

PAUTA

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



Medios Alternativos de Solución de Controversias

No. 75 AGOSTO 2015

No. 75 Agosto 2015

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

Lic. Alberto Espinosa Desigaud

Tesorero ICC México

Lic. José Manuel Suárez Carrillo

Directora General ICC México

Lic. Yesica González Pérez

Directora de Comisiones y Grupos de Trabajo

Lic. Laura Altamirano López

(Editor responsable de Pauta)

Gerente de Comisiones y Grupos de Trabajo

Lic. María Fernanda David González

Coordinación de Medios y Comunicación

Lic. Alexandra Ellis Icaza

Creación en formato Electrónico

Lic. Rafael Rios Kunkel

Pauta Boletín Informativo del Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio.- Es una publicación de análisis educativo, social, comercial, financiero, económico e internacional. Las ideas expuestas por nuestros colaboradores no corresponden necesariamente al pensamiento de **ICC México**.

Copyright 2001 Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio. Reservados todos los derechos. Ninguna parte de este documento puede ser reproducida o traducida en ninguna forma o por cualquier medio -gráfico, electrónico o mecánico, incluidas las fotocopias, grabaciones en disco o cinta, u otro sistema de reproducción sin el permiso escrito de **ICC México**.

Título de la publicación: «**ICC México PAUTA** Boletín Informativo del Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio A.C.»

Editor Responsable: Lic. Rosa Laura Altamirano López

Número de certificado de reserva otorgado por el Instituto Nacional del Derecho de Autor 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

5 EL CONTRATO ADMINISTRATIVO, INARBITRABILIDAD Y EL RECONOCIMIENTO DE LAUDOS ANULADOS EN EL PAÍS DE ORIGEN – EL CASO COMMISA >

Herfried Wöss, Dante Figueroa & Jeniffer Cabrera

30 CLÁUSULAS ESCALONADAS: ¿QUÉ TAN OBLIGATORIO ES EL PACTO DE MEDIACIÓN PREVIA? >

René Irra de la Cruz y Leticia Ibarra Chávez

45 DOS DISTINTOS SISTEMAS, UN MISMO PROBLEMA: PROPUESTAS SOBRE DISTRIBUCIÓN DE COSTAS EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL >

Juan Pablo Hugues Arthur

73 EL ARBITRAJE Y LA REFORMA ENERGÉTICA >

Herfried Wöss

78 LA MEDIACIÓN EN LA PRAXIS MEXICANA: PRIMUM NON NOCERE >

Francisco Gonzalez de Cossío

82 LA PRUEBA DEL VÍNCULO ENTRE CAUSA Y EFECTO EN CONTROVERSIAS DE CONSTRUCCIÓN >

Ernst Hechenberger

94 ¿QUÉ TAN URGENTE DEBE SER UNA EMERGENCIA?- LOS ESTÁNDARES NECESARIOS PARA EMITIR MEDIDAS DE URGENCIA POR UN ÁRBITRO DE EMERGENCIA >

Edgardo Muñoz

121 REFLEXIONES SOBRE LA REBELDÍA EN ARBITRAJE >

Francisco González de Cossío

125 SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN CONTRATOS DE CONSTRUCCIÓN >

Orlando Cabrera

Carta del Presidente.

Este año, nuestro país vuelve a ser sede de la reunión del Grupo Latinoamericano de Arbitraje de la International Chamber of Commerce; han pasado ya 10 años, desde que nuestra Organización tuvo el honor de ser el anfitrión de esta reunión y sin duda, nos reencontramos hoy, en un mundo muy distinto al que conocíamos en aquel entonces.

A lo largo de esta década, hemos enfrentado crisis económicas, financieras, medioambientales y humanitarias; el desarrollo tecnológico y la disponibilidad casi inmediata de información, están produciendo cambios significativos en la estructura económica y en el conjunto de las relaciones sociales; somos testigos de nuevos conflictos geopolíticos, así como del surgimiento de nuevos actores globales.

