas de las ramas más ricas e importantes de nuestro derecho: el derecho civil y mercantil. Un caso particular de esta apreciación es el derecho arbitral - instrumento producto de la libertad contractual, e idóneo para las relaciones de coordinación.¹²

C. LAS PARTES, AL ELEGIR ARBITRAJE, DESEARON CURSAR SU PROBLEMA EN FORMA DIVERSA A LA TRADICIONAL - Y TIENEN UN DERECHO HUMANO PARA HACERLO

Permitir la procedencia del juicio de amparo en contra del árbitro o sus actos sería contrario a la voluntad de las partes, derecho arbitral y derecho constitucional. Lo que es más, invitaría una ironía lamentable.

1. Derecho Constitucional

El cuarto párrafo del artículo 17 de la Constitución Federal prevé el derecho humano a contar con mecanismos *alternativos* de solución de controversias. ¿Alternativo a qué? - a la justicia estatal. Permitir el amparo en contra de los árbitros (o sus actos) lesionaría dicho derecho. De hecho, lo destazaría. Implicaría que el efecto negativo del acuerdo arbitral se tornaría en una ilusión.¹³ Que el deber de arbitrar es en verdad una *opción*, que puede ser unilateralmente pasada por alto por la vía del juicio de amparo.

2. La voluntad de las partes y el derecho arbitral

El derecho arbitral es (*inter alia*) un sistema que busca darle efectos a la decisión de acudir a un método de solución de controversias diverso al generalmente disponible: los tribunales estatales. En dicho esquema, el juicio de amparo está disponible al momento de obtener una sentencia derivada del juicio de nulidad o la ejecución del laudo.¹⁴ Si se permitiera que el amparo

¹¹ Luigi Ferrajoli, CONTRA LOS PODERES SALVAJES DEL MERCADO: POR UN CONSTITUCIONALISMO DE DERECHO PRIVADO, trabajo presentado en el seminario Estrategias y propuestas para la reforma del Estado, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 6 y 7 de septiembre de 2011. A su vez, DERECHO Y RAZÓN. TEORÍA DEL GARANTISMO PENAL, Madrid, Trotta, 2000, p. 931. Ambos citados en GARANTISMO Y ARBITRAJE: UN FALSO DILEMA, ob cit, p. 1100.

¹² Este peligro es explicado con más detalle en GARANTISMO Y ARBITRAJE: UN FALSO DILEMA, *Post-Scriptum*, loci citatus.

¹³ De hecho, también se mermaría el efecto positivo. Los efectos del acuerdo arbitral son divididos en positivos y negativos. En resumen, el primero consiste en darle jurisdicción exclusiva al tribunal arbitral; el negativo es el deber de todos los demás juzgadores del mundo (o por lo menos todos los que forman parte de una judicatura de un Estado parte de la Convención de Nueva York. México es parte de la misma) de dejar de conocer cualquier aspecto de una disputa amparada por el acuerdo arbitral. Como puede verse, ambos géneros de efectos serían afectados de permitir la procedencia del arbitraje en contra del árbitro.



EL ÁRBITRO NO ES AUTORIDAD PARA EFECTOS DEL JUICIO DE AMPARO

ICC México

PAUTA

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

proceda en contra del árbitro, el resultado sería que no existe opción. Que las partes no pueden optar por cursar la solución a su problema en forma *alternativa* - lo cual genera una ironía, con la que concluyo.

3. Ironía lamentable

Aceptar la procedencia del juicio de amparo contra el árbitro o sus actos violaría el derecho humano a contar con mecanismos de solución de controversias *alternativos* al derecho de tutela judicial - una ironía lamentable: el instrumento tutelar de derechos humanos se usaría para lesionar un derecho humano.

¹⁴ Este punto merece énfasis pues, correctamente entendida, la postura aquí defendida no es que el juicio de amparo nunca procede, sino que procede en contra de las sentencias que ponen fin al juicio de nulidad y al juicio de ejecución.



Dr. Rodolfo Cruz Miramontes

Socio Cruz Abogados S.C. y Miembro de la Comisión de Arbitraje ICC México

Entre las causas de nulidad de los laudos existe una inobjetable que recoge nuestro Código de Comercio en el numeral 1457 párrafo II y que también se considera como procedente para denegar el reconocimiento o ejecución de un laudo consistente en que sea contrario al orden público, según aparece en el Artículo 1462 párrafo II del mismo Ordenamiento.

Prevención semejante aparece en el Artículo 1347-A. VII referente a la ejecutoriedad de sentencias o "resoluciones" dictadas en el extranjero y la posibilidad de que no sean obsequiadas las peticiones si las obligaciones cuyo cumplimiento se pide sean contrarias al orden público.

Generalmente se le contempla y aborda en las disposiciones regulatorias en materia civil tanto sustantivas como procesales y eventualmente los tribunales superiores lo perfilan y pulen.

Recientemente en el mes de abril del 2012 el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito dictó dos tesis sobre el particular dictaminando en una la obligación del juez ante quien se ha presentado una demanda de nulidad, para examinar de oficio su existencia así como también en el caso del Artículo 1462.II para actuar de manera semejante.¹

LAUDO ARBITRAL. CIRCUNSTANCIAS QUE EL JUEZ DEBE ANALIZAR, CONFORME A LA FRACCIÓN II DEL ARTÍCULO 1457 DEL CÓDIGO DE COMERCIO, CUANDO SE DEMANDA SU NULIDAD.

Cuando se demanda la nulidad de un laudo arbitral con un fundamento en la fracción II del artículo 1457 del Código de Comercio, ya sea porque el objeto de la controversia no es sus-

ceptible de solución por vía del arbitraje, o, porque el reconocimiento o la ejecución del laudo son contrarios al "orden público", el juez debe resolver atendiendo a las constancias del juicio y pruebas desahogadas, pero ello no significa que deba analizar y descartar todas y cada una de las hipótesis, sólo que advierta que se actualiza alguna, a pesar de que sea distinta a las invocadas por las partes, la pueda invocar de oficio. Esto es así, pues los motivos o causas de nulidad previstos en la fracción I del artículo 1457 del Código de Comercio, deben ser acreditados por quien los invoque, pero en caso de las dos hipótesis referidas en la fracción II de ese mismo precepto, el Juez debe pronunciarse respecto de las circunstancias hechas valer por las partes, y sólo si advierte que alguna de las hipótesis se actualiza, aun y cuando no haya sido invocada, puede de oficio invocarla para declarar nulo el laudo.

LAUDO ARBITRAL. ORDEN PÚBLICO SERÁ DETERMINADO POR EL JUEZ CUANDO SE RECLAMA SU NULIDAD O RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN.

Como el concepto de "orden público" no se encuentra definido en la Constitución ni en el Código de Comercio, ello deja claro que es preciso determinar su significado en cada caso concreto pues no basta con asimilarlo a las normas imperativas, sino que es necesario proteger nuestra cultura jurídica mexicana de intromisiones que la desvirtúen. Esto es así dado que una interpretación conjunta de la fracción II del artículo 1457, con la fracción II del artículo 1462 del Código de Comercio, incluso con el precepto V, inciso 2, de la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, lle-

¹ Amparo Directo 6/2012 Bergesen Worlwide Ltd. 19 de abril del 2012- Unanimidad de votos, Ponente Julio César Vázquez Mellado García



va a la conclusión de que son dos las hipótesis que pueden ocasionar que el juzgador de oficio declare que un laudo arbitral es nulo o que no lo reconozca como una resolución acorde al sistema jurídico mexicano y por ende deniegue su ejecución, y es cuando: a) Según la legislación mexicana, el objeto de la controversia no sea susceptible de solución por vía del arbitraje; o, b) Cuando el laudo sea contrario al "orden público" mexicano. Así las cosas, la referencia a la legislación mexicana es para guiar al juzgador quien debe velar que el objeto de la controversia puede ser objeto de arbitraje, es decir, que no exista alguna disposición legal mexicana que lo impida; mientras que por otra parte, el concepto de "orden público" es más amplio, pues no basta con afirmar que en un laudo arbitral se está dejando de aplicar una disposición legal que se autodefine como de "orden público" para que se tenga necesariamente que concluir que se transgrede el mismo, sino que es necesario un estudio más profundo, caso por caso, que permita concluir que con su reconocimiento y ejecución es evidente que sí se transgrede nuestro orden jurídico. En conclusión, se reitera deberá ser el juzgador quien en cada caso concreto determine si se transgrede o no el "orden público".

El concepto y la esencia jurídica de dicha causal no es fácil de asir cuando aparece invocada ante un tribunal arbitral, constituyendo a nuestro entender un tema necesario a considerar.

Continuando por la senda del derecho positivo que hemos iniciado, nuestro Código de Comercio no se ocupa

expresamente de definir o al menos perfilar lo que se entiende por orden público, por lo que debemos acudir a la ley supletoria que conforme al Artículo 2º del mismo será "...el derecho común entendiendo por tal al Código Civil aplicable en materia federal"

Por ello debemos revisar las disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal.

Encontramos que los primeros preceptos comprendidos en las disposiciones preliminares se ocupan del tema pero curiosamente se refieren a veces al "interés público" y en otras al "orden público".

Tenemos así que los Artículos 6º, 8º y 21º incluyen y concepto de "interés público" y el 15 párrafo II nos habla de "orden público".

En los precedentes judiciales encontramos en los Apéndices que comprenden de 1917 a 1988 en la Quinta Época cinco casos visibles en los tomos XXVI el primero y el resto en el tomo XXXI que se han ocupado del Orden Público y ninguno se ha referido al interés público. Cabe precisar que estos antecedentes se incluyen en el texto de dicho ordenamiento publicado por la UNAM.²

Sobra subrayar que en las tesis invocadas al inicio del presente, se mencionan las mismas referencias de Orden Público.

En cuanto a los ordenamientos adjetivos tenemos al Código Federal de Procedimientos Civiles cuyo dispositivo 571 expresamente advierte que los laudos *dictados en el extranjero serán ejecutados si se apegan a las condiciones que fije el precepto cuyo inciso VII nos señala

² Código Civil concordado - Cruz Ponce, Lisandro y Leyva Gabriel - IJ-UNAM, México 1996, p. 633.

*La redacción textual del artículo nos indica que se refieren a los "laudos arbitrales privados no comerciales", lo que provoca algunas reflexiones y comentarios que por ahora nos abstendremos de formular para no desviarnos del tema principal.



que la obligación a cumplir no deberá ser contrario al orden público en México.

A su vez el Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal prácticamente repite en su Artículo 606 lo mismo que su similar arriba comentado, utilizando por ende la misma denominación de orden público.

En lo que se refiere a las decisiones de los tribunales superiores no ha sido prolija la Corte en referirse al tema más no ha dejado de hacerlo a través de algunas tesis que tal vez contradigan parcialmente nuestra crítica de la dificultad para asir la esencia del concepto.

Concretamente me refiero a la pronunciada en fecha cercana, el 2010, cuyo texto estimo útil reproducir:

ORDEN PÚBLICO. SU CONTRARIEDAD ES CAUSA DE NULIDAD DEL LAUDO ARBITRAL. INTERPRETACION HISTÓRICO-DOCTRINAL.

Hay un nexo indisoluble entre el orden público y los fines del Estado. Incluso como motivo de su justificación y existencia, ya que procura que sea la acción política la que defina, realice y garantice cierto orden entre los hombres para que realicen los propósitos que se impongan según su naturaleza y condición en el entendido de que sólo donde existe paz y orden pueden desplegarse sus potenciales y permitir se cumplan los cometidos del Estado. Entendido como finalidad última, bien común, orden de la comunidad u observancia de la función de policía o de las normas vigentes, la idea de orden público se asienta sobre la obligación del ciudadano de no perturbar con su actuación los fines que persigue la comunidad o la sociedad y de las facultades conferidas a los órganos del Estado para velar por su respeto. Es una obligación general

de los ciudadanos el respeto a ese bien común o general que les permite vivir en el ejercicio de sus libertades o derechos el que fundamenta también la actuación del Estado, de modo que a la vez que es obligación del ciudadano para que permanezca o se desarrolle, es garantía y justificación del propio Estado, porque puede limitar las acciones individuales que vulneren o contraríen ese estado de equilibrio o de paz social en que los diversos intereses individuales confluyen. En ese aspecto, el orden público es lo externo a la acción y el interés individual, que se expresa en la forma en que los ciudadanos realizan sus intereses de modo tangible y material y que se encuentra regulado por una norma jurídica. Consecuentemente, se encuentran dos concepciones de orden público que son complementarias entre sí en cuanto a que, por un lado, se le identifica como un conjunto de reglas escritas y no escritas, de carácter jurídico o privado, que según una determinada concepción ético moral dominante se asume como la condición primigenia y básica para la vida social compuesta por una heterogeneidad de intereses individuales que no destruyen una situación de armonía o equilibrio social sino que, respetándolo, se realizan según la intención de su autor. Por otro lado, se entiende como un conjunto de principios éticos ideas o concepciones sociales que formarán la cultura jurídica de un país, para realizarse por los individuos atendiendo a lo previsto en la norma, como la Constitución o la ley, en que se contiene la garantía del respeto a bienes o valores necesarios para la existencia de la sociedad en un terminado momento histórico. Por su carácter esencial, la noción de orden público, comprende el conjunto de reglas que según una determinada visión histórica de la vida social y de las relaciones entre los individuos, re-



sulta necesaria para la existencia del Estado y el desarrollo del individuo en equilibrio, armonía y paz, lo que atañe a la defensa de las libertades, derechos o bienes fundamentales del hombre y de los principios de la organización jurídica para realizarse como miembro de una sociedad.³

Nos detendremos por ahora en analizar dicha tesis pues comprende dos enfoques comunes que son tradicionales en el concepto siendo uno extenso, amplio y profundo que va a las raíces de una nación que hace que sea una y no otra por mucho que se le parezca y la concepción más restringida que sin desconocer la existencia de elementos normativos de la conducta humana tanto internos como externos, o sean sociales, se encierra o remite a lo que se entiende en un país como orden jurídico decantado en sus normas básicas comprendidas en la Constitución.

Ambas visiones son muy pertinentes siendo indudable que atienden a la existencia del Estado y de la Comunidad Internacional. Nos preguntamos si esto explica la presencia en un mismo ordenamiento jurídico, el Código Civil abordado al inicio de nuestro análisis, de los dos conceptos no definidos en el mismo de orden público y de interés público como si fueran lo mismo en opinión del legislador.

Asomémonos ahora a lo que se ha expresado en algunos foros internacionales en la medida en que aporten algunas diferencias o matices a lo antes dicho.

Estimando que la posibilidad de denegar la ejecución o bien declarar la nulidad del laudo, es tema de alta

sensibilidad y que una de las causales aceptadas por todos los estados es precisamente que se atente contra el orden público, resulta conforme a la lógica jurídica, indispensable conocer su definición o al menos alguna aproximación aceptada.

Siguiendo a José Luis Siqueiros tenemos que en cuanto a la definición de dicho concepto que: "Han existido tentativamente para definir lo que constituye orden público" sin embargo, dicha noción es imprecisa y sin connotación puede cambiar en el transcurso del tiempo y en el espacio (país) donde se le conceptúe por lo que tenemos que aceptar, añadimos que sigue siendo escurridiza.⁴

Diversos institutos y centros de derecho internacional han intentado elaborar una definición que satisfaga a todos los interesados que han aventurado opiniones sobre el tema.

En fechas cercanas la ILA (International Law Association) dedicó varias reuniones o Conferencias como las denominan a lograr una difusión satisfactoria a partir de la Conferencia de Helsinki en 1996 y durante varias más como las de Taiwán, Londres, París y Nueva Delhi en los años de 1998, 2000, 2002 y 2004 respectivamente.

Nuestro apreciado maestro y amigo José Luis Siqueiros Prieto diseccionó cuidadosamente dichos trabajos y nos ha ofrecido un estudio magnífico que a su contenido une su dimensión para facilitar su comprensión, haciendo honor al viejo refrán castellano de "que lo bueno si breve dos veces bueno"⁵

³ TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo en revisión 195/2010. Maquinaria Igsa, S.A. de C.V. y otra 7 de octubre de 2010. Unanimidad de votos. Ponente: Neófito López Ramos. Secretario: José Luis Evaristo Villegas. 9ª Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta XXXIII, Mayo de 2011; Pág. 1241.

⁴ Opus Cit. p. 18

⁵ Siqueiros, José Luis: "El orden Público, como motivo para denegar el reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales internacionales" Revista Pauta No. 40 – CCI.



Del mismo tomamos algunas notas que enriquecen el presente.

El pronunciamiento final de la ILA comprenden varias Recomendaciones que se centran en la facultad del juez para impedir que el laudo cumpla su cometido lo que afecta a la eficacia del sistema arbitral y siendo como advertimos, el orden público una razón para ello, nos detendremos sólo en aquellas Recomendaciones sobre el particular.

Quedó en evidencia que la expresión de orden público es una noción imprecisa y su connotación cambia en el tiempo y el espacio como afirma Jose Luis, lo que es indiscutible.

Asimismo se puso de manifiesto que se daba por entendida la comprensión de los conceptos y los principios fundamentales de justicia pero al mismo tiempo que existen diferencias según los sistemas del common law y del derecho civil.

Prevaleció sin embargo la opinión de que siendo el origen del concepto la concepción jurídica francesa, se abarcaban tanto los de legislación, como los sustantivos y los procesales, preocupación presente en los seguidores del common law.

Es más se convino en que en caso de duda se observase el sistema de orden publico internacional que aceptase el Estado en donde el laudo se fuese a ejecutar y no otro como se sugería fuese el de la sede del tribunal arbitral.

Esta posición es la misma que aparece en otras Convenciones que han comprendido estudios sobre el

tema como las de Nueva York, Ginebra, Panamá, Riyadh y otras.⁶

Las opiniones relevantes de los estudiosos de alguna manera se han incorporado a los trabajos institucionales por lo que quedan reflejadas en dichos análisis.

Esto no significa empero que no existan otras que o no se habían externado al celebrarse las reuniones o bien, no fueron recogidas en su oportunidad.

Uno de nuestros reconocidos expertos no solo a nivel nacional sino en el extranjero, de gran recorrido en el arbitraje Claus Von Woberser nos ha ofrecido definición sumamente original de lo que constituye el orden público de la manera siguiente:

“...como la esfera de jurisdicción en donde el poder público tiene todas las facultades y en consecuencia, la última palabra”⁷

Funda su aportación en la tesis de que el Estado todopoderoso ha ido cediendo parcelas de poder al particular sobre todo en tema de la solución de controversias fortaleciendo así a los MASC's y especialmente al arbitraje.

Esto es que el estado titular por definición de la facultad de impartir justicia como lo expresa nuestro Artículo 17 Constitucional párrafo primero ha ido permitiendo otras formas de atender los conflictos y si bien los toleró de alguna forma, será a partir del 2008 cuando de manera expresa lo permita al modificar el párrafo cuarto como ya hemos dicho.

⁶ Von Woberser Claus “La conquista de los particulares frente al Estado en la solución de controversias” “la dilución del orden público” – Revista Pauta, CCI No. 40, 2004,

⁷ Opus cit. p. 19



En cierta forma esta definición se da por exclusión y en verdad es muy pragmática pero quedará sujeta a que ante un caso concreto, nos quedemos con cierto vacío. Lo que resulta válido es la explicación de fondo que Claus nos proporciona.

No riñe desde luego que formulemos alguna consideración para entender el alcance temporal del concepto y así referirnos con exactitud al mismo, en un caso particular.

Se acepta que tal como señala R. Dorat des Monts “el orden público es una noción variable según las épocas, los países y los requemes políticos de cada nación”.

Siendo de nuestro conocimiento que en nuestros países de tradición romano-germánico se sigue el concepto francés del “Orden Público” nos referimos ahora brevemente al mismo.

La colega Elise Parmentier que fuera mi alumna señala en relación con la mutabilidad del concepto que en el “siglo de las luces” las obras de tres brillantes pensadores como Votaire, D’Alambert y Rousseau sufrieron la ira real y sus obras se tuvieron que imprimir fuera de Francia ya que atentaban contra el orden público al promover conceptos como la democracia, la libertad y otras que mellaban el poder absoluto de la monarquía.⁸ Con los años su pensamiento antaño contrario al orden público vino a constituir el fundamento del Estado actual. ¡Convirtiéndose así en parte del orden público vigente!

Esta explicación sigue de cerca aquellos preceptos de nuestro Código Civil mencionados que equipara el orden con el interés público y a éste como el jurídico.

Actualmente Francia considera siguiendo esta postura que es deber del Estado a través de la policía municipal asegurar el orden, la seguridad, la higiene públicos.⁹

Se complementa esta disposición con otra en donde derivamos que tienden a proteger tanto la calidad de vida del ciudadano como facilitar una vida apacible, así también sancionar a quienes provoquen escándalo nocturno (Artículo R1334-31 del Código de la Salud Pública).

Aquellos enunciados solemnes como el comprendido en el Artículo 11 de la Declaración de 1789, han nutrido lo que por ahora debe entenderse por orden público francés.

Los conceptos originales de la ley francesa de asegurar la seguridad, la salubridad y la tranquilidad públicas fueron adicionados en 1995 con otro muy válido como es el del respeto a la dignidad de la persona humana.

Esta adición tiene como origen un caso singular presentado en un pueblo pequeño ubicado en el Municipio de Morsang-Sur-Orge en donde según entiendo un grupo de amigos reunidos frecuentemente al fin de la jornada a pasarla bien, compartían la tertulia con un enano, que eventualmente utilizaban de pelota para lanzarlo de uno a otro comensal y animar la reunión.

Al Regente le pareció impropio y lo prohibió pues en su opinión atentaba contra el orden público. Propósito plausible que el afectado no compartió y se opuso litigando el caso hasta llegar a la más alta Autoridad Administrativa o sea el Conseil d’Etat quien el 27 de octubre de 1995 pronunciara una sentencia estableciendo que “el respeto a la dignidad de la persona humana es uno de los componentes del orden público”

Nos preguntamos ¿porqué se opuso el protegido por la ley? Por la sencilla razón de que la diversión era una fuente de ingresos ya que los contertulios premiaban su buena disposición al aceptar ser “peloteado” con una

⁸ Parmentier Elise: **¿Qué es el Orden Público?** Monografía presentada en el Curso de Maestría en Derecho de la UIA, México 2010.

⁹ Artículo 2212.2 del **Código General de las Administraciones Territoriales en vigor**, citado por Emille Parmentier. Opus Cit. p. 4



propina habiendo caído en paro desde entonces al privársele de un ingreso hasta ese momento legítimo.

El caso lo llaman del lanzamiento de enanos.¹⁰

El concepto de orden público es de añosas raíces por lo que su contenido es susceptible de irse modificando con el transcurso de los años obedeciendo a las exigencias de su entorno social, ético y jurídico tal como se acepta por los analistas más destacados.

Revisando algunos antecedentes nos resulta por demás pertinente e ilustrativo recurrir al Derecho Romano para confirmar lo anterior y detenernos en unos documentos cruciales que cambiaron el desarrollo de la historia de la comunidad internacional entonces prácticamente inexistente tal como la concebimos ahora dotándole al Derecho como ciencia normativa, de contenido ético.

Me refiero concretamente al Edicto de Galerio y firmado también por Maximino, siendo el primero único sobreviviente de la Tetrarquía fundada por Diocleciano. En lo conducente se expresa textualmente en los fundamentos o exposición de motivos lo siguiente.