La velocidad con la que se está transformando todo a nuestro alrededor sorprende. La crisis ha obligado a las empresas a impulsar nuevos modelos de negocio, nuevas fórmulas de financiación, maneras de incrementar la productividad, innovación o competitividad.

El complejo contexto en el que se desarrollan las empresas, requiere de herramientas que les apoyen a comprender, enfrentar y a adaptarse a las nuevas circunstancias, a menudo difíciles. Requiere también de Instituciones que promuevan la solución efectiva de las controversias, cuando éstas surjan y sin lugar a dudas, es la Corte Internacional de Arbitraje de la International Chamber of Commerce, con más de 90 años de experiencia, la institución más importante a nivel global en el ámbito de solución de disputas, siempre a la vanguardia, siempre en evolución y siempre atenta al contexto global y a la forma en la que las empresas llevan a cabo sus negocios.

Prueba de lo anterior son los nuevos productos y herramientas que la ICC a través de su Comisión de Arbitraje y con el apoyo de la propia Corte han desarrollado en la última década, teniendo en cuenta el avance tecnológico, la diversidad y complejidad de la actual forma de hacer negocios, la evolución en las jurisprudencias y atendiendo a las necesidades del empresario.

En esta ocasión ICC México presenta a PAUTA 75, una herramienta de nuestra Organización que ofrece artículos de gran relevancia e interés realizados por nuestros asociados y expertos en la materia; abarcando desde solución de controversias en el sector energético, hasta propuestas de cómo deberían distribuirse las costas en el arbitraje internacional.

En ICC México reconocemos las bondades de los medios alternativos de solución de controversias, pues generan la certidumbre legal necesaria para incentivar la inversión y negocios en las naciones.

Saludos Cordiales,



María Fernanda Garza Merodio
Presidente

Herfried Wöss¹, Dante Figueroa² & Jennifer Cabrera³

(Caso ICC 13613/CCO/JRF)

Abstract: *This article analyzes the recognition and execution of foreign awards annulled in their country of origin, under the New York Convention of 1958 and the Panama Convention of 1975. It focuses on the COMMISA v. PEMEX case, the origins and causes of the annulment of the award and whether the particular circumstances of annulment play a role or should play a role in the enforcement procedures before the New York courts.*

Este artículo analiza el reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales extranjeros anulados en su país de origen, de acuerdo con la Convención de Nueva York de 1958 y la Convención de Panamá de 1975. El artículo se enfoca en el caso COMMISA v. PEMEX, los orígenes y causas de la anulación del laudo y si las circunstancias particulares juegan o deberían jugar un rol en el procedimiento de ejecución ante las cortes en Nueva York.

Introducción

En el presente artículo, los autores analizan tres temas relacionadas con el Caso ICC 13613/CCO/JRF Commisa v. Pemex: (i) las causas y razones que llevaron a la anulación del laudo arbitral en el Caso Commisa como también la problemática de la institución del '*contrat administratif*' francés en el derecho mexicano y en otros países latinoamericanos; (ii) el reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales anulados en el país de origen desde el punto del derecho arbitral internacional; y (iii) el reconocimiento y ejecución de laudos anulados en el país de origen desde la perspectiva del derecho estadounidense.

El 16 de diciembre de 2009, el Décimo Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil resolvió en su sentencia de amparo de fecha 25 de agosto de 2011 sobre la anulación del laudo arbitral en el caso ICC 13613/CCO/JRF COMMISA v. Pemex. El tribunal mexicano fundamentó su decisión en dos conceptos legales: orden público (*public policy*), y *res judicata* (cosa juzgada) como un elemento del orden público. Tal decisión puso de relieve que las perspectivas substancialmente sobre la institución arbitral tanto en el derecho civil como en el derecho común son sustancialmente diferentes. En cierto sentido, el debate

¹ Socio de Wöss & Partners, Arbitration & Trade, México, DF – Washington DC – Lima, árbitro internacional listado en el International Who's of Commercial Arbitration, fundador del Foro de Arbitraje en Materia de Inversión, visiting scholar del Georgetown University Law Center 2012-2013.