"Hemos creído oportuno extenderles también a ellos nuestra muy manifiesta indulgencia de modo que puedan ser nuevamente cristianos y puedan reconstruir sus lugares de culto, con la condición de que no hagan nada contrario al orden establecido".¹¹

Esto es que el cristianismo como "religión extranjera" sólo es tolerable a condición de no perturbar el orden público u ofender las buenas costumbres, como bien dice J. Moreau.¹²

No habiéndose cumplido debidamente el Edicto mencionado hubo necesidad de ser complementado por otra disposición imperial a través de una Circular o Litteras dirigida al gobernador de Bitinia y a todos los gobernadores de las demás provincias bajo su jurisdicción en el que se afirma que:

"Habiéndonos reunido felizmente en Milán, tanto yo Constantino Augusto, como yo Licinio Augusto y habiendo tratado sobre todo lo relativo al bienestar y la seguridad pública, juzgamos oportuno regular... lo relativo a la reverencia debida a la divinidad; a saber conceder a los cristianos y a todos los demás la facultad de practicar libremente la religión..."

En todo lo referente a la susodicha comunidad cristiana, deberás mostrar tu eficaz mediación ... para que nuestro decreto se cumpla con la mayor rapidez posible, a fin de que también en este asunto se muestre la preocupación de nuestra clemencia por la paz pública"¹³

De esta manera se conforma un solo texto legal producido en dos momentos: en los años de 311 y de 313 respectivamente equiparando y poniendo en igualdad de condiciones al cristianismo con el paganismo y re-

¹⁰ Opus Cit. p. 5

¹¹ Texto tomado de Lactancio "Sobre la muerte de los perseguidores" Traducción y notas de Ramón Teja – Editorial Gredos S.A. – Madrid 2000, p. 166.

¹² Opus Cit. p. 167

¹³ Opus Cit. pp 20, 203, 204 y 206

La provincia de Bitinia comprendía la región noroeste de Asia Menor y la zona de los estrechos.



calcando que el “orden establecido”, “la paz pública” y el “bienestar” eran los elementos que conformaban el orden público en esa época.

Desprendemos de los ejemplos dados, que conceptualmente el término sigue siendo difícil de precisar y que su perfil es variable reflejando las inquietudes y preocupaciones de una época en un espacio determinado.

Asimismo que hay una tendencia general a distinguir o graduar su contenido en cuanto a que existe un orden público amplio, general que se desprende de las raíces de una nación y otro más estrecho que equipara al orden público con el orden jurídico.

Se puede añadir o separar otra que abarca los elementos jurídicos coincidentes en varios estados conformando así el “orden público internacional” surgidos de la práctica arbitral general.

El juzgador tendrá siempre la última palabra ante el caso concreto.



FALTA DE INDEPENDENCIA DE LOS ÁRBITROS LA RELEVANCIA DE UN CASO RECIENTE



PAUTA

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

Lic. Andrea Rivera Rios

Abogada de Von Wobeser y Sierra S.C.

y exalumna del XX Diplomado de Arbitraje Comercial ICC México - ELD

I. INTRODUCCIÓN

¿Qué implica ser independiente? ¿Qué implica ser imparcial? ¿Son lo mismo? ¿Cuál es el alcance de la independencia y la imparcialidad? ¿Qué reglamentos jurídicos contemplan dichos requisitos? ¿Qué hay que revelar? ¿Existen hipótesis normativas correspondientes a la falta de independencia e imparcialidad? ¿A juicio de quién se debe ser independiente e imparcial? ¿Qué omisiones pudieran constituir una falta a la independencia? ¿La falta de independencia e imparcialidad pudiere ser motivo para anular un laudo? ¿La recusación del árbitro bajo el Reglamento de la CCI, implica una renuncia a su derecho para solicitar la nulidad del laudo?

El presente trabajo sugerirá posibles respuestas a las anteriores preguntas. El árbitro es una institución prácticamente reciente, pero que cuenta con la misma investidura obligacional frente a las partes que tiene un juez al momento de discernir la litis.

Una de las ventajas del arbitraje frente a un procedimiento judicial es la facultad de las partes para designar al árbitro o árbitros que integrarán el tribunal arbitral que resolverá la controversia.

En el "argot" del arbitraje se dice que "un arbitraje será tan bueno como lo sean sus árbitros". La frase anterior es cierta en cuanto a que la conducción del procedimiento, el análisis y finalmente la redacción del laudo radica en los árbitros.

Las partes deben asumir con absoluta seriedad y diligencia la designación de los árbitros para la constitución del tribunal arbitral y debida consecución del procedimiento arbitral. Las partes deben evaluar quien es el árbitro o

los árbitros idóneos para resolver la controversia suscitada. Para ello, deben considerar la materia sobre la que versa la controversia, la experiencia de los árbitros, la reputación de éstos y su nacionalidad, entre otros factores.

Por su parte, los árbitros designados tienen la obligación de actuar con absoluta independencia e imparcialidad frente a las partes. De lo contrario violarían el mandato encomendado y atentarían en contra del arbitraje como método confiable para la resolución de controversias.

El requisito de independencia e imparcialidad ha sido adoptado por los distintos reglamentos de arbitraje alrededor del mundo. Los reglamentos de arbitraje prevén la obligación continua del árbitro de declarar cualquier caso o vínculo que comprometa su imparcialidad e independencia.

La independencia e imparcialidad del árbitro son conceptos claros y comprensibles en el plano teórico. Sin embargo, al momento de aplicarlo a casos concretos, su significado y alcance no son claros.

El presente trabajo tiene por objeto explicar su concepto, regulación en diferentes reglamentos, alcance, y tendencia en este respecto.

II. DEFINICIÓN DE INDEPENDENCIA E IMPARCIALIDAD

El Diccionario de la Real Academia Española define por independiente todo aquello que no tiene dependencia de algo más, es decir, que no tiene un vínculo que lo afecte directamente; sino que subsiste por su propia esencia.¹ Mientras que define imparcial como todo aquello que no se adhiere a ningún partido, que no tiene relación de adherencia con otra parte.²

¹ **independiente.** 1. adj. Que no tiene dependencia, que no depende de otro. 2. adj. **autónomo.** 3. adj. Dicho de una persona: Que sostiene sus derechos u opiniones sin admitir intervención ajena. 4. adv. m. Con independencia. Independiente de eso.

² **imparcial.** (De in-2 y parcial). 1. adj. Que juzga o procede con imparcialidad. Juez imparcial. U. t. c. s. 2. adj. Que incluye o denota imparcialidad. Historia imparcial. 3. adj. Que no se adhiere a ningún partido o no entra en ninguna parcialidad. U. t. c. s.



El Diccionario de Juristas define independencia como calidad o condición de libertad y autonomía, situación en la que un Estado no depende de otro. Y por imparcialidad, aquella situación en la que hay una ausencia de designio anticipado a favor de personas o cosas.³

Para efectos del arbitraje, la independencia se refiere a la ausencia de vínculos objetivos entre el árbitro y las partes. Entendiendo por vínculos objetivos aquellos que derivan de alguna relación personal, profesional o comercial comprobable. Mientras que la imparcialidad hace alusión a un concepto subjetivo, referente al estado mental del árbitro respecto la toma de decisiones de manera libre, consiente y ausente de prejuicios o preferencias en favor de una de las partes.

Las definiciones anteriores marcan una línea divisora entre ambos conceptos. La independencia atiende a un estado externo y comprobable; mientras que la imparcialidad refiere a un estado interno del árbitro y a mi juicio, improbable.

III. REGULACIÓN DEL REQUISITO DE INDEPENDENCIA E IMPARCIALIDAD

El principio de independencia e imparcialidad que debe investir a todo árbitro fue acogido por diversas leyes en diferentes países y de forma distinta.

En ciertos ordenamientos se previó de forma negativa,

es decir como causal para recusar a un árbitro y en otros casos de forma positiva, como requisito que todo árbitro debe cumplir.

Aunado a ello, algunas leyes prevén como requisito tanto la independencia como la imparcialidad. Mientras que otras leyes exigen se cumpla con sólo uno de ellos:

A. Disposiciones que exigen de los árbitros independencia e imparcialidad

i. Lex arbitri

El principio de independencia e imparcialidad se prevé en diversos Códigos adjetivos que regulan el arbitraje. Por ejemplo, el Código de Procedimiento Civil de Alemania establece la ausencia de independencia e imparcialidad en el árbitro como motivos suficientes para que éste pueda ser recusado.⁴

Los códigos procesales en materia civil de Holanda⁵, Bélgica⁶ y México⁷ igualmente prevé la falta de independencia e imparcialidad como causa para recusar a un árbitro.

España y Suiza regulan de manera autónoma a la materia de arbitraje. Dentro de dicha ley se encuentran la parcialidad y la dependencia como motivos para recusar a un árbitro.⁸

³ "Diccionario para Juristas", PALOMAR de Miguel Juan, Editorial Porrúa, primera edición, México D.F., 2000.

⁴ Código de Procedimiento Civil de Alemania de 22 de diciembre de 1997, artículo 1036.

⁵ Código de Procedimiento Civil holandés, artículo 1033.

⁶ Código de procedimiento Civil de belga, artículo 1036.

⁷ En el caso de México el arbitraje no está regulado en el cuerpo adjetivo referente a la materia civil sino en el Código de Comercio, podemos encontrar en éste Código en sus artículos 1427 y 1428 como el ser independiente e imparcial son requisitos esenciales para poder fungir como árbitro.

⁸ Ley española de Arbitraje, artículo 17.



FALTA DE INDEPENDENCIA DE LOS ÁRBITROS LA RELEVANCIA DE UN CASO RECIENTE



PAUTA

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

ii. Reglamento CCI

El nuevo Reglamento de Arbitraje de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de París (Reglamento CCI)⁹ se refiere a ambos adjetivos como requisitos esenciales para poder desempeñar el papel de árbitro:

“Artículo 11 (1) Todo árbitro debe ser y permanecer imparcial e independiente de las partes en el arbitraje”

El Reglamento deja entrever como son cualidades distintas, tal como el siguiente artículo así lo confirma:

“Artículo 11 (2) Antes de su nombramiento o confirmación, la persona propuesta como árbitro debe suscribir una declaración de aceptación, disponibilidad, imparcialidad e independencia. La persona propuesta como árbitro debe dar a conocer por escrito a la Secretaría cualesquiera hechos o circunstancias susceptibles, desde el punto de vista de las partes, de poner en duda su independencia, así como cualquier circunstancia que pudiere dar lugar a dudas razonables sobre su imparcialidad.

(Énfasis añadido)

Previo a las últimas reformas hechas al Reglamento CCI, éste solo enunciaba en su artículo 7 (1) la cualidad de independiente¹⁰ ya que los redactores de las anteriores reglas concibieron a la imparcialidad dentro del térmi-

no de independencia, alegando que el primero era un medio para llegar al segundo.¹¹

iii. UNCITRAL

La Ley modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) o mejor conocida por sus siglas en inglés (UNCITRAL) establece como obligación por parte de los árbitros el tener que revelar a las partes cualquier hecho o circunstancia que pueda producir una duda justificada respecto a su imparcialidad e independencia.

“Artículo 12. Motivos de recusación...”

2) Un árbitro sólo podrá ser recusado si existen circunstancias que den lugar a dudas justificadas respecto de su imparcialidad o independencia, o si no posee las cualificaciones convenidas por las partes. Una parte sólo podrá recusar al árbitro nombrado por ella, o en cuyo nombramiento haya participado, por causas de las que haya tenido conocimiento después de efectuada la designación”

El artículo 12 primordialmente tiene una doble finalidad. La primera es fortalecer la autonomía de las partes en cuanto a la posibilidad de designar a un árbitro, pudiendo ser recusado si carece de independencia e imparcialidad. Y segundo, limitar la facultad de recusar al árbitro nombrado por la parte que en su caso, recusa. La anterior restricción prevé que las partes entorpezcan el procedimiento e incurran en “chicanas”.

⁹ El nuevo Reglamento de Arbitraje de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de París (Reglamento CCI) fue presentado el 12 de septiembre de 2011 en París. Modifica al Reglamento vigente desde enero de 1998, fue adoptado en junio de 2011 y comenzará a regir para todos los arbitrajes que sean iniciados a partir del 1 de enero de 2012.

¹⁰ “Artículo 7(1) del antiguo Reglamento CCI: Todo árbitro debe ser y permanecer independiente de las partes en el arbitraje”.

¹¹ Informe presentado ante el Congreso de la CCI en Madrid el 17 de Junio de 1975 por Jean Robert, reporte de la Comisión redactora de las Reglas de la CCI de 1975, (ICC Doc. No 420/179, pg. 3).



Aunado a lo anterior, el artículo 12 prevé que un árbitro pueda ser recusado exclusivamente por dudas justificadas respecto su independencia e imparcialidad, por ninguna otra razón.

iv. Reglamento de Arbitraje de la AAA

Dentro de las Reglas de la Asociación Americana de Arbitraje (AAA), también encontramos tanto la imparcialidad e independencia como requisitos para el sano desempeño del árbitro:¹²

Artículo 7

Los árbitros que actúen bajo estas reglas serán imparciales e independientes. Antes de aceptar el nombramiento, un posible árbitro revelará a la administradora cualquier circunstancia que pudiera dar lugar a dudas justificables con respecto a la imparcialidad o independencia del árbitro. Si, en cualquier estado del arbitraje, surgieran nuevas circunstancias que pudieran dar lugar a tales dudas, un árbitro revelará sin demora tales circunstancias a las partes y a la administradora. Al recibo de tal información de un árbitro o de una parte, la administradora la comunicará a las otras partes y al tribunal.

(...)

Las disposiciones previamente citadas coinciden en que:

a) Los árbitros deben en todo momento atender al deber de ser y permanecer independientes e imparciales, absteniéndose de mantener relaciones con las partes.

b) Que los árbitros deben revelar antes de aceptar su nombramiento, o a petición de una de las partes duran-

te el procedimiento toda circunstancia que pueda dar lugar a dudas sobre su independencia e imparcialidad.

c) El derecho de las partes de recusar a los árbitros si se demuestra que existan circunstancias que ponen en serio peligro la decisión del árbitro debido a un vínculo tanto de dependencia como de parcialidad.

B. Disposiciones que exigen de los árbitros únicamente imparcialidad o independencia

Previamente analizamos reglamentos o leyes que regulan a la materia de arbitraje y que aluden a ambos como características esenciales en un árbitro.

Mientras que de igual forma hay disposiciones que sólo requieren se cumpla con una de las cualidades:

i. Lex arbitri

La Ley Suiza de Derecho Internacional Privado, artículo 180 sólo enuncia "independencia" como requisito necesario para el árbitro.

Por su parte, Ley Inglesa de Arbitraje de 17 de junio de 1996, artículo 24 1 (a) hace únicamente alusión a la imparcialidad del árbitro.

ii. Centro Internacional de Arreglo de diferencias Relativas a Inversión ("CIADI")

El CIADI prevé una lista de personas previamente calificadas y seleccionadas por la Institución, para ejercer como árbitros a nivel internacional.

En el artículo 14 del referido Convenio se enumeran las características necesarias para pertenecer a la lista. Cabe aclarar que no enuncia la característica de independencia, mientras que sí lo hace respecto a la imparcialidad:

¹² Artículo 7 de las Reglas de Arbitraje Internacional de la Asociación Americana de Arbitraje (AAA).



"Artículo 14

(1) Las personas designadas para figurar en las Listas deberán gozar de amplia consideración moral, tener reconocida competencia en el campo del Derecho, del comercio, de la industria o de las finanzas e inspirar plena confianza en su imparcialidad de juicio. La competencia en el campo del Derecho será circunstancia particularmente relevante para las personas designadas en la Lista de Arbitros."

El Nuevo Código de Procedimientos Civiles Francés¹³ contempla impedimentos de carácter objetivo y subjetivo en virtud de los cuales la decisión de un árbitro se puede ver nublada y cargada en favor de una de las partes.

Concretamente hace referencia a la independencia necesaria, entendiendo así independencia en lato sensu y posteriormente hace referencia a la independencia de mente, entendiendo así independencia en stricto sensu. EL concepto de imparcialidad se contempla dentro de su "independencia de mente".

iii. Centro de Arbitraje de México ("CAM")

En la parte inicial del Reglamento del CAM se hace mención de la imparcialidad e independencia como forma en la que deben conducirse y actuar tanto los árbitros como la propia institución. Posteriormente en el cuerpo normativo únicamente se menciona el requisito de independencia.¹⁴

Lo anterior se debe a que el Reglamento del CAM tomó como modelo al Reglamento de la CCI de 1998. Y pre-

vio a las reformas de junio de 2011, el Reglamento de la CCI solo enunciaba como requisito del árbitro que fuera independiente.

IV. ALCANCE DEL REQUISITO DE INDEPENDENCIA E IMPARCIALIDAD

La independencia e imparcialidad del árbitro son requisitos que se prevén de forma abstracta o ambigua. No existe un estándar generalizado de cuál es el alcance de dichos conceptos. Tan es así que la IBA ha realizado unos lineamientos en los que determina de manera casuística diversos tipos de conflictos y sus consecuencias, incluso los agrupa por colores. Sin embargo, no toda la comunidad jurídica del mundo del arbitraje está de acuerdo con esta clasificación.

Los casos que atienden a falta de independencia cada vez son más y de mayor complejidad. Lo anterior se debe a que con el transcurso de los años, la globalización ha propiciado que los países, empresas, despachos de abogados se interrelacionen entre sí. Ello explica la conexidad existente entre las personas de todo el mundo que posiblemente pudieren poner en duda la independencia e imparcialidad de un árbitro en determinada situación.

La creciente complejidad de negocios y relaciones interpersonales han imposibilitado delimitar situaciones concretas que atentan en contra de la independencia e imparcialidad de un árbitro.

Al no contemplarse dichas hipótesis es difícil trazar el alcance de las situaciones en las cuales un árbitro puede ser recusado por falta de independencia o imparcialidad.

¹³ Nuevo Código de Procedimientos Civiles Francés Artículo 341.

¹⁴ Reglamento del Centro de Arbitraje de México, artículo 13.1.



FALTA DE INDEPENDENCIA DE LOS ÁRBITROS LA RELEVANCIA DE UN CASO RECIENTE



PAUTA

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

Pensemos el caso en el que un árbitro es vecino de una de las partes o que pertenece al mismo club social, o la misma asociación sin saberlo. ¿Podría alegar la contraparte que hay una relación personal debido a la recurrencia y cercanía con la que conviven?

De igual forma en cuanto a temporalidad de los vínculos que pudiere haber entre el árbitro y las partes, existe discrepancia. Por ejemplo, el despacho de un árbitro tuvo como cliente hace un par de años a una parte que es parte Demandante o Demandado en el arbitraje en el que el decidirá en calidad de árbitro¹⁵. ¿Podría entonces alegarse la parcialidad de un árbitro a favor de una de las partes cuando la relación o vínculo que los unía feneció tiempo atrás?

Respecto este supuesto, existe un caso muy sonado en Estados Unidos que cuadra perfectamente en el supuesto descrito.¹⁶ En dicho arbitraje procedió la anulación de un laudo debido a que se comprobó que un árbitro tenía relación en tiempo pasado con una de las partes. La línea de razonamiento que adoptó la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos para anular dicho laudo no fue comprobar la existencia de dicho vínculo pasado. Por el contrario, anuló el laudo debido a la falta incurrida por el árbitro de no revelar en tiempo ni forma la relación pasada.

V. REGLAMENTO DE LA INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION (IBA)

Ante la incertidumbre de las situaciones que implican una falta de independencia e imparcialidad de los árbitros, existen instituciones que han promulgado códigos voluntarios de buenas prácticas, en virtud del cual

emiten recomendaciones de la independencia e imparcialidad del árbitro como juzgador.

Ejemplo de ello son las "Directrices de la IBA sobre los conflictos de Intereses en el Arbitraje Internacional"¹⁷ emitidas el 22 de mayo de 2004 por la IBA. El texto tiene dos partes, a saber: 1) los Estándares Generales sobre imparcialidad, independencia y deber de información de los árbitros y 2) la aplicación práctica de éstos. Cabe aclarar que los lineamientos pueden ser o no obligatorios para los árbitros y para las partes. En principio es documento orientador del actuar ético de los árbitros, que puede regir de forma obligatoria el ejercicio del árbitro, si así lo disponen las partes.

La IBA con el fin de preservar el objetivo de la justicia arbitral la describió los supuestos en los que un árbitro puede incurrir en un conflicto de intereses. Previó el principio de información a las partes durante todo el proceso arbitral de cualquier circunstancia que ponga en duda su actuar. Y de ser así deben declinar:

*...Si en opinión de las partes existieren hechos o circunstancias que hicieren dudar acerca de la imparcialidad o independencia del árbitro, éste deberá poner de manifiesto tales hechos o circunstancias ante las partes, la institución arbitral o cualquier otra institución nominadora (si la hubiere y siempre que así lo prevea el reglamento de arbitraje aplicable) y los co-árbitros, de haberlos, antes de aceptar su designación o, si sobrevinieren tras la aceptación, tan pronto como tenga conocimiento de ellos...*¹⁸

¹⁵ El supuesto encuadra en el caso de ser el tercer árbitro, el elegido por los otros dos y no por alguna de las partes.

¹⁶ Commonwealth Coating Corp v. Continental Casualty Co; 393 U.S. (1968).

¹⁷ En inglés es conocido como "Guidelines of Interest in International Arbitration".

¹⁸ Artículo 3 (a) de Directrices de la IBA sobre los conflictos de Intereses en el Arbitraje Internacional.



FALTA DE INDEPENDENCIA DE LOS ÁRBITROS LA RELEVANCIA DE UN CASO RECIENTE



PAUTA

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

La IBA tuvo a bien considerar que muchas veces las circunstancias se dan después de que el árbitro acepta fungir como tal. Extiende dicha regla al caso en que por hechos o circunstancias posteriores al nombramiento surjan dudas que sean evidentes a los ojos de una tercera persona razonable e informada de los hechos relevantes, salvo que las partes hubieren reconocido al árbitro¹⁹.

Lo anterior constituye el test de la tercera persona razonable que la IBA tomó del artículo 12 de la Ley Modelo de CNUDMI.

Derivado de la falta de definición del término "duda seria o justificada", los creadores de las Directrices de IBA se dieron a la tarea de definir el referido concepto. Se definió como alta probabilidad de que el árbitro decida la disputa en hechos diferentes de los méritos, según el juicio de una tercera persona objetiva:

*"...Hay dudas razonables si una tercera persona objetiva puede pensar que hay una alta probabilidad de que el árbitro decidirá en la disputa basado en hechos diferentes de los méritos de ésta..."*²⁰

Aunado a lo anterior, la IBA se dio a la tarea de listas casísticas en las cuales encuadraron las circunstancias de mayor y de menor importancia considerables para ser revelación.

Las circunstancias contempladas en las listas son las siguientes:

- Lista Roja:

En esta lista encontramos situaciones que dan lugar a dudas justificadas acerca de la independencia o imparcialidad del árbitro. Prevé circunstancias en las que hay un claro conflicto de intereses.

La lista roja se subdivide en situaciones en las que las partes pueden renunciar a recusar a un árbitro y situaciones en las que aún cuando las partes renuncien, es tan seria y grave la situación que se debe recusar al árbitro. (situaciones renunciables y no renunciables).

-Lista Naranja:

Lista no exhaustiva de situaciones específicas que generan dudas justificadas respecto la independencia y la imparcialidad en el actuar del árbitro. En estas situaciones si opera la renuncia por parte de las partes a recusar al árbitro siempre que se actualicen los supuestos de dicha lista.

-Lista Verde:

Lista enunciativa más no limitativa, de situaciones específicas en las cuales no hay conflicto de intereses desde un punto de vista objetivo y por consiguiente el árbitro no tiene la obligación de revelar dato alguno a las partes. Sin embargo, nada impide que los árbitros lo hagan, si así lo desean.