² Socio de Wöss & Partners, Arbitration & Trade, México DF - Washington DC - Lima, abogado con licencia en Chile, Washington DC, Nueva York, NY y ante la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, professor adjunto del Georgetown University Law Center y de la American University. Con agradecimiento a Maria Sklar, estudiante del Georgetown University Law Center, J.D. Candidata 2015, por su valiosa asistencia en la preparación de este Capítulo del artículo.

³ Socia de Cabrera Cammarota PLLC, Nueva York, NY, abogada litigante en material arbitral y ante tribunales de los Estados Unidos de América, profesora adjunta del Fordham Law School y Duke University Law School. Con gratitude a Walsy Sáez, estudiante de Fordham University School of Law, J.D. Candidata 2015, por su valiosa asistencia en la preparación de este Capítulo del artículo.

subyacente en el caso COMMISA reside en un plano más profundo que una simple apreciación de la legislación aplicable a un caso dado de arbitraje internacional. En este contexto, este artículo busca explicar los elementos fundamentales de tales aproximaciones contrastantes sobre dos instituciones legales clave en las tradiciones legales del derecho civil y del derecho común. Asimismo, el artículo busca identificar las opciones que permanecen disponibles para brindar una solución de largo plazo que confiera la estabilidad deseada al arbitraje comercial internacional en casos similares a *COMMISA v. Pemex*.

En consecuencia, el Capítulo I analiza el caso COMMISA, destacando los fundamentos legales utilizados por los tribunales mexicanos para anular el laudo basado en la institución del contrato administrativo, el carácter de la rescisión administrativa como *acta de iure gestionis* o de *iure imperii*, y el efecto de *res judicata* como vertiente del orden público del juicio y sentencia perseguido por COMMISA en juicio paralelo. El Capítulo II, a su vez, revisa el reconocimiento y ejecución de las decisiones judiciales domésticas que anulan laudos arbitrales en el contexto de las convenciones de Nueva York y Panamá. Finalmente, el Capítulo III estudia el tema inevitable de la ejecución interna de laudos arbitrales internacionales ante las cortes de Nueva York.

Capítulo I. El Caso COMMISA y el riesgo sistémico del contrato administrativo

1. Comentarios Generales

Este Capítulo disecciona el caso Commisa desde la perspectiva de la transformación de un acto *de jure gestionis* (comercial) a un acto *de jure imperii* (de gobierno o de autoridad), y sus efectos en la arbitrabilidad *ratione materiae* (con relación a la materia) en el contexto de un contrato administrativo en México, como asimismo todos los demás aspectos relativos a la *res judicata* (cosa juzgada) refleja como elemento de la noción de *ordre publique* (*public policy*), y otros conceptos relacionados.

El arbitraje en México comienza con las reformas al Código de Comercio en 1989⁴ y la incorporación de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de la CNUDMI en 1993. El arbitraje sobre disputas relacionadas a contratos con entidades paraestatales comenzó con la reforma al artículo 14 de la Ley Orgánica de Petróleos Mexicanos y Organismos Subsidiarios (PEMEX) y al artículo 45 de la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica para la Comisión Federal de Electricidad (CFE), ambas del 22 de diciembre de 1993. La Ley Orgánica de PEMEX en vigor hasta 2008 rezó: “*Tratándose de actos jurídicos de carácter internacional, Petróleos Mexicanos o sus Organismos Subsidiarios podrán (...) celebrar acuerdos arbitrales cuando así convenga al mejor cumplimiento de su objeto*”. Dicha disposición fue modificada con cambios mínimos por el artículo 6, párrafo 2, de la Ley Reglamentaria del Artículo 27 Constitucional en el Ramo del Petróleo y el artículo 73 de la Ley de Petróleos Mexicanos el 28 de noviembre de 2008. Ni la legislación de PEMEX ni la de la CFE contienen limitaciones en cuanto a la arbitrabilidad de la rescisión y terminación