¹⁹ International Bar Association, IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration, 7 (22 de mayo, 2004). Recuperado el 15 de septiembre de 2009, Dansk Forening for Voldgift: http://www.voldgiftsforeningen.dk/Files/Filer/Final_Text_of_Guidelines.pdf

²⁰ International Bar Association, IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration, 7 (22 de mayo, 2004). Recuperado el 15 de septiembre de 2009, Dansk Forening for Voldgift: http://www.voldgiftsforeningen.dk/Files/Filer/Final_Text_of_Guidelines.pdf



FALTA DE INDEPENDENCIA DE LOS ÁRBITROS LA RELEVANCIA DE UN CASO RECIENTE



PAUTA

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

VI. CASO ILUSTRATIVO

Derivado de la falta de certeza en cuanto al alcance de la independencia e imparcialidad se refiere, son los casos y decisiones las que han ido delineando el alcance de dichos requisitos en la práctica arbitral internacional.

El caso J & P AVAX SA V. TECHNIMONT SPA es un caso de anulación francés que resulta ilustrativo por versar sobre la independencia e imparcialidad de los árbitros. Es un caso reciente – noviembre de 2011- que sentó un importante precedente en cuanto al (i) alcance de independencia e imparcialidad y (ii) la falta de independencia e imparcialidad como causal para anular un laudo.

Precisamente mediante decisión emitida el 2 de noviembre de 2011, la Corte de apelación de Reims anuló un laudo parcial, dentro de un arbitraje CCI, por la falta de revelación de vínculos objetivos y profesionales que atentaban en contra de la independencia del Presidente del Tribunal Arbitral. El laudo fue anulado independientemente de que una de las partes ejerció su derecho de recusar el laudo bajo el procedimiento previsto por el Reglamento de la CCI.

A continuación describo brevemente los antecedentes del caso que nos ocupa:

J & P AVAX SA, una empresa griega inició un arbitraje en París, bajo el Reglamento de la CCI en contra de TECHNIMONT SPA, una empresa italiana con quien tenía celebrado un subcontrato para la construcción de una fábrica ubicada en Grecia.

Al momento de la constitución del Tribunal Arbitral²¹ en el año 2002, el Presidente se limitó a revelar que fungía como "of counsel" del despacho internacional Jones Day radi-

cado en París. En su declaración de independencia, el Presidente reveló que las oficinas de Washington DC y Milan habían trabajado previamente con una de las sociedades matriz de TECHNIMONT, en un asunto ya concluido.

Durante el procedimiento arbitral, los abogados de J & P AVAX SA tuvieron conocimiento de que Jones Day prestaba servicios legales a una compañía que fue adquirida con posterioridad, por la matriz de TECHNIMONT. derivado de lo anterior, en septiembre de 2007, J & P AVAX SA recusó al Presidente del Tribunal Arbitral, bajo el Reglamento de la CCI.

La Secretaría de la CCI declaró la improcedencia de la recusación por no mediar razón suficiente. J & P AVAX SA continuó con el procedimiento arbitral, reservándose sus derechos para impugnar el laudo en el momento procesal oportuno.

El 10 de diciembre de 2007, el Tribunal Arbitral emitió un laudo parcial de responsabilidad a favor de TECHNIMONT. J & P AVAX SA Inició una acción para anular el laudo ante la Corte de Apelación de París.

El 12 de febrero de 2009, la Corte de Apelación de París anuló el laudo y sostuvo que el árbitro tenía la obligación continua de revelar e informar a las partes respecto de cualquier duda justificada respecto su imparcialidad e independencia. La Corte de Apelación de París desestimó el argumento de TECHNIMONT referente a que J & P AVAX SA había ya ejercido su derecho a recusar al Presidente bajo el Reglamento de la CCI. Recusación que no prosperó y que había significado una renuncia a demandar la nulidad del laudo con base en las mismas causales. La Corte de Apelación de París determinó que J & P AVAX SA había tenido conocimiento los vínculos objetivos profesionales del Presidente hasta después de rendido el laudo impugnado, no antes.

²¹ Ms. Demolista, Ms. Kaissis fungieron como co-árbitros y el Presidente del Tribunal, Mr. Jarvin.



FALTA DE INDEPENDENCIA DE LOS ÁRBITROS LA RELEVANCIA DE UN CASO RECIENTE



PAUTA

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

La Corte de Casación francesa revisó la decisión emitida por la Corte de Apelación de París y revirtió el sentido de la misma. Esta consideró que las causales por las que ahora J & P AVAX SA solicitaba la nulidad del laudo, ya se habían hecho valer en el procedimiento de recusación del árbitro y que ésta había cambiado el objeto de la disputa. Al considerar argumentos y hechos posteriores al laudo que las partes no habían hecho valer.

Fue entonces cuando la Suprema Corte, remitió el caso a la Corte de Apelación de Reims para que ésta decidiera finalmente respecto la validez o invalidez del laudo arbitral.

La Corte de Apelación de Reims consideró que la solicitud de anulación del laudo era admisible, no obstante el término de 30 días previsto por el artículo 11 Reglamento de la CCI (1998) para recusar un árbitro. De la misma forma anuló el laudo determinado que el Presidente había faltado a revelar que su despacho había prestado servicios a compañías relacionadas con Technimont, durante la consecución del procedimiento arbitral.

De la referida decisión se desprendieron dos importantes conclusiones:

- 1) El procedimiento de recusación de árbitros instado frente a la CCI es distinto e independiente del procedimiento de anulación de un laudo promovido ante un juez alegando la falta de independencia e imparcialidad. Ambos procedimientos tienden a finalidades distintas y el ejercicio de uno, no excluye la acción de anular el laudo. Los jueces aclararon que se tratan de acciones distintas y momentos procesales distintos.

Lo anterior fue objeto de crítica por algunos miembros de la comunidad arbitral internacional ya que facultó a las partes a relitigar el caso, dándoles una segunda oportunidad para anular el laudo con base en las mismas causales de

falta de independencia e imparcialidad del árbitro. El presente caso causó polémica ya que es de las pocas veces en que los jueces franceses se desapegan y pasan por alto un procedimiento previsto por el Reglamento de la CCI.

- 2) La segunda conclusión versa respecto del alcance de la independencia e imparcialidad de un árbitro. Al respecto, la Corte de Apelación de Reims sostuvo que el árbitro tiene la obligación continua de informar a las partes respecto de cualquier circunstancia que pudiere poner en duda su independencia. La referida obligación se extendió a revelar casos llevados por la firma, por otros abogados en otras oficinas y respecto subsidiarias de una de las partes.

La decisión amplió el deber de los árbitros de revelar casos respecto los que ni siquiera tienen contacto directo. La referida decisión concuerda con los lineamientos y lista emitida por la IBA en cuanto a que se debe revelar la relación e involucramiento del despacho con las partes o cualquier empresa parte de la cadena corporativa.

La presente decisión obliga a los árbitros a hacer una investigación exhaustiva y revelar cualquier circunstancia que aún no teniendo conocimiento directo pudiere comprometer su desempeño. De la misma manera se le exige que revele aún casos ya concluidos en el pasado.

VII. ¿EN MÉXICO PUDIERE DECLARARSE LA NULIDAD DEL LAUDO POR FALTA DE INDEPENDENCIA E IMPARCIALIDAD DEL ÁRBITRO?

El artículo 1457 fue adicionado al Título Cuarto, Libro Quinto, del Código de Comercio mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 22 de julio de 1997. Este artículo es reflejo del artículo 34 de la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, versión 1985.



FALTA DE INDEPENDENCIA DE LOS ÁRBITROS LA RELEVANCIA DE UN CASO RECIENTE



PAUTA

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

El artículo 1457 del Código de Comercio prevé un medio de impugnación del laudo para demandar su nulidad cuando se actualiza alguna de las causales previstas en el propio artículo.²² Dentro del referido artículo, no existe causal de nulidad que expresamente se refiera a falta de independencia o imparcialidad de un árbitro.

No obstante, la fracción II del artículo 1457 del Código de Comercio prevé la nulidad de un laudo por ser contrario al orden público. Las partes podrían demandar la nulidad del laudo ante tribunales mexicanos alegando la falta de independencia e imparcialidad como si de una violación al orden público se tratara.

Imaginemos que la parte afectada alegara que la falta de independencia e imparcialidad de un árbitro atentó en contra de la equidad procesal que debe prevalecer en todo procedimiento arbitral, violando sus derechos y su debida defensa. ¿Pudiere ser motivo suficiente para anular el laudo?

Para responder la pregunta anterior, habría que analizar la aplicación del artículo 1457 del Código de Comercio y el concepto de orden público bajo derecho mexicano.

(i) Aplicación del artículo 1457 del Código de Comercio

En los últimos años, los tribunales domésticos se han encargado de definir lo que debe concebirse como orden público, y se han mostrado conscientes de la aplicación restrictiva de las causales de nulidad, fijando una postura excepcional respecto las situaciones que pudieren comprenderse como violaciones al orden público.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación recientemente pronunció que las causales de nulidad del laudo son limitativas, no enunciativas. La SCJN señaló que las partes están imposibilitadas de argumentar o invocar causas análogas a las expresamente señaladas en el artículo 1457 del Código de Comercio.²³

Luego entonces si las causales para anular un laudo son limitativas y de aplicación restrictiva, es debatible que la falta de independencia e imparcialidad sea motivo para anular un laudo arbitral.

ii. Concepto y alcance de orden público conforme a derecho mexicano

²² Artículo 1457. Los laudos arbitrales sólo podrán ser anulados por el juez competente cuando:

I. La parte que intente la acción pruebe que:

a) Una de las partes en el acuerdo de arbitraje estaba afectada por alguna incapacidad, o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiese indicado a ese respecto, en virtud de la legislación mexicana;

b) No fue debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales, o no hubiere podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos;

c) El laudo se refiere a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o contiene decisiones que exceden los términos del acuerdo de arbitraje. No obstante, si las disposiciones del laudo que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no lo están, sólo se podrán anular estas últimas; o

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

II. El **juez compruebe** que, según la legislación mexicana, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje, o que el laudo es contrario al orden público".

²³ La sentencia de amparo en revisión 755/ 2011, pública y disponible al 15 de noviembre de 2012 en <http://www2.scjn.gob.mx/red2/expedientes//>



La SCJN recientemente confirmó que el orden público atiende a un momento histórico determinado. Aunado a ello determinó que los principios que comprenden el orden público son tanto derechos sustantivos como derechos adjetivos.²⁴

Aunado a ello declaró que una violación al orden público debe trascender a la comunidad y afectar intereses fundamentales de la sociedad. A la letra dispuso que:

*"...un laudo arbitral es contrario al orden público y que, por ende, constituye una causa de nulidad, 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. Un laudo de ese tipo estaría alterando el límite que marca el orden público, a saber, el mecanismo a través del cual el Estado impide que ciertos actos particulares afecten intereses fundamentales de la sociedad."*²⁵

El criterio anterior, no vinculante por tratarse de una tesis aislada, cerró el campo de acción para anular un laudo y fortaleció el principio de validez que inviste a todo laudo arbitral.

Derivado de lo anterior, es debatible si ante los ojos de un juez, la falta de parcialidad e independencia constituirían violaciones al orden público que trascienden a la comunidad y afectan intereses fundamentales.

A mi parecer, la falta de imparcialidad e independencia de un árbitro no trasciende la comunidad ni afecta

intereses fundamentales. A mi juicio, no debería clasificarse como violación al orden público.

Sin embargo, podrían estar de acuerdo en que la falta de independencia e imparcialidad constituye violaciones al orden público mexicano, mientras que otros no. En este respecto no hay criterio único ni vinculante. Me limito a poner el debate sobre la mesa. Y en todo caso habría que esperar a que se suscite el supuesto ante tribunales y entonces adoptar una postura.

Para México, Francia ha figurado como génesis de cambio y tendencias a lo largo de la historia. Pudiendo México adoptar la interpretación descrita en el caso J & P AVAX SA V. TECHNIMONT SPA.

VIII. CONCLUSIONES

i. Deber del árbitro de investigar a terceros dependientes de él para garantizar su independencia

Hemos concluido a través del presente trabajo que la independencia y la imparcialidad no son sinónimos. Independencia hace referencia a vínculos objetivos comprobables entre una de las partes y el árbitro, situaciones incluso que pueden llegar a ser desconocidas por el árbitro. La independencia genera una obligación que va más allá de la persona del árbitro, éste debe hacer un minucioso trabajo de investigación dentro de su despacho o equipo de trabajo para garantizar dicha independencia y en caso de duda aún así debe declarar dicha circunstancia.

En cuestión de la temporalidad, no importa el tiempo que haya pasado en virtud del cual el árbitro o su despacho atendió a la parte a la que ahora juzga en

²⁴ Ídem, párrafo 79.

²⁵ Ídem, párrafo 81.



un procedimiento arbitral. El árbitro en todo momento debe hacer del conocimiento de los demás árbitros, de las partes y de la institución que coordina el arbitraje cualquier circunstancia que haga dudar de su desempeño independiente.

ii. Ampliar el alcance de la declaración de independencia

Una segunda aportación es que la declaración de independencia que debe hacer todo árbitro respecto a su persona al aceptar el cargo debe cumplir con un requisito extra:

Que se extienda al despacho o equipo de trabajo del árbitro, así este la hará en dos dimensiones, a título personal y en nombre de terceros que estén a su cargo. Ya que creo que es deber del árbitro investigar cualquier vínculo que pueda presumir su ausencia de independencia.

iii. Declaración de independencia triple

Aunado a lo anterior creo que la declaración de independencia debe ser exigida en un procedimiento arbitral tanto al árbitro como a las partes respecto a los árbitros. Así dicha obligación se debe de extender también a las partes para que hagan una investigación a fondo de la persona en la cual depositarán su confianza y será quién los juzgará, acotando así futuras causas de recusación que pudieren anular ellaudo.

Con ésta triple declaración de independencia de cada árbitro (una por cada parte y la del mismo árbitro), la institución encargada de coordinar el arbitraje, el tribunal arbitral y las partes podrán tener un panorama más amplio de la independencia del juzgador. Propiciando para que el arbitraje se convierta en una institución con mayor credibilidad y certeza a nivel mundial.



Lic. Luis Antonio Mañón Jardón

Socio de Romero Apis Abogados S.C.

y exalumno del XX Diplomado de Arbitraje Comercial ICC México - ELD

En contadas ocasiones se ha tratado el tema de la legitimación de los árbitros en el procedimiento judicial de nulidad de laudo arbitral. Probablemente se deba a que partimos de la base de que las personas que han fungido como árbitros tienen poco interés de que nuestros Tribunales emitan un criterio uniforme sobre si los árbitros deben o no formar parte del procedimiento judicial de nulidad de laudo arbitral, hasta que se ven afectados en su bolsillo o en su tiempo. De lo anterior surgen algunas interrogantes: ¿Debe ser llamado el árbitro (o árbitros) al procedimiento judicial de nulidad de laudo arbitral? En caso de que la respuesta sea negativa, ¿qué sucede si el árbitro (o árbitros) no es llamado a dicho procedimiento y en el mismo se ordena la reposición del procedimiento arbitral? Finalmente, ¿es posible reponer el procedimiento arbitral?

Para dar respuesta a estas interrogantes, el presente estudio tiene por objeto analizar si existen supuestos en los que el árbitro deba formar parte o ser llamado al procedimiento judicial de nulidad de laudo arbitral, para lo cual considero necesario remontarnos a ciertos conceptos jurídicos básicos del derecho procesal.

En primer lugar, debemos analizar el concepto de "interés jurídico" conceptualizado en el artículo 1º del Código Federal de Procedimientos Civiles ("CFPC"), de aplicación supletoria al Código de Comercio, cuyo texto señala que "...Sólo pueden iniciar un procedimiento judicial o intervenir en él, quien tenga interés en que la autoridad judicial declare o constituya un derecho o imponga una condena, y quien tenga el interés contrario...".

El "interés" presupone, según la doctrina tradicional, la existencia de un derecho subjetivo que se hace valer

frente a un estado de hecho lesivo o contrario al derecho mismo. Al respecto, la antigua definición del concepto de interés jurídico contenida en el artículo 1º del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal ("CPCDF"), se reducía a la pretensión válida de aplicar una norma sustantiva a un caso en concreto, precisamente a favor del promovente y a través de los órganos jurisdiccionales:

"...el interés en el acto para deducirla...", agregando que "...falta el requisito del interés siempre que no pueda alcanzarse el objeto de un acción, aun suponiendo favorable la sentencia¹...".

Actualmente, el concepto de interés jurídico se encuentra íntimamente ligado al concepto de legitimación, mismos que entendemos como la situación del sujeto de derecho frente a un determinado supuesto normativo que lo autoriza a adoptar determinada conducta, es decir, la legitimación *"...es una autorización conferida por ley, en virtud de que el sujeto de derecho se ha colocado en un supuesto normativo y tal autorización le concede la facultad de desarrollar una actividad o conducta²..."*.

Sobre el particular, nuestros más altos Tribunales han emitido diversos criterios jurisprudenciales definiendo a la legitimación como *"...la calidad de las partes en el juicio, implicando que la acción debe ser intentada por el titular del derecho y contra la persona obligada por la ley para satisfacerlo³..."*.

¹ BECERRA BAUTISTA, José; "El Proceso Civil en México"; Editorial Porrúa, 18va Edición, México, 2004, páginas 20 y 21.

² GÓMEZ LARA, Cipriano; "Teoría General del Proceso"; Editorial Oxford, 10a Edición, México, 2004, página 222.

³ LEGITIMACIÓN PASIVA. ES UNA CONDICIÓN NECESARIA PARA LA PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN, NO UN PRESUPUESTO PARA EL EJERCICIO DE ÉSTA Y SU ESTUDIO ES DE OFICIO EN CUALQUIER ETAPA DEL PROCEDIMIENTO. Novena Época. Registro 192912. Tribunales Colegiados de Circuito. Tesis Aislada. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta X. Noviembre de 1999. Materia Civil. Tesis I.5o.C.87 C. Página. 993



Adicionalmente, el concepto de legitimación contempla dos tipos: en la causa y en el proceso, entendiendo a la primera como “...el derecho sustantivo para poder ejercer la acción...”, y la segunda como “...la capacidad para representar a una de las partes en el procedimiento⁴...”; siendo que en ambos casos corresponde al juzgador determinarla con base en el material probatorio aportado por las partes.

Con motivo de lo anterior, existen diversos casos en los que los juzgadores han determinado que los árbitros tienen legitimación pasiva en la causa en el procedimiento judicial de nulidad de laudo arbitral, por el hecho de haber dictado el mismo, como por ejemplo:

“...Al caso tenemos, que los codemandados [árbitros], se encuentran legitimados pasivamente en el incidente de marras, de manera formal, tomando en consideración que, si la legitimación en la causa o relación jurídica sustancial, se refiere a la calidad de las partes en el juicio e implica que la acción debe ser intentada contra la persona obligada por la ley para satisfacer el derecho cuya titularidad aduce el enjuiciante.

En la especie, la acción personal que se ejercita que es de carácter personal, tiene por objeto la nulidad de laudo arbitral XXX, por no haberse dictado conforme al pacto, al Reglamento de Arbitraje de la Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México y la legislación mexicana, a las que se sometieron las partes; entonces, siendo que la institución arbitral se presenta,

*pues, como un medio de tutela que el ordenamiento jurídico pone a disposición de los ciudadanos como complementario de los tribunales y del proceso judicial, y las causas de nulidad que invoca la actora incidentista derivan de imputaciones directas al Tribunal Arbitral; luego, si los miembros integrantes del Tribunal Arbitral son los obligados por la ley de manera formal a responder, **pues los codemandados físicos (árbitros) quienes en el desempeño de sus facultades emitieron el laudo arbitral que ahora se pretende su nulidad,** resulta inconcusos que se encuentra legitimados formalmente; resultando por ende, infunda la excepción de falta de legitimación opuesta por los codemandados [árbitros]⁵...”*

Sin embargo, existen otros casos en el que los juzgadores han resuelto que los árbitros (y también la institución administradora del arbitraje) carecen de legitimación pasiva en la causa para responder de las prestaciones que se reclaman (nulidad del laudo), bajo el argumento de que “...sus funciones cesaron al emitirse el laudo arbitral y no tienen interés directo en la controversia resuelta por dicho laudo...”; además de que lo dispuesto por el artículo 1º del CFPC no puede resultar aplicable a los árbitros porque carecen de interés para que se constituya un derecho o una condena y en virtud de que sólo las partes están obligadas bajo la cláusula arbitraje y el laudo⁶.

En este mismo sentido, existen precedentes que determinan que los árbitros, como meros intermediarios, carecen de interés para comparecer a la controversia de nulidad de laudo arbitral, en virtud de que ellos actúan

⁴ CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES. LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA Y EN EL PROCESO. Novena Época. Registro 197892. Instancia: Primera Sala. Tesis Aislada. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta VI. Agosto de 1997. Materia Constitucional. Tesis: 1a. XV/97. Página 468.

⁵ Arbitraje 236 – CANACO.

⁶ Publicación “Reporte Anual 2008” del despacho Azar, Ortega & Gómez Ruano, S.C. http://aogr.com.mx/La_Mediacion_y_el_Arbitraje_Comercial_en_Mexico_2009.pdf



e intervienen en el procedimiento arbitral de manera subsidiaria al Estado con el objeto de solucionar conflictos entre particulares como amigables componedores o en conciencia, sin que de los reglamentos de las instituciones administradoras de arbitrajes, ni del Código de Comercio se desprenda fundamento alguno que determine la legitimación pasiva en la causa de los árbitros para formar parte del procedimiento de nulidad de laudo arbitral; aunado a que las funciones del árbitro terminan al emitir su laudo y sólo estará constituido el tribunal arbitral por un periodo mayor cuando tenga que realizar alguna corrección, una interpretación sobre un punto del laudo, o bien, cuando tenga que emitir un laudo adicional⁷.

En este punto quisiera resaltar lo señalado respecto que del Título Cuarto "Del Arbitraje Comercial" del Código de Comercio no se desprende ningún precepto que determine que los árbitros deben formar parte del procedimiento judicial de nulidad de laudo arbitral y también que nuestros Tribunales no han adoptado un criterio claro y definido sobre si los árbitros deben formar parte de dicho procedimiento; sin embargo, en nuestra consideración: **los árbitros deben formar parte del procedimiento judicial de nulidad de laudo arbitral.**

Para sostener lo anterior, debemos partir del punto de vista de que la participación de los árbitros dentro del procedimiento judicial de nulidad de laudo arbitral no debe considerarse bajo la figura de la legitimación pasiva en la causa (que por ende ocasionaría un litisconsorcio pasivo junto con la parte que obtuvo el laudo favorable), sino bajo la del tercero llamado a juicio, pues a diferencia de una persona que se encuentre legitimada pasivamente en la causa dentro de un proce-

dimiento judicial, el tercero llamado a juicio es aquella *"...persona ajena a la controversia que forma parte de un procedimiento con el único objeto de que le pare perjuicio el fallo⁸..."*.

Para robustecer lo anterior, el artículo 22 bis del CPCDF señala que *"...el que sea llamado a juicio para que le pare perjuicio la sentencia podrá comparecer al mismo en un plazo de quince días; y estará en aptitud de ofrecer pruebas, alegar e interponer toda clase de defensas o recursos..."*, resultado evidente que las referidas facultades son notoriamente optativas de ejercicio para dicho tercero.

Sin embargo, adicionalmente a que les pare perjuicio la sentencia, ¿cuál es el efecto real de que los árbitros sean parte del procedimiento judicial de nulidad como tercero llamados a juicio? La respuesta es simple: la reposición del procedimiento arbitral dependiendo del supuesto que se considere violado.