4 Diario Oficial de la Federación, 4 de enero de 1989.

administrativas y la actuación contractual de PEMEX y la CFE, misma que siempre se consideraba como *de iure gestionis* aunque el riesgo de ser tratado como acto de autoridad era latente y conocido.⁵ El derecho a mecanismos alternativos de solución de controversias se estableció en el tercer (hoy cuarto) párrafo del artículo 17 de la Constitución Federal el 18 de junio de 2008, y, por ende, es un derecho constitucionalmente protegido.

El arbitraje en los demás contratos con entidades públicas federales fuera del ámbito de PEMEX y la CFE se permitió para fines prácticos finalmente con la reforma a la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas y a la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público del 28 de mayo de 2009. Las reformas permitieron el sometimiento al arbitraje a todos los contratos federales de obra, y contratos de adquisiciones a largo plazo. La limitación a contratos a largo plazo en materia de adquisiciones públicas se eliminó con la reforma del 16 de enero de 2012.⁶ Anteriormente, existía la posibilidad de arbitraje sujeto a diversos lineamientos a nivel federal administrativo, los que nunca fueron publicados. A partir de esa reforma, todos los contratos federales de obras y adquisiciones públicas pueden ser sometidos a arbitraje, sin embargo, con ciertas limitaciones como es la inarbitrabilidad de la rescisión y la terminación administrativa.

El 16 de enero de 2012 publicó también la Ley de Asociaciones Público Privadas (Ley APP). De acuerdo con el artículo 139, párrafo 1, de la Ley APP se permite el arbitraje para los contratos APP. Sin embargo, el artículo 139, párrafos 3 y 4, de la Ley APP extiende el tema de la inarbitrabilidad de la rescisión y terminación administrativa a cualquier acto de autoridad. El tema del acto de autoridad y su inarbitrabilidad en contratos con entidades públicas parece ser relacionado con el Caso COMMISA.

2. La problemática del '*contrat administratif*' del derecho francés en México y en Latinoamérica

El renombrado jurista argentino Héctor Mairal ha destacado que la institución del contrato administrativo que deriva del derecho francés y su uso para contratos de proyectos es muy problemática en Latinoamérica.⁷ De acuerdo con el derecho francés, el estado tiene facultades exorbitantes en la contratación pública en áreas tales como la modificación de contratos y la rescisión y terminación unilaterales sin previo juicio. Lo anterior se refleja en el derecho mexicano, donde las entidades paraestatales pueden rescindir o terminar un contrato a través de un procedimiento administrativo; el contratista, en tanto, requiere de un juicio previo

⁵ Herfried Wöss: 'Arbitration, Alternative Dispute Resolution and Public Procurement in Mexico, The 2009 reforms, analysis and their impact', Spain Arbitration Review, 7 (2010) 19-31; and TDM 4 (2009), Special Edition Latin America.

⁶ Herfried Wöss, 'Solución de Controversias al Amparo de la Nueva Ley Mexicana de Asociaciones Público-Privadas', 5 Lima Arbitration 2 (2012) p- 185-94.

⁷ Héctor A. Mairal 'Government Contracts under Argentine Law: A Comparative Law Overview' 26 Fordham International Law Journal 6 (2002) p. 1716-53; *Id.*, 'De la Peligrosidad o Inutilidad de una Teoría General del Contrato Administrativo' Ed. 179, p. 655-700.

para lograr tal terminación. El acto administrativo de rescisión o terminación se considera como acto de autoridad o *de iure imperii* y goza de la presunción de validez hasta que sea revocado en juicio administrativo o constitucional (amparo); este último, en esencia, es un juicio de casación o de anulación. De acuerdo con la doctrina francesa, el contrato administrativo no puede estar sujeto a arbitraje. Así, mientras que conforme al derecho francés cualquier modificación del equilibrio contractual o su rescisión o terminación requiere del pago de una indemnización, tal obligación de indemnización existe solamente en forma rudimentaria en México cuando se reclaman los llamados gastos no recuperables o la inversión perdida.

En México hasta el caso COMISSA la inarbitrabilidad de la rescisión administrativa era un riesgo latente, sin embargo, en la práctica arbitral prevalecía la consideración de la misma como acto *de iure gestionis* y, por ende, arbitrable. Como lo había señalado el jurista mexicano Diego Andrade Max: “*El acto jurídico contractual imputable a algún órgano del estado en calidad de parte de ese mismo acuerdo de voluntades, constituye indiscutible un acto iure gestionis*”.⁸

3. El Caso COMMISA: la Conversión de un Acto de *iure Gestionis* a un Acto de *iure Imperii* en Juicio Paralelo y su Consecuente Inarbitrabilidad

El Caso ICC 13613/CCO/JRF Commisa v. Pemex versa sobre múltiples reclamos incluyendo daños y perjuicios por parte del contratista en contra de Pemex derivado de un contrato de construcción de plataforma petrolera.⁹ Como consecuencia de un supuesto incumplimiento por parte del contratista, el 16 de diciembre de 2004 PEMEX rescinde administrativamente y unilateralmente el contrato por el abandono de la contratista de la obra y el no acatamiento de instrucciones, y aplica penas convencionales equivalente al diez por ciento del monto total de la obra ejecutada hasta el 23 de mayo de 2003 y otras sanciones por la inobservancia de la entrega de gas conforme a las fechas de los eventos críticos pactadas. Asimismo, Pemex ejecuta fianzas por el monto de las penas convencionales.¹⁰ El 1º de diciembre de 2004, COMMISA inicia el arbitraje ICC en contra de PEMEX. En paralelo, el 23 de diciembre de 2004, COMISSA presenta un amparo para lograr la anulación de estos actos y el otorgamiento de la suspensión inmediata de los mismos. El arbitraje y juicio de amparo se desarrollan en forma paralela. Mientras COMMISA logra la suspensión durante el procedimiento, pierde el amparo.

⁸ Véase Diego Andrade Max: *Las Personas Morales de Derecho Público como Partes en el Arbitraje Comercial Internacional*, Universidad Iberoamericana, 1992, p. 73; ibídem: *Mexican Governmental Agencies as Parties to International Commercial Arbitration - Historical, Theoretical and Practical Aspects*, Univ.-Diss., University of Vienna, May 1994, p. 153.

⁹ Herfried Wöss, Adriana San Román Rivera, Pablo T. Spiller, Santiago Dellepiane, *Damages in International Arbitration under Complex Long-term Contracts* (Oxford University Press, February 2014), paras. 3.185-200.

¹⁰ Amparo en Revisión 358/2010, Décimo Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, 25 de agosto de 2011, pp. 10, 12.

Como requisito de admisibilidad de un amparo se requiere un acto de autoridad o un acto *de iure imperii*. Es decir, al demandar por la vía de amparo el contratista tuvo que argumentar que la rescisión administrativa era un acto *de iure imperii* y no *de iure gestionis*. Sin embargo, la existencia de tal acto de autoridad fue negada por el Juzgado Décimo Cuarto de Distrito en Materia Administrativa que decidió sobreseer el amparo en primera instancia el 23 de agosto de 2005. Por lo tanto, el juez de primera instancia en amparo correctamente negó la admisibilidad del amparo por ser la rescisión administrativa un acto *de iure gestionis* y no de un acto *de iure imperii*.¹¹ Sin embargo, COMMISA, en vez de dejarlo así, persiguió el juicio constitucional en paralelo al arbitraje en contra de la rescisión administrativa y diversos actos de PEMEX e interpuso un recurso de revisión ante el Sexto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, el cual finalmente reconoció la existencia de un acto de autoridad¹² y dejó a salvo la jurisdicción de la