En el artículo 1457 del Código de Comercio se establecen las únicas causas bajo las cuales puede anularse el laudo arbitral por el autoridad judicial, siendo que por la propia naturaleza de algunas de las causales consagradas en dicho precepto, surge la necesidad de reponer el procedimiento arbitral, específicamente en aquellas en las que la parte que intente la nulidad de laudo arbitral acredite que:

- (a) No fue debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales.
- (b) No pudo hacer valer sus derechos durante el procedimiento arbitral.

⁷ Amparo indirecto 457/2010-II y sus acumulados 459/2010-IV y 463/2010-III del Juzgado Cuarto de Distrito Civil en el D.F.

⁸ LITISCONSORTE PASIVO Y TERCERO LLAMADO A JUICIO. SON FIGURAS JURÍDICAS DISTINTAS. Novena Época. Registro 176943. Tribunales Colegiados de Circuito. Jurisprudencia. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXII. Octubre de 2005. Materia Civil. Tesis: II.3o.C. J/8. Página 2171.



(c) La composición del Tribunal Arbitral o el procedimiento arbitral no se ajustaron al acuerdo celebrado entre las partes, salvo que dicho acuerdo contravenga una disposición del Título Cuarto "Del Arbitraje Comercial" del Código de Comercio o, a falta de acuerdo, que no se ajustara a las disposiciones del referido título.

(d) Existió parcialidad o dependencia de uno o varios árbitros.

Al analizar las citadas causas, nos percatamos que derivan exclusivamente de violaciones al procedimiento arbitral por causas imputables al Tribunal Arbitral, quien es el encargado de dirigir dicho procedimiento en el modo que considere apropiado conforme a lo dispuesto por el artículo 1435 del Código de Comercio. Otras causas de nulidad estarían excluidas de la reposición del procedimiento arbitral atento a su naturaleza y efectos.

Por lo expuesto, considero que el efecto de que un Juez determine la nulidad de un laudo arbitral, con fundamento en alguna de las causales señaladas con anterioridad, implicaría que el Tribunal Arbitral deba (por ética profesional) reconstituirse, reponer el procedimiento por la violación en que incurrió y dictar un nuevo laudo, principalmente porque las causas de nulidad que dieron origen a la nulidad del laudo constituyen violaciones procedimentales ocurridas durante el procedimiento arbitral e imputables únicamente al Tribunal Arbitral, las cuales no son de imposible de reparación y pueden subsanarse.

Desde luego, para emitir nuestra opinión tomamos en cuenta los criterios y disposiciones relativas a que las funciones del Tribunal Arbitral terminan con el dictado

laudo y que sólo estará constituido por un periodo mayor cuando tenga que realizar alguna corrección, la interpretación sobre un punto o parte del laudo o emitir un laudo adicional, por lo que al respecto consideramos que si se decreta la nulidad del laudo arbitral, el mismo sería la "nada jurídica", generando que el procedimiento arbitral quedara trunco por carecer de una decisión definitiva y, por ende, ocasionado que la función del Tribunal Arbitral no se hubiere cumplido⁹.

Ahora bien, por lo que se refiere a las consideraciones respecto de que el Juez únicamente tiene facultad para decretar la nulidad total o parcial de un laudo, sin poder ordenar la reposición del procedimiento arbitral (obligación de hacer a los árbitros), consideramos que dicha interpretación resulta restrictiva, pues la reposición del procedimiento arbitral jamás deriva de las facultades que tenga el Juez para ordenarla o no, sino de los efectos intrínsecos de la nulidad per se del laudo arbitral.

En efecto, si bien es cierto que el Juez que resuelva sobre la nulidad de laudo arbitral únicamente puede decretarla total o parcialmente, también es cierto que la nulidad por si misma tiene efectos particulares y buena prueba de ello son los efectos que la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo concede a la nulidad: lisa y llana y para efectos en caso de violaciones procesales¹⁰.

Por ejemplo, si un Juez declara la nulidad de un laudo arbitral bajo el argumento de que uno de los árbitros incumplió con su deber de independencia, sería completamente ilógico determinar la nulidad lisa y llana del laudo arbitral sin ordenar la reposición del procedimiento arbitral para el efecto de que se sustituya al

⁹ Artículo 2226 del Código Civil Federal.

¹⁰ Artículo 52 fracción II de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo.



árbitro dependiente de alguna de las partes por otro que sea independiente y, una vez constituido nuevamente el Tribunal Arbitral, previos los trámites correspondientes, se resuelva nuevamente la controversia sujeta al arbitraje, pues el efecto de la nulidad lisa y llana ocasionaría daños de imposible reparación a las partes.

A mayor abundamiento, el hecho de que se decrete la nulidad de laudo arbitral por alguna de las causas señaladas con anterioridad (violaciones procesales), pero no se ordene la reposición del procedimiento, ocasiona a las partes una situación de facto-jurídica desastrosa, pues después de un pleito (seguramente largo y cuantioso) no obtuvieron una solución al conflicto, sino un simple empate técnico y, peor aún, con gastos considerables y sin saber: ¿Quiénes fueron los responsables? y ¿Qué sucedió con el dinero pagado a los integrantes del Tribunal Arbitral por concepto de honorarios?¹¹

Si tuviera que iniciarse un nuevo arbitraje con motivo de que se decretó la nulidad del laudo con base en una violación procesal, resulta evidente que dicho nuevo arbitraje ocasiona a las partes un daño (concepto jurídico) irreparable e importante por tener que erogar nuevamente diversas cantidades para las cuotas administrativas del nuevo arbitraje (en caso de arbitraje administrado), honorarios y/o gastos de los árbitros que integren el nuevo Tribunal Arbitral, así como de sus abogados y asesores en la atención del mismo, aunado que existiría una violación flagrante al derecho fundamental de justicia pronta y expedita contemplada en el artículo 17 constitucional.

Pero insisto: ¿Qué sucedió con los honorarios de los árbitros cuyo laudo arbitral se decretó nulo? En nuestra opinión, otro de los efectos que acarrearía la sentencia que ordene la nulidad del laudo arbitral por alguna violación procesal sería que los árbitros devuelvan a las partes los honorarios que fueron cubiertos por el

procedimiento arbitral, pues resulta innegable que con dicha determinación no puede considerarse que se cumplió con la función principal del arbitraje: solucionar controversias de particulares en sustitución del Estado.

En conclusión, consideramos que los árbitros deben formar parte del procedimiento judicial de nulidad de laudo, con el único objeto de que les pare perjuicio la sentencia que decrete la nulidad del mismo y, en caso de que dicha nulidad se deba a cuestiones procesales imputables al Tribunal Arbitral, se reponga el procedimiento arbitral, se subsane la violación correspondiente y se resuelva nuevamente la controversia.

Por lo anterior, considero lo siguiente:

“...si el árbitro es responsable de la violación procesal que ocasionó la nulidad del laudo arbitral¹², debe reponer el procedimiento y dictar un nuevo laudo conforme a derecho...”

Cabe señalar que nuestra intención no es que el Tribunal Arbitral defienda el laudo arbitral en el procedimiento judicial de nulidad, ni que tampoco ofrezca pruebas o exprese alegatos, sino que sea notificado para tenga conocimiento del resultado de la impugnación de su decisión (laudo) y que, en caso de que se decrete nulo por una violación al procedimiento, lo reponga y dicte un nuevo laudo para resolver la controversia.

Además, si los árbitros no forman parte del procedimiento judicial de nulidad de laudo arbitral y se dicta una resolución que decrete la nulidad del mismo para el efecto de que se reponga el procedimiento arbitral, dicho árbitros podrían alegar que no están obligados a reponer el procedimiento porque no formaron parte del procedimiento judicial en donde se dictó la citada sentencia.

¹¹ Me pregunto: ¿Tendrían que devolver dicho dinero los árbitros?

¹² Independientemente de lo dispuesto por el artículo 40 del Reglamento de Arbitraje de la CCI.



Dr. Juan Eduardo Figueroa Valdés

Licenciado por la Universidad de Chile. Maestro por la Universidad de Heidelberg. Fellow Chartered Institute of Arbitrators. Árbitro ICDR, Árbitro Cámara Brasil-Canadá, Árbitro Cámara de Comercio de Santiago. Socio Figueroa, Illanes, Huidobro y Salamanca. Ha actuado como Dispute Boards en diversos contratos de construcción de obras mineras en Chile

1.- Introducción.

La industria de la construcción es especialmente prolífica en las disputas, siendo muchas las razones para ello. Así, por ejemplo, son pocos los proyectos de construcción que se ejecutan conforme a lo planificado, siendo sus modificaciones una práctica habitual; si el constructor tiene derecho a pagos adicionales por cambios durante el desarrollo de la obra es usual que sea una motivo de conflictos que tensiona la relación entre el mandante y el contratista; igualmente los plazos de ejecución de los proyectos son regularmente insuficientes y los retrasos ocasionan la aplicación de severas multas.¹

Existe una creciente percepción en los negocios internacionales, especialmente en la industria de la construcción, y en la comunidad legal que al menos dos de los beneficios del arbitraje como mecanismo de resolución de controversias (esto es, el tiempo de duración y el costo) frente a la litigación, se han visto erosionados, hasta el punto que nuevas soluciones resultan necesarias.

Como consecuencia de lo anterior, en los proyectos de construcción es importante que las partes puedan contar con métodos para obtener resoluciones obligatorias para resolver sus diferencias sobre bases provisionales, de modo que la ejecución del proyecto pueda continuar mientras las partes esperan el resultado de un proceso arbitral o de litigación. Por otro lado, dentro de las preocupaciones se encuen-

tran aquellas de poder contar con los elementos probatorios adecuados, que éstos no sean destruidos o no se encuentren disponibles para una inspección o verificación posterior, lo cual resulta muchas veces difícil de poder cumplir para una instancia posterior de arbitraje o litigación. Así, por ejemplo, si se trata de materiales defectuosos u obras mal ejecutadas o que no cumplen con las especificaciones técnicas, es difícil determinarlo en una etapa posterior si ello ha sido incorporado en el producto final.²

La solución a ello ha sido dada por los "dispute boards", conocidos en español como "paneles técnicos de expertos", o simplemente "paneles técnicos". Es usual que en los proyectos de construcción internacionales se contengan en los contratos estipulaciones de consagran dicho mecanismo, como instancia pre-arbitral. Así, por ejemplo, existen numerosos importantes proyectos en que los "dispute boards" han sido empleados; a saber: el proyecto del Túnel bajo el Canal de la Mancha; el Aeropuerto de Hong Kong; el proyecto hidroeléctrico de Ertan en China; el proyecto del Túnel para el tren bajo el Canal de la Mancha en Gran Bretaña; el túnel de Eisenhower en Colorado, Estados Unidos; la autopista de Mount Baker Ridge en Washington; el túnel de Chambers Creek en Washington, el proyecto de la Central Hidroeléctrica el Cajón, en Honduras. En forma más reciente, en los mediados de los años 1990s el mecanismo de los paneles técnicos también ha sido incorporados en los Estados Unidos en otro tipo de obras de construcción, por ejemplo autopistas, edificios públicos, y otras tales como American Telephone & Telegraph, The Hawaiian Department of Transportation y el Fondo Monetario Internacional.³

¹ R.Harbst & Mahnken, ICC Dispute Boards Rules: The Civil Law Perspective, 72 Arb., 2006, p.310.

² H.Arkin, Pre-Arbitration Dispute Resolution: What is it, Where is it and Why?, 21 Int'l Business Lawyer, September 1993, p. 374.

³ "FIDIC", son las siglas en frances de la Federación Internacional de Ingenieros Consultores, cuya Secretaria funciona en Ginebra, Suiza (www.fidic.org).



2.- Qué son los “dispute boards” o paneles técnicos de expertos.

Los “dispute boards” o paneles técnicos de expertos son órganos establecidos para solucionar disputas contractuales tan pronto ellas se producen. Ellos usualmente se constituyen tanto pronto se firma el contrato, y están formados generalmente por uno o tres miembros familiarizados con las partes, el contrato y su ejecución.

El término “dispute boards” y “dispute review boards” pueden tener distintos significados para las partes de diferentes sistemas jurídicos o jurisdicciones. Por ello es importante comprender el efecto que la decisión del panel tendrá en las partes. Tal como veremos a continuación, las determinaciones de los “dispute boards” pueden ser decisiones obligatorias provisionalmente para las partes, tal como acontece en los contratos tipos FIDIC⁴, el Banco Mundial y los “dispute adjudication boards” creados conforme a las reglas de la Cámara Internacional de Comercio de París, o por el contrario, pueden emitir recomendaciones no obligatorias, tal como es habitual en los Estados Unidos y en los “Dispute Review Boards” creados de acuerdo con las reglas dadas por la ICC.

Las características más comunes de los “dispute boards” en los contratos internacionales de construcción, son los siguientes: i) el panel lo conforman 3 miembros, en que cada parte elige a un miembro, y las partes, previa consulta, con los miembros elegidos, seleccionan al tercer integrante, el que actuará como presidente del panel.

Algunas veces se nombra un panel de un solo miembro; ii) la exigencia que los miembros del panel deben

ser y mantenerse independientes e imparciales frente a las partes. Ellos no son abogados ni representantes de las partes; iii) deben implementarse al inicio del contrato, para asegurarse que ellos se familiaricen con el proyecto desde su inicio, de modo que no necesitan un tiempo extra para interiorizarse de la obra cuando una controversia se presenta; iv) la exigencia que los integrantes del panel se mantengan permanentemente informados de los avances y progresos del proyecto en cuestión, correspondiéndoles un rol activo, por ejemplo haciendo visitas frecuentes al sitio o lugar donde se ejecuta el proyecto, requiriendo la entrega a las partes de documentos, consultando a testigos o a los representantes de las partes, y leyendo los informes de avances de obras y anotaciones del libro de obras aportadas por las partes. La libertad que tienen los miembros del panel en cuanto a los procedimientos que ellos adoptan y el uso de su experiencia constituye una de las diferencias más significativas frente al arbitraje; v) la confidencialidad de las discusiones de los paneles frente a cualquiera que no sea parte en el contrato o frente a un procedimiento arbitral o judicial; vi) la exigencia que los paneles deben evacuar sus decisiones dentro de periodos cortos de tiempo, frecuentemente dentro de los 3 meses, a contar de la fecha que la disputa se somete a su decisión; vii) Las decisiones que toman los “dispute boards” son provisionalmente obligatorias, en el caso de los “adjudication boards”, o recomendaciones en el caso de los “review boards”.⁵

3.- Tipos de “dispute boards” o paneles técnicos de expertos.

De acuerdo con la Cámara Internacional de Comercio, en adelante, ICC, cuyas reglas se analizarán más adelante, los “dispute boards” ofrecen tres tipos de paneles

⁴ J. Jenkins and S. Stebbings, ob.cit. p. 67.

⁵ J. Jenkins and S. Stebbings, ob.cit. p. 67.



diferentes a las partes; esto es, los Dispute Review Boards (DRBs), los Dispute Adjudication Boards (DABs) and Combined Dispute Boards (CDBs). La ICC ofrece a las partes una cláusula standard, según el tipo de panel que se desee ocupar, para ser incorporada en el contrato.⁶

i) DRBs

Los DRBs solo emiten “recomendaciones”, que no son obligatorias para las partes en relación a cualquier disputa. Las partes pueden rechazar la recomendación dentro de los treinta días, mediante la notificación de una nota en tal sentido, en cuyo caso el agraviado puede iniciar un procedimiento arbitral. Por el contrario, si las partes no manifiestan su rechazo dentro de 30 días, la recomendación pasa a ser obligatoria para las partes.⁷

ii) DABs

Mientras los DRBs solo emiten recomendaciones, los DABs emiten “decisiones” que las partes pueden objetar. Al efecto, una parte puede expresar su rechazo mediante la notificación en tal sentido dentro de 30 días de emitida la decisión, en cuyo caso la decisión es provisionalmente obligatoria, ya que el asunto deberá ser finalmente determinado por arbitraje⁸. Desde la perspectiva de la parte que persigue el cumplimiento de un contrato y el pago de las obligaciones contractuales, los DABs constituyen un instrumento contractual poderoso para lograr dicho objetivo. La parte

que tiene que pagar tendrá sólo la opción para dejar sin efecto el pago mediante un arbitraje o un proceso judicial (pay now, argue later).⁹

iii) CDBs

Los CDBs constituyen un híbrido entre los DRBs y los DABs. Ellos usualmente emiten recomendaciones en relación a cualquier diferencia sometida a su resolución; sin embargo, ellos pueden emitir decisiones obligatorias si, por ejemplo, una parte requiere al panel una decisión y la otra parte no la objeta.¹⁰ Sin embargo, si esta última objeta la decisión, el panel técnico tendrá la facultad discrecional para emitir una recomendación o una decisión obligatoria. Generalmente el panel considerará diversos aspectos para optar por una u otra; a saber: la urgencia de la situación; si la disputa puede producir un quiebre grave en el contrato; si es necesario la decisión para preservar una prueba o evidencia que posteriormente será difícil de reconstituir, etc.

4.- Reglamentos Institucionales.

Con el objeto de tener una visión global, resulta útil revisar los Reglamentos que han sido creados por las instituciones que contemplan el uso de los DBs, y que ofrecen dicho sistema de solución pre-arbitral de controversias, y en particular, el Dispute Boards del Banco Mundial; el Dispute Adjudication Boards de FIDIC; los Dispute Boards de la Asociación Americana de Arbitraje (AAA)

⁶ Al respecto, puede consultarse: www.iccwbo.org

⁷ -Artículo 4 del Reglamento sobre Dispute Boards de la ICC.

⁸ Artículo 5 del Reglamento sobre Dispute Boards de la ICC.

⁹ R. Harbst & Mahnken, ob. cit. p. 312.

¹⁰ Artículo 6 de las reglas sobre Dispute Boards de la ICC.



y los Dispute Boards de la Cámara Internacional de Comercio (ICC).; que pasaremos a analizar:

4.1. Dispute Boards del Banco Mundial.

El Banco Mundial publicó en el año 1995, una edición revisada de un contrato standard para la construcción de obras, conocida por su sigla en inglés, SBDW¹¹, que corresponde a una versión tipo obligatoria de contrato que debe ser empleada en cualquier contrato de obra civil importante que financie el Banco Mundial. Fue la primera oportunidad en que el uso de los DRBs fue incorporado a proyectos de obra internacionales. Mediante una modificación a dicho contrato Standard se estableció el uso obligatorio de los Dispute Review Boards de 3 miembros para la resolución de disputas en una primera instancia para contratos a partir de USD 50 millones. Para contratos inferiores a USD 50 millones, las partes tienen la opción de emplear un DRB de 1 o 3 miembros o una sola persona que actúe como Dispute Review Expert (DRE) o un ingeniero independiente de las partes. Posteriormente, en el mes de Mayo del año 2000, se hizo una nueva modificación al SBDW, conforme a la cual las recomendaciones de los DRBs o del DRE, pasan a ser obligatorias, pudiendo ser revisadas en la instancia de un arbitraje. Adicionalmente, la opción de emplear un ingeniero independiente para resolver las disputas contractuales fue eliminada.

La versión actualmente vigente de los DRBs o de los DRE fue publicada en Mayo de 2005, y uno de sus cambios más relevantes fue el reemplazo de los términos DRB y DRE por "Dispute Boards" (DB); la eliminación del requerimiento obligatorio de un panel de tres miembros para contratos a partir de USD 50 millones; se entrega a las partes la decisión de constituir un panel de 1 miembro o de 3 miembros. Solo en ausencia de una estipula-

ción contractual al respecto, se entiende que el panel estará constituido por 3 miembros.

4.2. Dispute Adjudication Boards de la FIDIC.

La FIDIC introdujo en el año 1995, por primera vez el concepto de "dispute boards" a sus contratos para los proyectos de diseños y obras de infraestructura, en el conocido "Orange Book". Posteriormente, el empleo de los "dispute boards" se fue extendiendo para otros tipos de contratos, esto es, al "Red Book" en el año 1996 y al "Yellow Book" en el año 1997, para las obras de construcción civil y para el diseño y construcción de las obras públicas, respectivamente.

Hasta antes de la publicación del "Orange Book", el primer medio para resolver las disputas entre el mandante y el constructor bajo el sistema contractual de FIDIC fue mediante un ingeniero, el cual era remunerado por el mandante, por lo que era difícil para él actuar en forma independiente e imparcial. Fue entonces que FIDIC decidió, siguiendo al criterio adoptado por el Banco Mundial, adoptar el uso de los "dispute boards", llamado por la FIDIC "Dispute Adjudication Boards", estableciendo que las decisiones de los DABs eran obligatorias para las partes, a menos que la decisión fuere revisada de común acuerdo por las partes, o sometida a arbitraje por alguna de ellas.

El establecimiento de los DABs conforme a FIDIC es parte de la cláusula sobre resolución de disputas aplicable cada vez que un contrato FIDIC es empleado, a menos que las partes convengan en modificar o eliminar dicha estipulación.

¹¹ Standard Bidding Documents- Procurement of Works.



4.3. Dispute Boards Review de la Asociación Americana de Arbitraje (AAA).

Desde la adopción de los DRBs en los Estados Unidos a principios de los años 1970, han sido ampliamente usados en una gran variedad de proyectos de construcción. Al mes de Septiembre de 2003, más de 1000 proyectos de construcción han empleado los DRBs, habiéndose solucionado 1.200 disputas, y solo menos de 30 de ellas ha terminado en litigio.¹²

La Asociación Americana de Arbitraje ofrece el servicio de administración de los DRBs, a partir del mes de Diciembre de 2000, y la Fundación de DRBs señala que existen diversos factores que han contribuido al éxito de los DRBs; a saber: que los tres miembros del DRBs son neutrales y su nombramiento sujeto a la aprobación de ambas partes; todos los miembros del panel firman un acuerdo con las partes, obligándose a dar a las partes un trato igualitario y justo; los honorarios y gastos de los DRBs son compartidos por partes iguales entre las partes; los DRBs se constituyen y comienzan su labor al inicio del proyecto, antes que cualquier disputa se pudiera haber producido; los miembros del panel están permanentemente informados del desarrollo del contrato, mediante una revisión periódica de todos los documentos relevantes y la visita del lugar donde se desarrollan las obras; cualquier parte puede someter una disputa a la resolución del panel de expertos; el apoyo informal a las partes, las que son escuchadas por los miembros del panel, en audiencias que se verifican en un tiempo breve; las recomendaciones o decisiones de los DRBs no son obligatorias para las partes, salvo que se establezca lo contrario en los contratos; las

recomendaciones o decisiones constituyen una importante prueba si el conflicto deriva en un arbitraje o un litigio; los miembros del panel se encuentran liberados de cualquier responsabilidad personal o profesional por sus actividades como DRBs.¹³

4.4. Los Dispute Boards de la Cámara Internacional de Comercio de París (ICC).

La Cámara Internacional de Comercio de París, publicó, por primera vez, en el mes de Septiembre de 2004, las reglas de funcionamiento de los Dispute Boards, las cuales aseguran un nivel alto de aceptación entre las partes, que están en búsqueda de un método neutral de resolución de controversias en sus contratos. Conforme a lo indicado por el Presidente del Grupo de Trabajo que estuvo a cargo de la elaboración de estas normas, el principal factor diferenciador de estas reglas frente a otras existentes, ha sido que el sistema de la ICC se busca que se pueda adaptar y que sea plenamente aplicable a contratos no solo de duración larga sino también mediana, a toda industria en cualquier lugar del mundo.

Otra de las características distintivas de los DB contenidos en el Reglamento de la ICC es el poder entregado a la Cámara Internacional de Comercio, conforme a su artículo 21, para revisar una decisión adoptada por los DAB o los CDB antes que ella sea comunicada a las partes. Sin embargo, dicha facultad es otorgada únicamente si las partes así expresamente lo han convenido. Adicionalmente, conforme a lo dispuesto en el artículo 17 (3), las partes son motivadas para buscar la resolución amistosa de las disputas, a pesar que el procedimiento a través del panel de expertos se esté desarrollando.¹⁴

¹² The Construction Industry's Guide to Dispute Avoidance and Resolution, American Arbitration Association, Octubre de 2004.

¹³ Ibid p. 13.

¹⁴ Ibid p. 113.



5.- Constitución de los “dispute boards” o paneles de expertos.

Los DB son concebidos como un panel permanente, el cual – en ausencia de estipulación contraria de las partes – se constituye al inicio del contrato, antes de iniciarse la ejecución del proyecto. La principal ventaja de su constitución temprana es que los miembros del panel se mantienen informados del proyecto y su desarrollo, desde su inicio. Como consecuencia de ello, cuando una disputa se produce, el panel está ya constituido y operativo para que, pueda conocer y resolver la dificultad, sin perder el tiempo que significaría entrar en ese momento a seleccionar el panel.

Tratándose del sistema de DB de la ICC, existe una institución denominada ICC DB Centre, cuya más importante función es intervenir en el nombramiento de los miembros del panel como también al existir objeciones o inhabilidades de éstos. El Reglamento de los DB no establece que los miembros deban tener formación jurídica.

Por su parte, tratándose de los DB de 3 miembros, los dos primeros de ellos deben ser nominados directamente por las partes. Cada parte sugerirá un miembro, que debe ser aceptado por la otra parte. De acuerdo a lo estipulado en el artículo 7(4) del Reglamento de la ICC, si el nombramiento no es concretado dentro del plazo de 30 días, los dos primeros miembros serán nombrados por la ICC, a simple solicitud de cualquiera de las partes. Dentro de los 30 días siguientes después de dicho nombramiento, los dos primeros miembros nominados deben sugerir el tercer miembro a las partes. Conforme a lo establecido en el artículo 8(5), si las partes no nombraran al tercer miembro dentro del plazo de 15 días, el tercer miembro deberá ser designado por la ICC.

Ahora bien, en el caso del sistema administrado por la AAA, conforme al Reglamento sobre DRB, el proceso

de nombramiento de los miembros del panel podría tornarse en lento y dificultoso si una de las partes objeta el miembro designado por la otra parte. Cada parte tiene un plazo de 14 días para nominar un reemplazante y la otra parte tiene, a su turno, otros 14 días para objetar el reemplazante sin expresión de causa. Conforme a lo dispuesto en el punto 1.02.C 5.c, del Reglamento, dicho proceso se volverá a repetir las veces que fuese necesario hasta que las partes de común acuerdo nombren a los miembros del panel.

6.- Funcionamiento de los “Dispute Boards”.

Si bien la tarea final de los DBs es emitir recomendaciones o decisiones, conforme a lo dispuesto en el artículo 16 del Reglamento de la ICC, el panel debe “asistir informalmente” a las partes en la resolución de toda disputa que pudiera emerger durante la ejecución del contrato. Dicha asistencia informal puede ocurrir, ya sea durante cualquier reunión del DB con las partes o en una visita que se efectúe al lugar donde se ejecuta la obra. La asistencia informal puede tomar la forma de una conversación entre el panel y cualquiera de las partes, con el objeto de lograr un acuerdo entre las partes; la expresión informal de puntos de vista dados por los miembros del panel; una nota escrita emanada del DB dirigida a las partes; o, en general, cualquier otro tipo de asistencia que pueda ayudar a las partes a resolver una diferencia entre ellas. Conforme a lo dispuesto en el artículo 16(3) del Reglamento de la ICC, si un panel es llamado a formular una determinación relativa a una desavenencia respecto a un asunto que ya prestó su asistencia informal, no se verá compelido por ninguna opinión, oral o escrita, que hubiere emitido durante el curso del apoyo informal prestado.

Por otro lado, si bien las partes son libres para convenir el procedimiento de funcionamiento del panel de expertos, los Reglamentos sobre DB proveen un procedi-



miento a ser adoptado en ausencia de acuerdo de las partes, esto es, de carácter supletorio. Así, por ejemplo, conforme al artículo 17 del Reglamento de la ICC, el procedimiento se inicia a partir del momento en que una de las partes presenta un requerimiento escrito a la otra parte y al propio panel de expertos. Dicha presentación debe incluir una descripción clara y concisa de la disputa y de sus circunstancias, una lista de los temas sometidos a la determinación del panel, cualquier prueba que sirva de fundamento a la presentación, con un petitorio que indique qué somete a la determinación del panel. Por su parte, la contestación de la otra parte debe ser evacuada dentro de 30 días después de la recepción del reclamo, y debe ser clara y concisa, acompañándose los documentos sustentatorios. A menos que las partes convengan en otras cosas, conforme a lo dispuesto en el artículo 19 (1) del Reglamento de la ICC, el panel debe fijar una audiencia con las partes dentro del plazo de 15 días, después de la fecha en que recibió la contestación del reclamo. La audiencia oral otorga a las partes una buena oportunidad para verificar si los miembros del panel han comprendido a cabalidad la disputa sometida a su determinación, y según fuere el caso, para formular aclaraciones o complementaciones que fueren necesarias para ilustrar al panel¹⁵. Generalmente los abogados o asesores externos tienen una participación menor en las audiencias ante los DB; por el contrario, cada parte presenta su posición frente al reclamo, por medio de los representantes que se encuentran más familiarizados con los aspectos más relevantes del conflicto, tales como el ingeniero administrador del contrato, el representante del mandante, el administrador del contrato, etc. El objetivo esencial del procedimiento es obtener un proceso más expedito e informal de lo que sería un arbitraje.¹⁶

¹⁵ R. Harbst& Mahnken, ob.cit. p. 316.

¹⁶ J. Jenkins and S. Stebbings, ob.cit. p. 123.

¹⁷ Artículo 20 del Reglamento de la ICC.

7.- La decisión del D.B.

De acuerdo a lo estipulado en el artículo 22 del Reglamento de la ICC, el procedimiento finaliza con la emisión de la recomendación por parte del panel de expertos, que debe siempre ser fundada. El Reglamento nada señala si el DB puede resolver en equidad. Sin embargo, a menos que el contrato en forma expresa estipule que la controversia debe ser decidida conforme a derecho, nada impedirá que el DB resuelva conforme a equidad o ex eaquo et bono.

Conforme a las reglas de la ICC, los DB deben emitir su determinación en un plazo breve, y en todo caso, dentro de los 90 días, desde el inicio del procedimiento. Sin embargo, las partes de común acuerdo pueden extender dicho plazo máximo.¹⁷

Según cual fueran las reglas, las decisiones del panel de expertos deben ser tomadas unánimemente o por simple mayoría. Así, por ejemplo, tratándose del Reglamento de la ICC, se establece que los tres miembros del panel deben hacer sus mayores esfuerzos para que cada determinación sea adoptada en forma unánime. Si ello no fuera posible, se puede adoptar una decisión por simple mayoría. Es útil otorgar facultades especiales al panel para corregir errores menores, aritméticos, etc, que pudieran contener las determinaciones que emitan. Las decisiones también deben pronunciarse sobre los costos asociados al reclamo, esto es, cual de las partes o si ambas, deben hacerse cargo de ellos. Lo usual es que cada parte pague sus propios gastos y los gastos comunes sean pagados por mitades. Es inusual, pero posible, que el panel de expertos resuelva que los costos sean pagados por la parte que resulte vencida.



8.- Ejecución de las decisiones de los DB.

A diferencia de una sentencia arbitral, no existe un régimen de reconocimiento y ejecución obligatoria de las determinaciones emanadas de los paneles técnicos. Como regla, las determinaciones de los DBs son contractualmente obligatorias, solo en el sentido que los tribunales ordinarios pueden ser requeridos para su ejecución. Por consiguiente, el método apropiado de ejecución de las decisiones de los DBs es a través de una acción ordinaria de violación de contrato. Partiendo del presupuesto que la ejecución de las determinaciones de los paneles técnicos es difícil, es conveniente que las partes consideren, dentro de las estipulaciones contractuales, sanciones o multas por incumplimiento de las determinaciones de los DBs, tales como que las partes convengan que constituirá suficiente motivo suspender la ejecución del contrato en favor de la parte que se ha emitido una determinación del panel técnico; incluso podría estipularse como sanción, por ejemplo, la terminación del contrato para el evento de no cumplirse con una determinación del DB.¹⁸

9.- Remuneración de los “Dispute Boards”.

La extensión del trabajo que ejecutan los miembros de los paneles técnicos es amplia; desde el comienzo del proyecto deberán mantenerse informados de todo lo que va ocurriendo durante el desarrollo del contrato; deberán visitar la obra y prestar apoyo informal a las partes en la resolución de sus diferencias que pudieran producirse.

Conforme al Reglamento de la ICC, la remuneración del panel comprende una tarifa fija mensual y un cobro por horas de trabajo. El propósito de la remuneración mensual es que

los miembros del panel estén siempre disponibles para atender reuniones, visitas al lugar donde se ejecuta el proyecto y mantenerse informado acerca de las últimas novedades del desarrollo del contrato. Una tarifa adicional se considera si los miembros del DB deben destinar tiempo a visitas al sitio, audiencias, viajes, estudio de documentos, etc.

La remuneración debe ser convenida entre las partes y el panel técnico. Adicionalmente, el Reglamento de la ICC establece que, salvo estipulación distinta, la remuneración mensual debe ser igual a la tarifa convenida para 3 días de trabajo. El principio general es que las remuneraciones a pagar al panel al igual que sus gastos, deben ser pagados por mitades por las partes.¹⁹ Adicionalmente, existe una tarifa fija por las labores que desempeña la administración institucional del sistema, en el caso de la ICC, por medio de su Centro de D.B.²⁰

Los costos por el uso del sistema de DBs durante la vida de los contratos de construcción de obras, ha fluctuado entre un 0,04 % al 0,51% del total del costo del contrato.

10.- Conclusiones.

Los DBs constituyen mecanismos de resolución de controversias pre-arbitrales que son idóneos para todo tipo de contratos de larga ejecución – especialmente en proyectos internacionales de construcción – , durante los cuales un gran numero de disputas pueden ocurrir, donde se combinan asuntos legales y técnicos, que pueden ser resueltos en forma más eficiente sin mayor retardo.

¹⁸ R. Harbst & Mahnken, ob.cit. p. 317.

¹⁹ Artículos 26 y 32 del Reglamento de la ICC.

²⁰ Por los nombramientos de los miembros del panel, la suma de USD 2.500 ; por las decisiones acerca de inhabilidades, la tarifa fluctúa entre USD 2.500 y USD 10.000; y por la revisión de decisiones desde USD 2.500 hasta USD 10.000.



Los paneles de expertos, como medios de resolución de disputas, intervienen ya sea mediante el apoyo informal a las partes, o también emitiendo recomendaciones o decisiones obligatorias provisionales, que pueden posteriormente ser sometidas a arbitraje.

Los D.Bs. son más baratos que la instancia arbitral; a lo cual se agrega que las disputas sometidas a la resolución del panel de expertos quedan normalmente a firme, por ejemplo aquellas que surgen relativas a la terminación del contrato. Por otro lado, los DBs. , actuando como filtro, ayudan a refinar las disputas, dejando los temas controvertidos normalmente claros , lo que no ocurriría de otra manera.

Tratándose de las normas sobre DB dadas por instituciones tales como la ICC, o la AAA, es suficiente incorporar al contrato una cláusula Standard, para que la normativa contenida en los respectivos Reglamentos sobre DBs. sea aplicable.

En suma, los DBs constituyen una herramienta muy útil de solución de controversias pre- arbitral – aún desconocida en muchos países - y un método flexible para resolver todos los asuntos que emergen especialmente en contratos de construcción complejos, tal como ocurre con los contratos de construcción de grandes obras, que usualmente tienen el carácter de internacionales. Como consecuencia de lo anterior, estimamos muy aconsejable incorporar en dicho tipo de contratos las cláusulas Standard de DBs. que ofrecen los Centros de Arbitraje Internacionales.



Lic. Jesús Salvador Vivanco López

Exalumno del XX Diplomado de Arbitraje Comercial ICC México - ELD

I. INTRODUCCIÓN

El arbitraje comercial internacional es un método alternativo de solución de controversias que ha sido adoptado por el sistema jurídico mexicano y cuya función poco a poco se ha ido comprendiendo y utilizando más en México.

Parte de la labor de difusión y crecimiento del arbitraje comercial internacional en México puede atribuirse a los esfuerzos que han hecho en conjunto la Cámara de Comercio Internacional y la Escuela Libre de Derecho al impartir el Diplomado en Arbitraje Comercial Internacional, siendo el presente su vigésima edición.

Así, como parte integrante de la presente edición del diplomado referido, en mi calidad de alumno, a efecto de concluir con el mismo, presento un análisis del tema "La Sede del Arbitraje", el cual tiene por objeto exponer su concepto, las consecuencias jurídicas que implica su determinación, su regulación en México, los factores que deben de tomarse en cuenta para su elección y las nuevas tendencias para deslocalizar el arbitraje.

Cabe mencionar que este trabajo por cuestiones de especificaciones y de su finalidad en sí, se limita a hacer un estudio de las opiniones de diversos autores mexicanos y extranjeros y de la propia regulación nacional e internacional aplicable.

II. LA SEDE DEL ARBITRAJE

1. Definición de Sede del Arbitraje

El Doctor Graham Tapia define a la sede del arbitraje como

un lugar de referencia de mera forma en cuanto a las actuaciones del arbitraje¹, mientras que el Doctor González de Cossío, afirma que "es un vínculo jurídico, no fáctico".²

De dichas definiciones se puede desprender que la sede del arbitraje no se define precisamente como un lugar geográfico, sino que se le da una connotación de carácter jurídico, pues el derecho que regulará el procedimiento arbitral es el de la sede.³

2. Distinción del lugar en donde materialmente se llevará a cabo el arbitraje

Previo a que se proceda al estudio de la sede del arbitraje, se considera apropiado hacer la distinción del concepto de la "sede del arbitraje" o también conocida como el "lugar del arbitraje" que conceptualiza precisamente las definiciones referidas arriba, con el lugar en donde materialmente han de realizarse las actuaciones del arbitraje.

Al efecto, el artículo 20.2 de la Ley Modelo de la Comisión Nacional de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre Arbitraje Comercial Internacional establece que el tribunal arbitral podrá oír a los testigos, a los peritos o a las partes, examinar las mercancías bienes u otros documentos o deliberar, en cualquier parte, con independencia del lugar señalado como sede del arbitraje. Precepto que a la letra dice:

*"Artículo 20. Lugar del arbitraje
[...]"*

2) Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo precedente, el tribunal arbitral podrá, salvo acuerdo en contrario de las partes, reunirse en cual-

¹ GRAHAM TAPIA Luis Enrique, El Arbitraje Comercial, Editorial Themis, Primera Edición, México 2007, páginas 493, página 176.

² González de Cossío Francisco, Arbitraje, Editorial Porrúa, Tercera Edición, México 2011, Páginas 1164, página 562.

³ REDFERN Alan, HUNTER Martin, Law and Practice of Internacional Comercial Arbitration, Editorial Sweet & Maxwell, Segunda Edición, Reino Unido 1991, páginas 838, página 81.



quier lugar que estime apropiado para celebrar deliberaciones entre sus miembros, para oír a los testigos, a los peritos o a las partes, o para examinar mercancías u otros bienes o documentos."

Dicho precepto a su vez fue acogido textualmente por nuestro Código de Comercio, dentro del artículo 1436. Lo que a su vez en el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, específicamente en los artículos 18.1 y 18.2 fue observado, en los siguientes términos:

"Artículo 18 Sede del arbitraje

2.- Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral previa consulta con aquellas, podrá celebrar audiencias y reuniones en cualquier lugar que considere apropiado.

3.- El tribunal arbitral podrá deliberar en cualquier lugar que considere apropiado."

Con esto, se pretendió darle una libertad al tribunal arbitral y a las partes para que desahoguen de manera más fácil las actuaciones arbitrales, sin que forzosamente tengan que estar físicamente en el lugar de la sede del arbitraje.

Así, con la finalidad de que pueda elegirse el lugar más conveniente para desahogar el arbitraje en las Notas de la Comisión Nacional de las Naciones Unidas sobre la organización del proceso arbitral se sugiere que se tome en cuenta lo siguiente:

a) Su conveniencia para las partes y árbitros, incluidas su cercanía o las facilidades de viaje;

b) La disponibilidad y el costo de los servicios de apoyo necesarios;

c) La ubicación del objeto de la controversia y la proximidad de las pruebas.⁴

Por su parte, el Doctor Graham apunta que generalmente la práctica de arbitraje comercial es la de elegir un lugar intermedio al domicilio de las partes, a fin de que sea más fácil el transporte para éstas; salvo que se trate de controversias en las que sea necesaria la inspección constante del objeto materia del litigio, pues lo recomendable en este tipo de situaciones es que las actuaciones se desahoguen en el lugar en donde se encuentra éste.⁵

En este sentido, resulta claro que la sede del arbitraje es independiente del lugar en donde se desahoguen las actuaciones procesales, pues como vimos, las disposiciones al respecto otorgan libertad y facilidades a las partes para que no tengan que presentarse forzosamente en la sede del arbitraje.

3. Señalamiento de la Sede del Arbitraje

El artículo 20.1 de la Ley Modelo de la Comisión Nacional de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre Arbitraje Comercial Internacional establece que las partes de forma libre podrán determinar el lugar del arbitraje, sin embargo, para el caso que no haya un acuerdo respecto a éste, el tribunal arbitral lo determinará en su lugar; precepto que a la letra dice:

"Artículo 20. Lugar del arbitraje

1) Las partes podrán determinar libremente el lugar del arbitraje. En caso de no haber acuerdo

⁴ "Notas de la Comisión Nacional de las Naciones Unidas sobre la organización del proceso arbitral", Naciones Unidas, Viena 1997, anotación número 3.

⁵ GRAHAM, ob. Cit., p 178.



al respecto, el tribunal arbitral determinará el lugar del arbitraje, atendidas las circunstancias del caso, inclusive las conveniencias de las partes."

Dicha disposición, de forma correcta, fue retomada por el Código de Comercio en su artículo 1436 y asimismo fue adoptada por el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional en su artículo 18.1, que a la letra dice:

"Artículo 18 Sede del arbitraje

1.- La sede del arbitraje será fijada por la Corte a menos que las partes la hayan convenido."

En este sentido, de dichas disposiciones se desprenden dos formas mediante las cuales puede determinarse la sede del arbitraje, las cuales son:

- Por las partes mediante Convenio; y
- Por el tribunal o la institución administradora del arbitraje (por ejemplo la Cámara de Comercio Internacional).

3.1. Determinación de la sede del arbitraje mediante convenio

A manera de contexto, se considera apropiado mencionar que el arbitraje es esencialmente de naturaleza convencional, puesto que se origina en la autonomía de la voluntad de las partes, con el objeto de otorgar facultades a un tercero para resolver una controversia que puede ser sustraída del ámbito jurisdiccional.

Lo anterior encuentra sustento en la tesis número 162221, emitida por el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, publicada en el Seminario Judicial de la Federación, Novena Época, Tomo XXXIII página 1018, que dice:

ARBITRAJE. ES UNA INSTITUCIÓN CONVENCIONAL PARA RESOLVER LITIGIOS MEDIANTE UN LAUDO.

El arbitraje es 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. El arbitraje es de naturaleza convencional, porque se finca en la autonomía de la voluntad, con sustento en la libertad contractual de las partes, solamente que su objeto específico es otorgar facultades a un tercero para resolver una controversia que puede ser sustraída del ámbito jurisdiccional estatal; de modo que por su propia finalidad el pacto arbitral necesariamente contiene o remite a un procedimiento. El laudo que se dicta es materialmente un acto jurisdiccional, que resulta vinculatorio para las partes contendientes, puesto que se sometieron a la decisión de un tercero en ejercicio de la autonomía de su voluntad, que ha sido libre in causa, lo que le confiere fuerza de obligar. El artículo 1416, fracción II, 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.



TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo en revisión 195/2010. Maquinaria Igsa, S.A. de C.V. y otra. 7 de octubre de 2010. Unanimidad de votos. Ponente: Neófito López Ramos. Secretario: José Luis Evaristo Villegas.

Dicho lo anterior, es necesario precisar que la manifestación de la voluntad de las partes puede hacerse mediante una cláusula arbitral y un compromiso arbitral cuya distinción “radica principalmente en que la primera se contiene dentro de un contrato, mientras que (la) segund(a) es un acuerdo independiente del contrato que somete a arbitraje el conflicto que proviene del mismo”.⁶

Así, las partes en la cláusula arbitral o en el compromiso arbitral pueden incluir la sede del arbitraje conforme a su derecho convenga, la cual siempre que dicho acuerdo de voluntades no sea declarado nulo deberá de regir la sede del arbitraje.

3.2. Determinación de la sede del arbitraje por el tribunal

Como se mencionó anteriormente, las partes siempre tendrán la facultad de señalar la sede del arbitraje de tal forma que solamente para el caso en que sean omisas con esta cuestión, el tribunal arbitral procederá a señalar la sede del arbitraje tomando en cuenta las circunstancias del litigio y el mayor beneficio de las partes.

4. Consecuencias jurídicas de la elección de México como sede del arbitraje

Como se mencionó anteriormente⁷, la determinación de la sede del arbitraje tiene implicaciones jurídicas y vincula a las partes a la observancia de ciertas normas jurídicas, las cuales han sido reflejadas en el Código de Comercio y reconocidas por los tribunales de nuestro país.

En ese sentido, Cecilia Azar Manssur, Sofía Gómez Ruano y Elsa Ortega López sostienen cuatro consecuencias jurídicas de la determinación de la sede del arbitraje en nuestro sistema jurídico, las cuales consisten en que:⁸

- Determina si las disposiciones del Título Cuarto del Código de Comercio serán aplicables al procedimiento arbitral;
- Determina si el arbitraje debe ser considerado como internacional;
- Determina la autoridad competente para intervenir en el procedimiento arbitral; y
- Determina la jurisdicción en la que se conocerá la nulidad del laudo.

Estas consecuencias se procederán a analizar en los siguientes apartados.

⁶ GÓMEZ RUANO Sofía, GONZÁLEZ DE CASTILLA Emilio, GONZÁLEZ DE COSSÍO Francisco, GRAHAM TAPIA Luis Enrique, LOPERENA RUIZ Carlos, ZAMORA ETCHAREN Rodrigo, AZAR MANZUR Cecilia, Manual de Arbitraje Comercial, Editoria Porrúa, Primera Edición, México 2004, páginas 277, página 2.

⁷ Ver apartado I Definición de Sede del Arbitraje.

⁸ AZAR MANZUR Cecilia, GÓMEZ RUANO Sofía y ORTEGA LÓPEZ Elsa, Ley Mexicana de Arbitraje en Materia Comercial, Análisis y Comentarios al Título Cuarto del Libro Quinto del Código de Comercio, Editorial Themis, Primera Edición, México 2009, páginas 169, páginas 72 y 73.



4.1. Aplicabilidad del Título Cuarto del Código de Comercio

El primer párrafo del artículo 1415 del Código de Comercio establece que cuando la sede del arbitraje se encuentre en territorio nacional, el título cuarto resultará aplicable; precepto que a la letra dice:

“Artículo 1415.- 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...”

Lo anterior implica que la ley que regulará el procedimiento arbitral (para el caso que las partes no hayan estipulado que el arbitraje se regularía con cierto reglamento) será el Código de Comercio.

Asimismo, implica que la intervención judicial, de ser necesaria, se regulará con el Código de Comercio, así como también dicho ordenamiento regulará las causas de nulidad del laudo arbitral.

4.2. Determinación si el arbitraje es nacional e internacional

La elección de la sede implica que pueda determinarse si un arbitraje es internacional en virtud que el artículo 1416, fracción III, inciso b) del Código de Comercio prevé que un arbitraje tendrá dicha calidad cuando el lugar del arbitraje esté situado fuera del país en el que las partes tengan su establecimiento; disposición que literalmente establece:

“Artículo 1416.- Para los efectos del presente título se entenderá por:

III.- Arbitraje internacional, aquél en el que:

b) El lugar de arbitraje, determinado en el acuerdo de arbitraje o con arreglo al mismo, el lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación comercial o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha, esté situado fuera del país en el que las partes tienen su establecimiento.

Para los efectos de esta fracción, si alguna de las partes tienen más de un establecimiento, el establecimiento será el que guarde una relación más estrecha con el acuerdo de arbitraje; y si una parte no tiene ningún establecimiento, se tomará en cuenta su residencia habitual;”

4.3. Autoridad competente para intervenir durante el procedimiento arbitral

Al señalarse a México como sede del arbitraje, la autoridad judicial que resulta competente para intervenir en el procedimiento arbitral es el juez de primera instancia federal o del orden común del lugar en donde se lleve a cabo el arbitraje, lo que se encuentra previsto por el artículo 1422 del Código de Comercio, la cual establece:

“Artículo 1422.- Cuando se requiera la intervención judicial será competente para conocer el juez de primera instancia federal o del orden común del lugar donde se lleve a cabo el arbitraje.”

Ahora bien, la intervención que una autoridad judicial puede tener durante un procedimiento arbitral es la siguiente:



- Designación de árbitros;⁹
- Adopción de medidas precautorias;¹⁰
- Asistencia para el desahogo de pruebas;¹¹
- Consulta de honorarios.¹²

4.4. Jurisdicción que conocerá la nulidad de laudo arbitral

Siguiendo la idea que la sede del arbitraje es México, i) el laudo debe ser dictado en México, ii) las causales de nulidad que resultan aplicables son las previstas por el artículo 1457 del Código de Comercio y iii) el juez competente para conocer la acción de nulidad de laudo arbitral es el mexicano.

Cabe recordar que si bien el laudo arbitral tiene que ser dictado en el lugar de la sede, conforme al artículo 1436 del Código de Comercio, no debe entenderse que los árbitros tengan que reunirse para deliberar sobre el asunto en territorio nacional.

Por otro lado se apunta, que las causales para declarar la nulidad de un laudo arbitral se encuentran reguladas por el artículo 1457 del Código de Comercio, el cual establece lo siguiente:

“Artículo 1457.- Los laudos arbitrales sólo podrán ser anulados por el juez competente cuando.

I.- La parte que intente la acción pruebe que:

a) Una de las partes en el acuerdo de arbitraje estaba afectada por alguna incapacidad, o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiese indicado a ese respecto en virtud de la legislación mexicana;

b) No fue debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales, o no hubiere podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos;

c) El laudo se refiere a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o contiene decisiones que exceden los términos del acuerdo de arbitraje. No obstante, si las disposiciones del laudo que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no lo están, sólo se podrán anular estas últimas; o

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

II.- El juez compruebe que según la legislación mexicana, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje, o que el laudo es contrario al orden público.”

⁹ Ver artículo 1467 del Código de Comercio.

¹⁰ Ver artículo 1478 del Código de Comercio.

¹¹ Ver artículo 1469 del Código de Comercio.

¹² Ver artículo 1466 del Código de Comercio.



Por último se resalta que el juez que resulta competente para conocer de la nulidad de un laudo arbitral es el juez federal o el juez del orden común en donde se llevó a cabo el arbitraje.

Asimismo, debe mencionarse que la finalidad de esta disposición es que una vez dictado el laudo, la parte perdedora acuda ante sus tribunales domésticos a demandar la nulidad del laudo, puesto que con ello se perdería seguridad jurídica que busca brindar el arbitraje.

Lo anterior encuentra sustento en la tesis número 161136, emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicada en el Seminario Judicial de la Federación, Novena Época, Tomo XXXIV página 1033, que dice:

“ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL. ES COMPETENTE EL JUEZ DEL LUGAR DONDE ÉSTE SE LLEVÓ A CABO PARA CONOCER DE LA NULIDAD DEL LAUDO ARBITRAL.

De la interpretación conjunta de los artículos 1422, 1457, 1461 y 1462 del Código de Comercio, así como de la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Convención de Nueva York), adoptada el 10 de junio de 1958, y publicada en el Diario Oficial de la Federación el 22 de junio de 1971, y de la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (Convención de Panamá), suscrita el 30 de enero de 1975, y publicada en el mismo medio de difusión oficial el 27 de abril de 1978, se concluye que sólo puede conocer de la nulidad de un laudo arbitral internacional, el juez del lugar en donde se llevó a cabo el procedimiento de arbitraje. Lo anterior, en concordancia con las reglas acogidas por el Código de Comercio, respecto de las cuales existe consenso internacional dirigido a dotar de eficacia a los laudos dictados en procedimientos de arbitraje

internacional, con el fin de proporcionar seguridad jurídica y evitar que las partes en conflicto acudan ante sus tribunales domésticos a solicitar la nulidad del laudo cuando no les sea favorable, pues lo contrario implicaría rebasar el ámbito de competencia de los jueces nacionales, al permitirles anular resoluciones dictadas en el exterior conforme a derecho extranjero.

Amparo directo 8/2011. Smart & Final del Noroeste, S.A. de C.V. 29 de junio de 2011. Cinco votos. Ponente: Jorge Mario Pardo Rebolledo. Secretaria: Rosa María Rojas Vértiz Contreras.”

5. Disposiciones aplicables cuando no se señala a México como sede del arbitraje

El artículo 1415 del Código de Comercio establece que aun cuando no se haya señalado a México como sede del arbitraje, ciertas disposiciones resultan aplicables, como se explicará en este apartado.

5.1. Remisión de la controversia al arbitraje

El artículo 1424 del Código de Comercio prevé que cuando se someta a un juez una controversia sobre la que las partes haya acordado ventilarla en un procedimiento arbitral, deberá de remitir a las partes al arbitraje, salvo que se compruebe que el acuerdo arbitral es nulo, ineficaz o de ejecución imposible.

Asimismo, dicho precepto prevé que aun cuando se hubiera iniciado la acción judicial, podrá iniciar o continuar las actuaciones procesales e incluso dictarse el laudo respectivo.

Precepto que a la letra establece lo siguiente:

“Artículo 1424.- El juez al que se someta un litigio sobre un asunto que sea objeto de un acuerdo



de arbitraje, remitirá a las partes al arbitraje en el momento en que lo solicite cualquiera de ellas, a menos que se compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o de ejecución imposible.

Si se ha entablado la acción a que se refiere el párrafo anterior, se podrá no obstante, iniciar o proseguir las actuaciones arbitrales y dictar un laudo mientras la cuestión esté pendiente ante el juez.

Sin menoscabo de lo que establece el primer párrafo de este artículo, cuando un residente en el extranjero se hubiese sujetado expresamente al arbitraje e intentara un litigio individual o colectivo, el juez remitirá a las partes al arbitraje. Si el juez negase el reconocimiento del laudo arbitral en los términos del artículo 1462 de este Código, quedarán a salvo los derechos de la parte actora para promover la acción procedente."

5.2. Solicitud de Medidas Cautelares

Independientemente que México no sea la sede del arbitraje, e incluso con anterioridad al inicio del procedimiento arbitral o ya una vez iniciado en otro país, es posible que se solicite a un juez nacional la adopción de medidas cautelares provisionales, tal como lo establece el artículo 1425 del Código de Comercio.

5.3. Reconocimiento y Ejecución de Laudos

De igual forma, es posible que se solicite a un juez que se reconozca como vinculante y se ejecute un laudo arbitral, sin importar el país en el que se haya dictado, lo cual está previsto por el artículo 1461 del Código de Comercio, que a la letra prevé:

"Artículo 1461.- Un laudo arbitral, cualquiera que sea el país en que haya sido dictado, será

reconocido como vinculante y, después de la presentación de una petición por escrito al juez, será ejecutado de conformidad con las disposiciones de este capítulo."

5.4. Denegación de Ejecución de Laudo

En relación con el punto anterior, adicionalmente resulta aplicable el artículo 1462 del Código de Comercio el cual prevé las causales mediante las cuales podrá denegarse el reconocimiento o la ejecución de un laudo arbitral, cualquiera que sea el país en que se hubiera dictado, mismas que resultan ser similares a las causales de anulación previstas en el artículo 1457 del Código de Comercio.

5.5. Suspensión de la Ejecución

Por último, el artículo 1463 del Código de Comercio prevé que el juez mexicano puede suspender la ejecución del laudo arbitral cuando se hubiere demandado la nulidad de éste ante un juez del país en donde se dictó dicho laudo, solicitando se otorguen garantías suficientes, precepto que a la letra dice:

"Artículo 1463.- Si solicitó a un juez del país en que, o conforme a su derecho, fue dictado el laudo, su nulidad o suspensión, el juez al que se solicita el reconocimiento o la ejecución de laudo podrá, si lo considera procedente, aplazar su decisión y a instancia de la parte que pida el reconocimiento o la ejecución del laudo, podrá también ordenar a la otra parte que otorgue garantías suficientes."

6. Elementos a considerar para la elección de la sede de arbitraje

En vista de las consecuencias y efectos jurídicos que implica la elección de la sede del arbitraje, resulta de alta



importancia tener en cuenta los siguientes elementos al momento de su determinación, ya sea por las partes o por el tribunal arbitral:

- La idoneidad de la ley del lugar del arbitraje en lo relativo al procedimiento arbitral;
- Regulación aplicable en cuanto a los requisitos de validez de la cláusula y causales de nulidad del laudo;
- La existencia de un tratado multilateral o bilateral en vigor entre el Estado en que tenga lugar el arbitraje y el Estado o los Estados donde presumiblemente se vaya a ejecutar el laudo.¹³
- La experiencia y actitud de los tribunales judiciales locales y la disponibilidad de mecanismos de reconocimiento y ejecución de laudo.¹⁴

Al efecto, el Doctor Graham, citando al Maestro Abascal Zamora, sostiene que para que se de un buen arbitraje, son necesarios tres elementos: “una buena cláusula arbitral, un buen tribunal arbitral y una buena ley de arbitraje” en ese sentido es que adquiere tanta relevancia la sede del arbitraje puesto que la ley que regule el procedimiento será la del lugar seleccionado.¹⁵

7. Deslocalización del arbitraje

La deslocalización del arbitraje es una tendencia que surge de la internalización de las transacciones comerciales, con la que se busca la menor intervención de las cortes estatales y de la aplicación de leyes de sus respectivos países y con ello que “la sede del arbitraje sería irrelevante en la regulación del procedimiento arbitral”.¹⁶

Así, lo que pretende esta tendencia es la separación del arbitraje comercial internacional del control de la ley del lugar en donde se lleve a cabo, a lo que la doctrina lo ha llamado como arbitraje “a-nacional”, “supra-nacional”, “transnacional”, o inclusive “expatriado”, “desnacionalizado”, “deslocalizado” y cuyo resultado sería la emisión de “laudos flotantes”.¹⁷

Respecto a este movimiento, el Doctor González de Cossío apunta que se han tenido avances tales como el arbitraje de inversión bajo el Convenio del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), el arbitraje bajo el Entendimiento de Solución de Diferencias de la Organización Mundial de Comercio y el arbitraje en línea.

Sin embargo, a la vista de estos logros, concluye que los pasos se han dado son generalmente en el procedimiento arbitral mas no en el laudo, en virtud que su ejecución eventualmente es controlada por algún tribunal estatal.¹⁸

¹³ Graham Tapia, ob. cit. Página 177.

¹⁴ Azar Manzur, Gómez Ruano y Ortega López, ob. cit. Página 73.

¹⁵ Graham Tapia, ob. cit. Página 177.

¹⁶ González de Cossío, ob. cit. Página 75.

¹⁷ Redfern y Hunter, ob. cit. página 83.

¹⁸ González de Cossío, ob. cit. Página 88 y 89.



III. CONCLUSIÓN

Como se apuntó en un principio, el presente trabajo fue basado en un método expositivo, a fin de que en éste queden contenidas las ideas y opiniones de diversos autores, así como la regulación y las resoluciones de nuestros más altos tribunales respecto al tema de la Sede del Arbitraje.

Una vez hecha la investigación del tema aquí expuesto, puede decirse que éste no ha sido objeto de investigaciones profundas para los autores nacionales, pues se han limitado a hacer una labor más expositiva y un tanto concientizadora para los actores del arbitraje, en la medida que buscan que se le de la importancia adecuada a la determinación de la sede del arbitraje, puesto que implica consecuencias jurídicas de gran peso para el procedimiento arbitral.

No obstante, en la presente investigación sí se encontraron autores que profundizaron sus investigaciones y expusieron nuevas tendencias tal como el tema de la deslocalización del arbitraje.

Si bien el objetivo planteado de la presente investigación se considera cumplido, cabe mencionar que ha servido para sembrar inquietudes que sin duda serán objeto de investigaciones futuras.



Lic. Ricardo Izeta Gutiérrez

Experto en arbitraje y solución de controversias

El objetivo de este documento es analizar diversos temas relacionados con los Contratos que celebra la Comisión Federal de Electricidad para la creación de infraestructura. De ninguna manera pretendo analizar los tres tipos de contratos (Precio Alzado, Precios Unitarios y Mixtos) que prevé la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las mismas, ya que ello constituye la materia de un seminario que tenga como finalidad el estudio de dicha ley, lo cual escapa de los alcances de este ejercicio.

I.- Naturaleza Jurídica de los contratos que celebra la CFE para la creación de infraestructura.

Este punto reviste gran importancia por razones obvias. Efectivamente, dependiendo de la naturaleza jurídica de determinado acto, éste y sus efectos son regulados de conformidad con una ley específica.

En el caso que nos ocupa, mi opinión es que los Contratos de referencia tienen una naturaleza mercantil y no administrativa, lo cual explicaré a continuación:

Cabe aclarar, para no generar mayor discusión que reconozco que todos los actos previos a la firma del contrato, consistentes esencialmente en el procedimiento de contratación que haya elegido la Entidad, constituyen verdaderamente actos administrativos y por lo tanto serán tratados como tal, aplicándose únicamente las disposiciones de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las mismas, en adelante "la LOPSRM". Ahora bien, toda vez que dichos actos previos no son materia de este seminario, no realizaré mayores comentarios.

Los contratos, no obstante que se les denomina de "obra pública" y por ello pareciera que sin lugar a dudas tienen una naturaleza administrativa, ya que lo público se relaciona inmediatamente con el Estado por

ser éste una de las partes contratantes, en mi opinión cada día se alejan más de dicha situación.

Originalmente, por el simple hecho de que el Estado fuera una de las partes contratantes, se alegaba que el contrato tenía una naturaleza administrativa y que los actos que derivaban del mismo eran precisamente actos administrativos, ya que el Estado los llevaba a cabo en cumplimiento de sus funciones naturales, razón por la cual la relación que existía no era de coordinación, sino de supra subordinación.

De hecho, actualmente el argumento que sostiene la calidad de acto administrativo de la "terminación anticipada" o de la "rescisión" del Contrato descansa precisamente en que éstos constituyen una consecuencia inmediata y directa de otros actos que efectivamente son administrativos porque se presentan durante la etapa previa a la firma del contrato, es decir, el procedimiento de contratación previsto en la LOPSRM.

En efecto, dicho análisis sostiene que al existir una resolución en un procedimiento, por ejemplo, de inconformidad en una licitación pública, en donde se declare que dicha instancia fue procedente, el resultado irremediable es que el contrato que ya había sido firmado por las partes, tenga que concluir anticipadamente, lo cual, a decir de los profesionales que defienden esta postura, es la única forma de cumplir con la resolución en el procedimiento administrativo de inconformidad y por lo tanto la terminación anticipada del contrato resulta en un acto administrativo.

En mi opinión, dicho argumento o explicación pareciera que efectivamente es procedente, sin embargo, considero que omite una circunstancia muy importante que es precisamente la EXISTENCIA DE UN CONTRATO, el cual, desde que es suscrito, está surtiendo efectos entre las partes contratantes y su validez no está condicio-



nada del resultado de la inconformidad o de cualquier otro acto que se hubiere presentado antes de la firma del propio contrato.

Sostengo que el contrato en ese momento existe y por lo tanto las partes deben observar su contenido, cumpliendo con las obligaciones que hayan asumido. En la hipótesis que indican los defensores de la naturaleza administrativa, es decir, de la terminación anticipada del contrato de obra, simplemente habría que aplicar lo que normalmente señalan las cláusulas de los propios contratos al regular la terminación anticipada del mismo y, desde luego, lo que prevé la LOPSRM para tal situación.

Como se observa, el contrato al suscribirse tiene vida propia y por lo tanto, lo único que debemos hacer es cumplir con lo que éste prevé, es decir, regresar al principio de derecho mercantil del cumplimiento de las obligaciones previstas en el propio contrato.

Por lo que hace a la rescisión de estos contratos, la cual ha sido siempre identificada como “rescisión administrativa”, después de analizar el argumento de la derivación del acto administrativo que desarrollé, no encuentro la manera de vincular dicha rescisión con un evento que se haya presentado durante el procedimiento de licitación. Quizá, el que pudiere cumplir con dicho supuesto, sería el consistente en que el licitante, después parte en el contrato, hubiere emitido una declaración falsa que le permitiera lograr la solvencia de su oferta y que al ser descubierta dicha falsedad, una vez firmado el contrato, la entidad, decidiera rescindir éste. En este caso, sostengo que simplemente habría que observar el contrato e iniciar el procedimiento de rescisión que prevé dicho contrato, ya que la decisión de rescindir es simplemente la consecuencia del incumplimiento de una obligación prevista en el propio contrato.

Ahora bien, retomo el tema que anuncié, por lo que a continuación explicó las razones por las que considero que los contratos de obra que celebran las entidades, son de naturaleza mercantil.

Actualmente, los contratos que celebra el Estado, en este caso concreto por la CFE, presentan diversas particularidades que en mi opinión los acercan más a una naturaleza mercantil.

En efecto, el hecho de que los contratos se celebren con sociedades mercantiles genera que se presente lo que conocemos como un acto mixto, razón por la cual, si observamos estrictamente lo indicado por los artículos 4, 75 y 1050 del Código de Comercio, válidamente podemos concluir que dichos contratos tienen una naturaleza mercantil o comercial.

Por otro lado, normalmente en el capítulo de declaraciones de la propia CFE se establece que dicho contrato, así como las operaciones contenidas en el mismo, **CONSTITUYEN ACTIVIDADES COMERCIALES DE LA CFE** y ésta se sujeta a la **LEGISLACIÓN COMERCIAL** aplicable a particulares. Este aspecto constituye un nuevo elemento que nos permite afirmar que los contratos de obra pública que celebra la CFE son realmente actos mercantiles.

Finalmente y quizá el argumento más sólido que sustenta el hecho de que los contratos que nos ocupan han cambiado de naturaleza es que en todos ellos, sin excepción, adoptaron como método principal de solución de conflictos de naturaleza jurídica el arbitraje comercial, inclusive lo más común al día de hoy es que exista una cláusula arbitral que sujeta a las partes al Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional.

El arbitraje comercial está planeado para la solución de controversias comerciales, luego entonces, si la CFE y



en particular deciden sujetarse a dicho método de solución de controversias, es evidente que no pretenden estar involucrados con instancias propias del derecho administrativo, reconociendo de manera directa que la relación que los une es precisamente de coordinación, es decir, de iguales.

En mi opinión, cuando la CFE suscribe los contratos de obra pública jamás actúa bajo un velo de autoridad. Tan es verdad lo anterior que, para lograr el cumplimiento del contrato cuando su contraparte ha incumplido, debe acudir a una instancia arbitral para lograrlo o, en su caso, decidir por la rescisión del mismo, caso en el cual, de existir oposición del particular, deberá sujetarse a los tribunales federales para resolver la controversia que se presente.

Lo anterior de ninguna manera significa que las leyes especiales, como la LOPSRM no sea aplicable a dichos contratos. De ninguna manera, en este caso habrá que recordar que la ley especial se aplica sobre la general, pero en lo que sea procedente, tendremos que acudir a la legislación comercial como es el caso de la solución de controversias, sin que ello produzca un cambio de la naturaleza comercial del contrato de obra pública.

II.- Tipos de contratos que normalmente celebra la CFE.

Tomando en cuenta los alcances de esta exposición, solamente abordaré los dos tipos de contratos que la CFE celebra para la creación de infraestructura. Los contratos denominados de "Obra Pública Financiada" y los de "Compraventa de Energía Eléctrica", también conocidos como "Productor Independiente de Energía".

En ambos casos, una de los presupuestos para que puedan celebrarse estos contratos es que la infraestructura que construya genere los recursos para su pago.

OBRA PÚBLICA FINANCIADA.

En este tipo de contratos la CFE encomienda la construcción de cierta instalación a un particular, quien se obliga esencialmente a construirla y a cumplir con ciertos valores garantizados, también denominados "garantías de desempeño". Este tipo de contrato es normalmente a precio alzado y por lo tanto no puede sufrir modificaciones en cuanto a su monto y plazo a menos que se presenten las excepciones que la propia LOPSRM prevé.

En caso de que la obra técnicamente represente mayores incertidumbres o riesgos, se utiliza la figura del contrato mixto, lo cual permite que la parte de precios unitarios cubra dichas circunstancias.

Lo anterior es de gran relevancia, ya que en estos contratos, no solo es importante que el particular concluya la obra, sino que ésta funcione de la manera en que fue solicitada y ofertada por el propio particular.

Para tal efecto, desde las Bases de Licitación, se establecen los siguientes valores garantizados:

- Capacidad Bruta Garantizada
- Capacidad Neta Garantizada
- Consumo Garantizado de Agua Desmineralizada en el Ciclo Agua-Vapor.
- Factor de Disponibilidad Equivalente Garantizado

En casos especiales es posible también que se presenten otros valores garantizados, como lo son el Flujo de agua de alimentación de reactor; la Temperatura de agua de alimentación al reactor; Consumo de Hidrógeno, etc.

Ahora bien, en caso de que el particular no cumpla con alguna de dichas obligaciones, normalmente se prevé



la aplicación de (i) penas por atraso; (ii) penas por falta de entrega de documentos (ingeniería); (iii) penas por incumplimiento a los valores garantizados y; (iv) penas por entrega extemporánea de refacciones.

Otro aspecto importante de estos contratos se encuentra en el esquema que prevé para la aceptación de las obras. En efecto, la LOPSRM establece que, una vez concluida la obra, la entidad deberá recibirla y suscribir en un plazo determinado el correspondiente finiquito.

En los contratos que celebra la CFE se establecen dos entregas. La primera se realiza una vez que el particular concluye la obra y lleva a cabo todas y cada una de las correspondientes pruebas que acreditan su correcto funcionamiento y el cumplimiento de algunos de los valores garantizados.

En ese momento la CFE emite lo que se conoce como la "Aceptación Provisional", misma que detona el pago del precio del contrato. Posteriormente, una vez que transcurre un año de operación de la instalación, misma que se lleva conjuntamente entre el particular y personal de la CFE, se emite la "Aceptación Final", la cual documenta la conclusión del proyecto y la cancelación de las garantías que hasta ese momento estuvieran vigentes.

Cabe señalar que el contrato prevé la emisión de la Aceptación Provisional no obstante que existan "Deficiencias Menores", que son aquéllos trabajos que si bien no han sido concluidos, no ponen en peligro a las personas o la operación de la instalación de que se trate.

En caso de que existan controversias entre las partes, dependiendo de la naturaleza de éstas, el contrato prevé la posibilidad de acudir a tres diferentes métodos de solución de controversias como son la conciliación, la intervención de un perito independiente y el arbitraje comercial.

COMPRAVENTA DE ENERGÍA.

Los contratos de compraventa de energía tienen por objeto la construcción y operación de la infraestructura por parte del particular, así como la venta de energía eléctrica a la CFE.

Como en el caso anterior, el particular que es denominado "Productor", debe cumplir, entre otras obligaciones, con la fecha de programada de operación y con ciertos límites técnicos de operación y mantenimiento como lo es la Capacidad Nominal Contractual que es precisamente la capacidad de generación garantizada en la propuesta del Productor.

En caso de no cumplir con dichos aspectos, procederá la aplicación de penalizaciones en términos del propio contrato.

Estos contratos tienen una vigencia de 20 años, contados a partir de la Fecha de Operación Comercial, razón por la cual prevé los procedimientos para medir y pagar la energía que se genera; la manera en que se llevará a cabo el mantenimiento de las instalaciones, así como las consecuencias por paros de éstas, mismas que normalmente se traducen en la aplicación de penalizaciones.

También se prevé la improcedencia de daños consecuenciales, estableciendo un límite de responsabilidad a cada una de las partes.

Este contrato establece que, en caso de incumplimiento del Productor, la CFE podrá terminarlo anticipadamente, situación en la que deberá intervenir la instalación y operarla para posteriormente pagar al Productor el precio de adquisición y otros conceptos que indica el contrato.



Es importante señalar que durante la etapa de intervención, la CFE seguirá cubriendo, con ciertas directrices, los Pagos Mensuales que constituye el Precio Unitario Contractual, es decir, el precio del kWh ofertado.

En este caso, la CFE realizará el pago a los Acreedores en términos de los correspondientes acuerdos financieros y el remanente se aplicará a reembolsar a la propia CFE los costos en que haya incurrido por la operación de la instalación.

Finalmente, como en el caso anterior, si existan controversias entre las partes, dependiendo de la naturaleza de éstas, el contrato prevé la posibilidad de acudir a tres diferentes métodos de solución de controversias como son la conciliación, la intervención de un perito independiente y el arbitraje comercial.

III.- Problemas que se presentan en la etapa de construcción.

Dentro de la etapa de construcción los problemas que con mayor frecuencia se presentan son los consistentes con el incumplimiento de especificaciones técnicas, falta de entrega de información (ingeniería), existencia de trabajos extraordinarios, retrasos por la presencia de casos fortuitos o fuerza mayor o por actos de la dueña de la obra.

Asimismo, para la conclusión de las obras y la emisión de la Aceptación Provisional o el inicio de la Operación Comercial, es frecuente encontrarse con la problemática generada por la definición de Deficiencias Menores, toda vez que éstas, de presentarse, no impiden que la entidad pueda recibir la obra y pagarla. El problema consiste en determinar qué cosa es o no es una Deficiencia Menor.

De igual manera, una vez que la Entidad recibe la obra, ya sea de manera provisional o final, existe la proble-

mática relacionada con la emisión de observaciones de los órganos fiscalizadores (Órgano Interno de Control y Auditoría Superior de la Federación), mismas que pueden derivar en el ejercicio de acciones legales en contra del particular que suscribió el contrato de que se trate.

Dichas observaciones normalmente tienen un promedio de atención de dos años, lo cual depende, inclusive de que se hayan iniciado los correspondientes juicios, caso en el cual, el periodo puede aún ser mayor.

Como lo indiqué, los problemas relacionados con aspectos técnicos serán resueltos a través de la conciliación de las Partes o mediante la intervención de un Perito Independiente.

Cuando se trata de conflictos de naturaleza jurídica o se impugne la decisión de un Perito Independiente, las partes tendrán que iniciar un juicio arbitral, aplicando el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional.

IV.- Aspectos relacionados con la etapa de operación.

En la etapa de operación y por lo que hace a la Obras contratadas bajo el esquema de Obra Pública Financiada, la problemática se presenta durante el primer año de operación, ya que en este período, de acuerdo al Contrato, se debe determinar el Factor de Disponibilidad Real y si éste es menor al garantizado, entonces la CFE debe liquidar y cobrar una pena convencional.

Asimismo, durante este primer año de operación, habrá que observar que todos los equipos no presenten fallas, ya que de ser el caso, independientemente de que el evento de paro pueda generar indisponibilidad de la Obra, también existe la obligación del particular contratista de llevar a cabo la correspondiente reparación.



Cualquier daño en los equipos durante este primer año de operación provoca que, una vez reparado el daño, nuevamente inicie el período de garantía de dicho equipo de manera individual por un año más.

En el caso de los contratos de compraventa venta de energía, habrá que tener especial cuidado con los procedimientos de facturación o calculo de energía y pago de ésta, ya que son los que generan mayores diferencias entre las partes durante toda la vigencia del mismo (20 años).

De igual manera, el tema de los paros por mantenimiento o generados por caso fortuito o fuerza mayor pueden resultar en conflictos entre las partes.

Muchas gracias.

ⁱ Quiero dejar constancia que este ensayo fue adicionado después de haber participado en un agradable debate con especialistas en derecho administrativo en una sesión de un seminario al que fui invitado recientemente, razón por la cual agradezco en este momento, como lo hice al concluir dicha sesión, la oportunidad de conocer su postura en relación a la naturaleza jurídica de la terminación anticipada y la rescisión que actualmente son excluidas del arbitraje por la LOPSRM y la LAASSP, entre otras.

ⁱⁱ Ver artículo 59 de la LOPSRM.

ⁱⁱⁱ El contrato utiliza los términos de terminación anticipada por incumplimiento y rescisión como sinónimos.



Lic. Victor M. Ruiz

Senior Associate in the arbitration practice of Von Wobeser & Sierra, S.C., Mexico,
and former Deputy Counsel at the Secretariat of the International Court of Arbitration

The common law and civil law systems adopt contrasting approaches to the taking of evidence. The International Bar Association (IBA) Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration were developed to offer a neutral approach that would help to avoid the risk of cultural clashes between practitioners from different traditions. On the basis of a study of 35 ICC cases related to Latin America in which reference is made to the IBA Rules, this article considers the extent to which the IBA Rules can be considered to fulfil this role in Latin America. The authors consider the characteristics of these cases, which provisions of the IBA Rules are most commonly used and how they are referred to. To put their discussion in context, the article begins with a brief presentation of rules and practices relating to document production, the examination of witnesses and expert evidence in a selection of Latin American countries.

Les pays de common law et de tradition romano-germanique divergent sur la manière d'aborder l'administration de la preuve. Les règles de l'International Bar Association (IBA) sur l'administration de la preuve dans l'arbitrage international ont été élaborées en vue de proposer une approche neutre de la question, afin d'éviter les risques de choc culturel entre praticiens d'écoles différentes. Sur la base d'une étude de 35 affaires CCI liées à l'Amérique latine dans lesquelles il est fait référence aux règles de l'IBA, cet article s'attache à déterminer la mesure dans laquelle on peut considérer que ces règles jouent leur rôle dans cette partie du monde. Les auteurs examinent les caractéristiques de ces affaires afin de dégager des tendances expliquant ou favorisant le recours aux règles de l'IBA en Amérique latine. Ils mettent également en lumière leurs dispositions les plus utilisées, ainsi que la manière dont il y est fait référence. Afin de replacer cette analyse dans son contexte, l'article présente d'abord brièvement les règles et les pratiques

en vigueur dans un certain nombre de pays de la région en matière de production de documents, d'audition de témoins et de preuves par expertise.

La aproximación que se tiene respecto de los medios de prueba en arbitraje internacional contrasta de manera importante entre los sistemas de derecho civil y derecho anglosajón. La Reglas sobre Prueba en Arbitraje Internacional fueron desarrolladas por la International Bar Association (IBA) para ofrecer una aproximación que ayude a neutralizar las diferencias culturales entre los practicantes de arbitraje de distintas tradiciones jurídicas. Sobre la base del análisis empírico de 35 arbitrajes CCI relacionados con América Latina en los cuales se ha hecho referencia a las Reglas de la IBA sobre Prueba, este artículo analiza la manera en que dichas Reglas han satisfecho ese rol neutralizador en América Latina. Los autores consideran las características de estos casos, los artículos de las Reglas de la IBA comúnmente aplicados y la manera en que estos han sido utilizados. Para poner la discusión en contexto, el artículo comienza con una breve referencia a las reglas y prácticas procesales relacionadas con la exhibición de documentos, el interrogatorio de testigos y la prueba pericial en varios países latinoamericanos.

I. Introduction

1. Latin America's involvement in international arbitration has risen remarkably in recent years. In 2011, 247 parties involved in new cases filed with the ICC came from Latin America and the Caribbean,¹ which represents around 10% of all parties in new cases, as compared to 4.4% twenty years previously, in 1992.² One result of this growth is that contacts between practitioners from other regions of the world and parties, counsel and

¹ '2011 Statistical Report' (2012) 23:1 ICC IC Arb. Bull. 5 at 8.

² 'Ten Years of ICC Arbitration (1983-1992): A Statistical Survey' (1993) 4:1 ICC IC Arb. Bull. 3 at 4.



arbitrators from Latin America are more frequent than before. In areas of practice marked by local traditions, such encounters may lead to cultural clashes. One such area is the production of evidence, where differences may exist in relation to the production of documents, the examination of witnesses and expert evidence.³

2. The IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration (the 'IBA Rules')⁴ were developed precisely to address and help prevent clashes of this kind. They purport to reflect techniques and practices used in many parts of the world, and, as such, offer a common ground for the production of evidence in arbitrations involving parties from different legal cultures.

3. The purpose of this article is to offer some comments on the use of the IBA Rules in cases related to Latin America based on empirical research using a sample of ICC cases involving Latin American parties, arbitrators, law, languages and/or places of arbitration. The data collected give some indication of whether and to what extent Latin Americans have embraced the IBA Rules.

II. Approaches to the production of evidence

A. Document production

4. It is common knowledge that practices regarding the production of documents vary widely between the

common law and the civil law systems. In the former, it is considered to be a fundamental right that the parties acquire the same degree of knowledge about the facts in dispute. Therefore, a party usually has a broad obligation to produce to the other party each and every document that may be in some way relevant to the case, regardless of whether the documents are harmful to the producing party's position.⁵ In the civil law system predominant in continental Europe and widely followed in Latin America, each party is generally expected to build its case using its own documents.

5. In reality, however, the distinction between the continental and common law systems would appear to be less clear-cut. For example, despite being part of the continental tradition, national laws in Latin America generally allow parties to ask the court to order any party to the proceedings or even third parties to present documents in their possession, as happens in the common law system, but only in limited circumstances and under certain conditions.⁶ In Argentina for example, when a document is not in its possession, the interested party must identify the relevant document and indicate its contents, location, the person in possession of it or the public office or registry where the document is filed:⁷

³ For further information and commentary on the production of evidence in international arbitration, see the following ICC publications: T. Giovannini & A. Mourre, eds., *Written Evidence and Discovery in International Arbitration: New Issues and Tendencies*, Dossier VI, ICC Institute of World Business Law (2009); L. Lévy & V.V. Veeder, eds., *Arbitration and Oral Evidence*, Dossier II, ICC Institute of World Business Law (2004); *Document Production in International Arbitration*, Special Supplement, ICC IC Arb. Bull. (2006). Available online in the ICC Dispute Resolution Library; www.iccdri.com

⁴ Available on the IBA website at www.ibanet.org.

⁵ US Federal Rules of Civil Procedure (Rules 26-37); English Civil Procedure Rules (Rules 31.1-31.23).

⁶ See e.g. Brazilian Code of Civil Procedure, Arts. 355-363 and 396; Argentinian Code of Civil and Commercial Procedure, Arts. 333-334 and 388-389; Mexican Code of Commerce, Arts. 44, 1061, § III and 1243; Mexican Code of Civil Procedure, Arts. 79, 90, 137 and 323; Colombian Code of Civil Procedure, Arts. 283 and 284; Chilean Code of Civil Procedure, Art. 349; Venezuelan Code of Civil Procedure, Art. 436. Cf., in Europe, French Code of Civil Procedure, Arts. 132 and 138-142; German Code of Civil Procedure, Art. 142; Italian Code of Civil Procedure, Art. 210.

⁷ Argentinian Code of Civil and Commercial Procedure, Art. 333.



Cuando la prueba documental no estuviere a su disposición, la parte interesada deberá individualizarla, indicando su contenido, el lugar, archivo, oficina pública o persona en cuyo poder se encuentra.

In Chile, documents in possession of another party may be requested only if they are directly related to the issues in dispute and provided they are not confidential or secret:⁸

Podrá decretarse, a solicitud de parte, la exhibición de instrumentos que existan en poder de la otra parte o de un tercero, con tal que tengan relación directa con la cuestión debatida y que no revistan el carácter de secretos o confidenciales.

In Colombia, the requesting party must indicate the facts that it aims to prove with the requested documents:⁹

Quien pida la exhibición expresará los hechos que pretende demostrar y deberá afirmar que el documento se encuentra en poder de la persona llamada a exhibirlo, su clase y la relación que tenga con aquellos hechos.

Once the order has been issued, the party at which it is directed will be required to present the requested document, even if the document is detrimental to its

case. If the party refuses to produce the document, the judge may draw adverse inferences from its failure to do so¹⁰ and even consider that the facts alleged by the party requesting production are true and undisputed:

Si la parte a quien se ordenó la exhibición se opone en el término de ejecutoria del auto que la decreta, el juez al decidir la instancia o el incidente en que aquélla se solicitó, apreciará los motivos de la oposición; si no la encontrare justificada y se hubiere acreditado que el documento estaba en poder del opositor, tendrá por ciertos los hechos que quien pidió la exhibición se proponía probar . . .¹¹

Si el instrumento no fuere exhibido en el plazo indicado, y no apareciere de autos prueba alguna de no hallarse en poder del adversario, se tendrá como exacto el texto del documento, tal como aparece de la copia presentada por el solicitante y en defecto de ésta, se tendrán como ciertos los datos afirmados por el solicitante acerca del contenido del documento.¹²

Ao decidir o pedido, o juiz admitirá como verdadeiros os fatos que, por meio do documento ou da coisa, a parte pretendia provar: I - se o requerido não efetuar a exibição, nem fizer qualquer declaração no prazo do art. 357; II - se a recusa for havida por ilegítima.¹³

⁸ Chilean Code of Civil Procedure, Art. 349.

⁹ Colombian Code of Civil Procedure, Art. 284.

¹⁰ See the rules cited above. See also H.A. Grigera Naón, 'Document Production in International Commercial Arbitration: A Latin American Perspective' in Document Production in International Arbitration, ICC ICArb. Bull., 2006 Special Supplement, 15 at 18.

¹¹ Colombian Code of Civil Procedure, Art. 285.

¹² Venezuelan Code of Civil Procedure, Art. 436.

¹³ Brazilian Code of Civil Procedure, Art. 359.



This said, Latin America cannot be said to have fully espoused the common law tradition, as can be seen from its reticence to use such provisions other than sparingly, and from the fact that Latin American procedural law generally does not allow parties to request the production of broad categories of documents.¹⁴

6. Hence, unlike parties in the United States, parties in Latin America have, for instance, no standard obligation to produce each and every document that may be relevant to the dispute, especially if a document is beneficial to the other party's case. And even if a court orders a party to present documents, its order would generally refer only to individual or specific documents, as indicated above, not entire categories of documents. Mexican law, for example, contains a specific provision preventing courts and parties from conducting fishing expeditions (*pesquisas*), which limits requests to specific documents relevant to the case, and even then the requesting party must declare under penalty of perjury that it is not in possession of the requested document:

No se puede hacer pesquisa de oficio por tribunal ni autoridad alguna . . .¹⁵

Si las partes no tuvieran a su disposición o por cualquier otra causa no pudiesen presentar los documentos en que funden sus acciones o excepciones, lo declararán al juez, bajo protesta de decir verdad . . .¹⁶

7. The IBA Rules attempt to present a midway solution. Article 3 allows a party to request the production of individual documents or a 'narrow and specific' category of documents from the opposing party, provided that the requested documents are 'relevant to the case and material to its outcome'. Furthermore, document production remains entirely under the arbitral tribunal's control: it is the arbitrators who decide on the request to produce and related objections, who take or allow any party to take any steps that are legally available to obtain documents from third parties, and who control the admissibility of documentary evidence in general (Arts. 3.4, 3.7, 3.9, 3.10, 9.1 and 9.2).

B. Examination of witnesses

8. Oral evidence is another area where practices differ between the common law and the continental systems. In the United States, for instance, no distinction is made between witnesses and the representatives of a party,¹⁷ whereas in Latin America, as in countries elsewhere belonging to the civil law tradition, representatives of parties usually cannot act as witnesses.¹⁸ Hence, company officers and board members are regarded as party agents, who lack the impartiality required of witnesses in judicial proceedings (*nullus idoneus testes in re sua intellegitur*). While their testimony may be heard, a lower probative value will be attached to their statements.¹⁹ In Brazil, for instance, only in exceptional circumstances may a judge hear testimony from a

¹⁴ See H.A. Grigera Naón, *supra* note 9 at 18.

¹⁵ Mexican Code of Commerce, Art. 42.

¹⁶ Mexican Code of Commerce, Art. 1061, § III.

¹⁷ See Rule 601 of the US Federal Rules of Evidence.

¹⁸ Article 358 of the Chilean Code of Civil Procedure prohibits witness testimony from employees or agents of the company submitting the evidence.

¹⁹ See Brazilian Code of Civil Procedure, Art. 405, §2º, III, and § 4º; Argentinian Code of Civil and Commercial Procedure, Art. 427; Mexican Code of Commerce, Art. 1303; Mexican Code of Civil Procedure, Art. 215, § 4º.



party's legal representative, and such testimony will be given the weight it deserves:²⁰

Sendo estritamente necessário, o juiz ouvirá testemunhas impedidas ou suspeitas; mas os seus depoimentos serão prestados independentemente de compromisso (art. 415) e o juiz lhes atribuirá o valor que possam merecer.

In Mexico, when according weight to testimony a judge will always take into account the independence of the witness:²¹

Para valorar las declaraciones de los testigos, el juez tendrá en consideración las circunstancias siguientes: . . . III. Que por su probidad, por la independencia de su posición y por sus antecedentes personales, tenga completa imparcialidad.

9. In international arbitration practice, attitudes towards the testimony of parties' representatives are less contrasted. However, the contrast between the common law and civil law traditions remains strong when it comes to the questioning of witnesses. Like other civil law professionals, Latin American practitioners would expect the arbitrators to take a more active role in obtaining evidence from witnesses. A recent survey illustrates this fact.²² The survey revealed that in 83% of cases witnesses are questioned primarily by counsel, as opposed to 17%

of cases in which the questioning is done by the tribunal, and that the questioning of witnesses primarily by the tribunal is more frequent in arbitrations involving civil lawyers than in those involving common lawyers. The survey also revealed that there was a greater wish for witnesses to be questioned primarily by counsel among common lawyers than among civil lawyers.

10. The main area of divergence between the common law and civil law traditions with respect to oral evidence is probably cross-examination. Cross-examination is considered to be a central feature of the adversarial system adopted in common law countries. During the hearing, counsel address questions directly at the other party's witnesses, with a view to obtaining the admission of facts favourable to their client and undermining the witnesses' credibility and the value of the witnesses' testimony. The techniques used to achieve these ends can be quite sophisticated and aggressive.²³ While counsel in Latin America²⁴ may likewise put questions to the other party's witnesses, the techniques they use in doing so are not very different from those employed to question their own witnesses, and their approach is usually less sophisticated and aggressive.

11. The IBA Rules allow any person to 'present evidence as a witness, including a party or a party's officer, employee or other representative' (Art. 4.2). As to the questioning of witnesses, once again the IBA Rules attempt to offer a compromise between different

²⁰ Brazilian Code of Civil Procedure, Art. 405, § 4.

²¹ Mexican Code of Commerce, Art. 1303.

²² See 2012 International Arbitration Survey: Current and Preferred Practices in the Arbitral Process, p. 25, available at <http://www.whitecase.com/files/Uploads/Documents/Arbitration/Queen-Mary-University-London-International-Arbitration-Survey-2012.pdf>.

²³ See J. Madden, 'How to present witness evidence in an arbitration – American style' (1993) ASA Bulletin 438 at 442-43; B. Cremades & D. Cairns, 'Cross-examination in international arbitration: is it worthwhile?' in L.W. Newman & B.H. Sheppard Jr., eds., *Take the Witness: Cross-Examination in International Arbitration* (Juris, 2010) 223 at 226-32.

²⁴ See e.g. Venezuelan Code of Civil Procedure, Art. 485.



legal traditions. Counsel are free to take an active role in questioning the witnesses called by the other party, generally on the basis of their previously filed witness statements,²⁵ but the arbitral tribunal has broad powers to control this activity so as to prevent abuses (Arts. 8.2, 8.3(b), 9.1 and 9.2).

C. Experts

12. In common law countries, experts are treated as part of the adversarial scheme. Each party may bring its own expert to provide oral evidence on technical matters considered relevant to proving its case, and the party's counsel may cross-examine the other party's expert witness with a view to demonstrating to the tribunal that the expert is not independent or qualified for the matter at hand. In both the United States and England, the law allows a court to appoint its own expert, but this is rarely done in practice.²⁶

13. In countries belonging to the civil law system, party-appointed experts are generally suspected of being unable to act with the necessary independence and impartiality. The courts generally appoint experts, either upon the request of a party or on their own motion. This is the approach adopted in Latin American countries, although with variations between different countries. In Argentina and Brazil, for instance, the court-appointed expert will present his or her opinion in a written report, and the parties will usually have the right to appoint ancillary experts, who will follow, provide support for or object to the court-appointed

expert's report and the judge may take the party-appointed expert's comments into consideration when deciding the case. In Colombia, the judge will generally appoint two independent experts upon the request of either party, and only if their reports are contradictory will the judge then appoint a third expert to act as referee.²⁷

En los procesos de mayor cuantía la peritación se hará por dos peritos; en caso de desacuerdo se designará un tercero . . .

Although the parties are free to submit reports from experts they have appointed, the findings and opinions recorded in such reports will be considered as mere arguments presented by the party submitting the report. In Mexico, the court will appoint its expert only if the opinions of the parties' experts diverge. In that case, the court-appointed expert will act as a sort of referee and render an 'independent' opinion for the court to consider.²⁸

Cuando los dictámenes rendidos resulten sustancialmente contradictorios de tal modo que el juez considere que no es posible encontrar conclusiones que le aporten elementos de convicción, podrá designar un perito tercero en discordia.

The parties can usually put written questions to the expert, to be answered in the expert's report, or orally at the hearing. However, as with witnesses, the questioning of experts is not as extensive as in common law countries.²⁹

²⁵ Art. 367 of the Chilean Code of Civil Procedure expressly prohibits the use of witnesses' statements in litigation.

²⁶ See US Federal Rules of Evidence, Rules 702 and 706; English Civil Procedure Rules, Rules 35.4 and 35.7.1. See also the Notes of Advisory Committee on Rules at <http://federalevidence.com/node/1335#Rule706>.

²⁷ Colombian Code of Civil Procedure, Art. 234.

²⁸ Mexican Code of Commerce, Art. 1255.

²⁹ See Brazilian Code of Civil Procedure, Arts. 145 and 421-439; Argentinian Code of Civil and Commercial Procedure, Art. 458; Mexican Code of Commerce, Arts. 1255 and 1258; Mexican Code of Civil Procedure, Art. 152.



14. The IBA Rules contain provisions on both party-appointed and tribunal-appointed experts (Arts. 5 and 6). They invite the arbitrators, in consultation with the parties, to decide which way of producing expert evidence is more suitable in the case at hand. It is also possible to combine both methods. In any event, whether appointed by the parties or the tribunal, the expert must provide his or her opinion in a written report (Arts. 5.1 and 6.4), and must be available for questioning at the hearing, if requested by a party or the arbitral tribunal (Arts. 6.6 and 8.1).

III. Use of the IBA Rules in a sample of ICC Latin American cases

15. Given the divergent practices in relation to the production of evidence with which Latin American parties and practitioners are confronted in international proceedings, the question arises as to whether they consider the IBA Rules offer an acceptable solution in such situations.

16. To answer that question, while working at the Secretariat of the International Court of Arbitration, authors Rafael Alves and Victor Ruiz studied a sample of 35 ICC cases in 2010 and 2011 involving at least one Latin American party in which reference was made to the IBA Rules. Although limited in number, the selection of cases provides a sample that was considered sufficiently large and representative to draw some initial conclusions, which are presented below.

Characteristics of the cases

17. The 35 cases constituting our sample involved parties of 29 different nationalities (Argentina, Aruba, Bermuda, Brazil, British Virgin Islands, Chile, Colombia, Cuba, Denmark, Dominican Republic, Ecuador, El Salvador, France, Germany, Italy, Mexico, Netherlands,

Netherlands Antilles, Norway, Panama, Peru, Santa Lucia, Spain, Suriname, Switzerland, Trinidad and Tobago, UK, USA, Venezuela). The range of nationalities involved shows that use of the IBA Rules is not dependent on the parties' nationalities or on any particular combination of nationalities. This conclusion is confirmed by the wide range of nationalities among arbitrators, too (Argentina, Brazil, Canada, Chile, Colombian, Egypt, France, Germany, Mexico, Netherlands, Peru, Portugal, South Africa, Spain, Switzerland, UK, Uruguay, USA).

18. All 35 cases were of a transnational nature. In all but three of the cases the parties came from different countries, and in the three cases in which the parties were from the same country the arbitrators were of different nationalities. It is in cases combining different nationalities, where the risk of a clash of cultures is strongest, that the IBA Rules can be particularly valuable.

19. The language in which the proceedings were conducted was English in 20 cases and Spanish in 13 cases. One case was conducted in both English and Spanish and another case in Portuguese. The predominance of English is not surprising given the transnational nature of the cases, but the choice of language would not appear to have any particular impact on use of the IBA Rules. It would appear that the native languages of the parties and the arbitrators might have a greater influence. This is suggested by a case that was conducted in Portuguese—a language in which a translation of the IBA Rules has not been published. In this case, the use of the IBA Rules was proposed by the German respondent.

20. Nor would use of the IBA Rules seem to be related to or dependent on the place of arbitration or the applicable law. The 35 cases in our sample were seated in 15 cities in Latin America, North America and Europe, and the range of laws applied was equally broad,



covering 13 different nations (Argentina, Brazil, Chile, Colombia, Dominican Republic, El Salvador, England, Mexico, Spain, Trinidad and Tobago, Uruguay, USA (New York), Venezuela) and both the common law and civil law traditions.

21. An interesting observation made in relation to arbitrators is that experience seems to count more than nationality when it comes to applying the IBA Rules: most of the arbitrators acting in the proceedings in which the IBA Rules were applied were experienced arbitrators. Most of them had acted in more than ten ICC cases and many in more than fifteen. In only six of the 35 cases studied had all the arbitrators previously acted in less than ten ICC cases.

How were the IBA Rules referred to?

22. The table below addresses this question by showing whether the use of the IBA Rules was suggested by the parties or the arbitral tribunal and whether their use was mentioned in the Terms of Reference or decided by the arbitrators in procedural orders. One is not exclusive of the other: as the table below shows, there were cases in which the IBA Rules were mentioned in the Terms of Reference and then in procedural orders issued pursuant to the agreement recorded in the Terms of Reference. In case 1, for instance, the respondent suggested the use of the IBA Rules, the claimant accepted the respondent's suggestion, and their agreement was confirmed in the Terms of Reference. The arbitral tribunal then ordered the production of documents requested by the respondent on the basis of Article 3 of the 1999 IBA Rules.

Case	Use of IBA Rules suggested by whom?	IBA Rules mentioned in Terms of Reference?	IBA Rules applied in procedural orders?
1	Respondent Claimant agreed	Yes	Yes
2	Arbitral tribunal	No	Yes
3	Arbitral tribunal	No	Yes
4	Arbitral tribunal	No	Yes
5	Arbitral tribunal	No	Yes
6	Arbitral tribunal	No	Yes
7	Parties	Yes	No
8	Arbitral tribunal	No	Yes
9	Arbitral tribunal	No	Yes
10	Arbitral tribunal Parties agreed	Yes	Yes
11	Arbitral tribunal Parties agreed	Yes	No
12	Arbitral tribunal Parties agreed	Yes	No
13	Arbitral tribunal	No	Yes
14	Arbitral tribunal	No	No
15	Arbitral tribunal	No	Yes
16	Arbitral tribunal Parties agreed	Yes	Yes
17	Parties	Yes	Yes
18	Arbitral tribunal	No	No
19	Parties	Yes	No
20	Parties	Yes	No
21	Arbitral tribunal Parties agreed	Yes	Yes
22	Arbitral tribunal	No	Yes



23	Arbitral tribunal	No	Yes
24	Arbitral tribunal	No	Yes
25	Arbitral tribunal	No	Yes
26	Arbitral tribunal Parties agreed	Yes	Yes
27	Arbitral tribunal	No	Yes
28	Arbitral tribunal Parties agreed	Yes	Yes
29	Arbitral tribunal	No	Yes
30	Arbitral tribunal	No	Yes
31	Arbitral tribunal	No	Yes
32	Arbitral tribunal Parties agreed	Yes	Yes
33	Arbitral tribunal	No	Yes
34	Arbitral tribunal	No	Yes
35	Arbitral tribunal Parties agreed	Yes	Yes

23. As can be seen from the table above, in 21 cases the IBA Rules were referred to in procedural orders without the parties' express agreement to their use. Hence, arbitrators have not been hesitant in applying or referring to the IBA Rules even in the absence of the parties' express agreement.

24. Our research showed that in two cases the IBA Rules were not referred to until the final award (as opposed to being referred to in course of the proceedings to organize the production of evidence, which is the more common scenario). In these two cases the reference in the final award was to support the drawing of adverse inferences, in one case from a witness's failure to appear at the hearing and in the other case from the claimant's failure to produce documents.³⁰

³⁰ On the drawing of adverse inferences, see S. Greenberg & F. Lautenschlager, 'Adverse Inferences in International Arbitral Practice' (2011) 22:2 ICC IC Arb. Bull. 43 and the extracts from ICC awards published in the same issue.

Which provisions of the IBA Rules were referred to?

25. The table below lists the provisions of the IBA Rules that were applied or referred to in the cases in our sample and the number of cases in which reference was made to each of the provisions listed. Sometimes, the reference was to an Article as a whole and sometimes to a subparagraph of the Article. Of the 35 cases studied, 24 referred to the 1999 version and 11 to the 2010 version of the IBA Rules.

1999 IBA Rules

Provision	No. of cases
Article 2: Scope of application	
2.1: Rules to govern the taking of evidence, subject to mandatory provisions of applicable law.	12
2.2: In case of conflict between IBA Rules and General Rules, IBA Rules as required to accomplish the purposes of both the General Rules and the IBA Rules.	13
2.3: In the event of dispute over meaning of IBA Rules, they shall be interpreted according to their purpose and as appropriate for the particular arbitration.	2
2.4: If IBA Rules silent on any matter concerning the taking of evidence and the parties have not agreed otherwise, the taking of evidence to be conducted as appropriate and in accordance with the general principles of the IBA Rules.	1
Article 3: Documents	2
3.1: Obligation to submit documents upon which the parties rely, when ordered, except those already submitted by another party.	18



3.2: Submission of a document production request.	19
3(3): Contents of document production request.	20
3.4: Production of all requested documents that a party has in its possession, custody or control to which no objection has been made.	19
3.5: Objections to document production requests.	19
3.6: Arbitral tribunal's examination of document production request and objections and issue of an order to produce.	19
Article 4: Witnesses of fact	8
4.1: Identification of witnesses and subject matter of their testimony.	12
4.2: Any person may present evidence as a witness, including a party or a party's officer, employee or other representative.	12
4.3: Interview of witnesses by parties, their officers, employees, legal advisors or other representatives.	12
4.4: Submission of written statements from witnesses on whose testimony the parties rely.	12
4.5: Contents of witness statements.	11
4.6: Revised and additional witness statements.	10
Article 5: Party-appointed experts	2
5.1: Reliance on party-appointed experts for evidence on specific issues, submission of expert report.	8
5.2: Contents of expert report.	8
5.3: Meeting of party-appointed experts to confer on related issues and reach agreement where they have differences of opinion.	4
5.4: Appearance of party-appointed experts at evidentiary hearings.	8
Article 9: Admissibility and assessment of evidence	2

9.1: Determination of admissibility, relevance, materiality and weight of evidence by arbitral tribunal.	4
9.2: Exclusion of documents, statements, oral testimony or inspection from evidence or production.	1
9.3: Consideration of evidence subject to suitable confidentiality protection.	2
9.4: Drawing of adverse inferences in the event of a party's failure to produce documents.	3
9.5: Drawing of adverse inferences in the event of a party's failure to make available other relevant evidence.	3

2010 IBA Rules

Provisions	No. of cases
Article 2: Consultation on evidentiary issues	
2.1: Consultation of parties to agree on efficient, economical and fair process for taking evidence.	2
2.2: Scope of the consultation on evidentiary issues.	2
Article 3: Documents	
3.1: Obligation to submit documents upon which the parties rely, when ordered, except those already submitted by another party.	5
3.2: Submission of a document production request.	5
3.3: Contents of document production request.	5
3.4: Production of all requested documents that a party has in its possession, custody or control to which no objection has been made.	5
3.5: Objections to document production requests.	5
3.6: Consultation between parties to resolve objections.	5



3.7: Arbitral tribunal's examination of document production request and objections and issue of an order to produce.	3
Article 4: Witnesses of fact	1
4.1: Identification of witnesses and subject matter of their testimony.	3
4.2: Any person may present evidence as a witness, including a party or a party's officer, employee or other representative.	3
4.3: Interview of witnesses by parties, their officers, employees, legal advisors or other representatives.	2
4.4: Submission of written statements from witnesses on whose testimony the parties rely.	3
4.5: Contents of witness statements.	3
4.6: Revised and additional witness statements.	3
Article 5: Party-appointed experts	
5.1: Reliance on party-appointed experts for evidence on specific issues, submission of expert report.	3
5.2: Contents of expert report.	3
5.3: Revised and additional expert reports.	1
Article 9: Admissibility and assessment of evidence	
9.1: Determination of admissibility, relevance, materiality and weight of evidence by arbitral tribunal.	2
9.2: Exclusion of documents, statements, oral testimony or inspection from evidence or production.	2
9.3: Issues to be taken into account when considering issues of legal impediment and privilege, including protection of confidentiality.	2

26. The number and variety of provisions listed in the table above show that several parts of the IBA Rules have been used, with a particular preference for those

relating to their scope of application, document production, witnesses of fact and party-appointed experts (respectively Arts. 2, 3, 4, and 5). Interestingly, we see no reference to the provisions regarding tribunal-appointed experts, inspections, and the organization of the evidentiary hearing (Arts. 6, 7, and 8).

27. While in most cases the reference to the IBA Rules was for the purpose of directly applying the provision or provisions specified, in a small number of cases the IBA Rules were referred to simply as a source of guidance for the arbitral tribunal.

Conclusion

28. Our study shows that the IBA Rules have been applied widely in international arbitrations involving Latin American parties, regardless of the nationalities of the parties and the arbitrators, the seat of the arbitration, the language of the arbitration and the law applicable to the merits. Furthermore, their use has extended to several of their provisions. Practitioners in Latin America would appear to be conversant with the IBA Rules and here, as elsewhere, the Rules are well on their way to becoming the common ground for the production of evidence in international arbitration, especially—but not only—where there is a risk of a cultural clash.



Dr. Claus von Wobeser

Vicepresidente Corte Internacional de Arbitraje de ICC
Vicepresidente de Consejo Directivo de ICC México y Presidente Comisión Arbitraje ICC México

Decision on Anti-Enforcement Injunctions and Access to Justice

I. Preliminary Considerations

Pursuant to the legal provisions on commercial arbitration regulated in the Commerce Codeⁱ and the Arbitration Rules of the ICC,ⁱⁱ arbitral awards are binding to the parties, and must be complied without delay. If they are not voluntarily complied, they must be enforced. Once an award is issued, it is considered as definitive and binding under the applicable law or the arbitration rules, and must be enforced by the competent court of the place where the enforcement is requested. According to article 1461 of the Commerce Code and the international treaties signed by Mexico, such as the New York Conventionⁱⁱⁱ and the Panama Convention^{iv}, a party requesting enforcement, has the fundamental right of access to justice, and with it the right to request national or foreign tribunals the recognition and enforcement of an arbitral award, complying the requirements provided for in international treaties, and not any other additional requirements.^v

There is no court in any country, which has extraterritorial authority or jurisdiction to order another court in a different country to suspend a proceeding initiated for the enforcement of an award. It is the court of enforcement, which holds the discretion to adjourn the decision on the enforcement of the award, if there is an application for the setting aside or suspension made to a competent authority at the place of arbitration. Upon application of the party claiming enforcement such court may order the other party to give suitable security.

This mechanism is recognized both by the New York Convention and the Mexican Commerce Code, and effectively allows a party requesting the annulment of an arbitral award, to oppose the enforcement of

such award, whilst the determination on annulment is pending, giving suitable security in the enforcement proceeding.

Therefore it goes against the established provisions of international arbitration and is nonsensical, for a party requesting annulment, to also require the court at the seat of arbitration, to grant an anti-enforcement injunction ordering a party from refraining to enforce a binding arbitral award before national or foreign courts.

II. Facts

Party A commenced arbitration against Parties B and C, state entities, for breach of contract. The Tribunal issued an award on liability and thereafter an award on quantification of damages (the "Final Award"), condemning B and C. These Parties filed for the annulment of the Final Award before local courts ("Nullity Claim") and requested the issuance of a provisional measure, ordering Party A to abstain from commencing a procedure for the recognition and enforcement of the Final Award, before local and foreign courts.

On December 11, 2012, the district court ordered the admission of the Nullity Claim and issued a provisional measure directed at Party A (the "Anti-Enforcement Injunction"), based on article 1478 of the Mexican Commerce Code. The district court ordered Party A to "abstain from initiating or continuing any action aimed at obtaining the recognition and enforcement of the award on quantification" in Mexico or elsewhere with the purpose to "preserve the existing situation and the subject" of the annulment proceeding. Also, the district court, ruled that there was no need for Parties B and C "to provide security for the damages or losses which could be caused by the granting of the provisional measure" given that these Parties are entities of the public administration and therefore exempt from providing such guarantee.



Party A, initiated a constitutional proceeding against the decision issued by the district court. The constitutional tribunal ruled in favor of the protection of Party A against the Anti-Enforcement Injunction (the "Amparo Decision"). The Amparo Decision provided that the issuance of the provisional measure violated the right of "access to justice", by preventing Party A to initiate or continue with a procedure for the recognition and enforcement of the arbitral award. The tribunal declared that the Anti-Enforcement Injunction was illegal because it did not observe the general principles for the issuance of provisional measures and because it contravenes human rights and the principles of legality and legal certainty provided for in articles 14, 16 and 17 of the Mexican Constitution. Also, the Amparo Decision considered that the filing of the claim for recognition and enforcement does not impact the subject matter of the annulment proceeding, given that both actions have autonomy.

Notwithstanding the previous reasoning, the constitutional tribunal ordered the district court, to annul the Injunction Decision and to "issue another with the purpose of preserving the subject matter of the annulment proceeding but which does not restrict [Party A's] fundamental right of "access to justice". Given that the provisional measure was unconstitutional, in the terms requested by B and C, the amparo should have been complete and not partial. There is no legal justification to order the district court to grant another decision to preserve the subject matter of the annulment proceeding, when it has already been settled that the terms in which it has been requested are incompatible with Party A's fundamental rights of access to justice.

In consideration of the previous, Party A, partially challenged the Amparo Decision, currently the following issues are currently pending resolution before the review tribunal.

III. Legal issues which arise from this case

A. A provisional measure, granted during an annulment proceeding, is illegal and not contemplated by the provisions of the Commerce Code

There are no legal provisions in the Commerce Code which allow a court to grant a provisional measure during the annulment proceeding of an arbitral award. This position may not be interpreted or inferred from the content of the provisions of the Commerce Code, either.

In the present case, the provisional measure was granted according to article 1478 of the Commerce Code, which provides "The judge shall have full discretion in the adoption of the provisional measures referred to in article 1425". Thus, Article 1425 provides that "Even where there is an agreement to arbitrate parties may prior to the arbitral proceedings or during its conduction, request a judge the adoption of provisional measures." (Emphasis added). From the wording of these provisions, it is evident that provisional measures may be granted in support to arbitration: i) before the initiation of the arbitral proceeding, to maintain the status quo of the arbitration and ensure that the arbitration is possible and to preserve the subject-matter of the dispute; or ii) during the conduction of the arbitration in support to the arbitral tribunal. These articles do not contemplate the possibility to grant provisional measures, once the arbitral proceeding has concluded. According to article 1449 of the Commerce Code, arbitral proceedings conclude with the issuance of the final award.

In the case analyzed, the arbitration had already been conducted and the final award issued. Therefore, the district court had no power to grant a provisional measure during the annulment proceeding, to bar Party A from exercising its legal right to request the enforcement of the Final Award.



The district court created a new legal situation, which is not contained in the Mexican legal regime. Therefore, the review tribunal should confirm that there is no legal support to grant another provisional measure in order to "preserve the subject matter of the annulment proceeding", as this situation is not regulated in the Commerce Code.

B. The position that national courts in an annulment proceeding have priority is contrary to Mexican law on commercial arbitration

Parties B and C, have filed for the review of the Amparo Decision, upon contention that national tribunals must be allowed to analyze the validity of the arbitral award prior to its execution. They follow these reasoning: 1) that the existence of a procedure for recognition and enforcement of an arbitral award, will necessarily lead to its enforcement; 2) that the procedure of recognition and enforcement deprives local tribunals of their jurisdiction to solve with regards to the annulment of the arbitral award. These Parties argue that it is not possible to accumulate foreign proceedings and that without the provisional measure the Mexican judiciary will be prevented from analyzing the validity of the Final Award, prior to the foreign judges. Also, they have argued that national judges would not have the priority to solve the annulment of the award, if leave for enforcement is allowed.

This position is contrary to the Mexican law on commercial arbitration. The review tribunal should recognize the following:

-Article 1461 of the Commerce Code and Articles 4, 5, and 6 of the New York Convention, allow a party to request the recognition and enforcement of the arbitral award in other jurisdictions. According to the New York Convention a court

requested the enforcement of an award, which has been annulled in another jurisdiction, has the power of recognizing that annulment.

-Foreign courts shall not analyze the validity of the arbitral award. This analysis may only be conducted by competent courts at the place of arbitration. Therefore, foreign judges may only recognize and execute the award or refrain from doing so, if they find that a cause for doing so is found, according to the provisions of the Commerce Code, New York or Panama Conventions.

-Accepting that the national courts must analyze the validity of the awards issued in their territory, before they may be enforced in such country or abroad, is contrary to human rights, the Commerce Code, and the New York and Panama Conventions which oblige courts of a State to recognize and enforce arbitral awards issued by another State party.

- Allowing the district court to prevent Party A from enforcing the award, which is binding and has the nature of a final judicial decision, is contrary to the Commerce Code and articles III and V of the New York Convention and 4 and 5 of the Panama Convention.

-Party B and C, are not without defense, given that they may argue article VI of the New York Convention and article 6 of the Panama Convention, before a foreign judge, requesting that the decision on enforcement be stayed until the decision on the annulment action is issued.



C. Security to stay enforcement pending annulment of an award

Article VI of the New York Convention and article 1463 of the Commerce Code, provide that the court of enforcement of the arbitral award, may ask that the party requesting the stay of this procedure to provide security, pending a determination on the annulment proceeding.

Notwithstanding the previous, in the case being analyzed the district court, ordered the Anti-Enforcement Injunction and determined that it was not necessary for Parties B and C, to provide security. In this situation, the government entity received a more favorable treatment, than the one provided for in the applicable regulations.

Thus, the Anti-Enforcement Injunction created an unequal ground, whereby a party requesting the annulment of an arbitral award, has all the rights and none of the burdens, in prejudice to the party that has obtained a binding arbitral award, and is prevented from enforcing this decision, with no security either.

Comments

The reasoning by the constitutional tribunal, to annul the Anti-Enforcement Injunction was a first (but partial) step for the positive reinforcement that the Mexican State, favors the recognition and enforcement of arbitral awards, both in its territory and abroad. The legal reasoning followed by the constitutional tribunal, correctly interpreted the autonomous nature of both the annulment procedure and the recognition and enforcement procedure by concluding that depriving a party of its right to legal action, is contrary to human rights and to the general principle of law of "access to justice".

Notwithstanding the previous, the constitutional tribunal, did not fully analyze the legal matters which arise from this case and incongruently ordered the district court to issue another decision to protect the subject matter of the annulment proceeding.

The review tribunal should correct the partial analysis conducted by the constitutional tribunal, in a consistent manner to the objectives of the provisions of arbitration of the Commerce Code (which incorporate the UNCITRAL Model Law provisions), the New York and Panama Conventions. The review tribunal must give full effects to these legal instruments and acknowledge that a court maintains the discretion to enforce an arbitral award even when annulment proceedings are occurring in the country where the award was rendered.^{vi}

The solution to be adopted by the review tribunal will be key to ensure that Mexican courts are motivated by an interest in facilitating the recognition and enforcement of foreign arbitral awards, not preventing it. The stance which is ultimately followed by the review tribunal may strengthen the efficacy of international awards in a view to the objectives of the New York Convention and the needs of foreseeability and fairness in the scope of judicial review.



Notes

ⁱ Article 1461 Commerce Code "Arbitral awards, irrespective of the country in which they are rendered, shall be recognized as binding and, after the filing of a petition in writing to court, they shall be enforced according to the provisions of this chapter."

ⁱⁱ Article 28, ICC Rules of Arbitration: "Article 28: Conservatory and Interim Measures

1) Unless the parties have otherwise agreed, as soon as the file has been transmitted to it, the arbitral tribunal may, at the request of a party, order any interim or conservatory measure it deems appropriate. The arbitral tribunal may make the granting of any such measure subject to appropriate security being furnished by the requesting party. Any such measure shall take the form of an order, giving reasons, or of an award, as the arbitral tribunal considers appropriate.

2) Before the file is transmitted to the arbitral tribunal, and in appropriate circumstances even thereafter, the parties may apply to any competent judicial authority for interim or conservatory measures. The application of a party to a judicial authority for such measures or for the implementation of any such measures ordered by an arbitral tribunal shall not be deemed to be an infringement or a waiver of the arbitration agreement and shall not affect the relevant powers reserved to the arbitral tribunal. Any such application and any measures taken by the judicial authority must be notified without delay to the Secretariat. The Secretariat shall inform the arbitral tribunal thereof."

ⁱⁱⁱ Convention on the Recognition and Enforcement of Arbitral Awards of 1958 ("New York Convention").

^{iv} Inter-American Convention on International Commercial Arbitration of 1975.

^v File with the request: (a) the original of the award or a certified copy, b) the original or certified copy of the arbitral agreement and c) an official translation of the award if it is rendered in a language other than the official language of the country in which its execution is being requested.

^{vi} Christopher Koch, The Enforcement of Awards Annulled in their Place of Origin, Journal of International Arbitration, (Kluwer Law International 2009 Volume 26 Issue 2) pp. 267 – 292.

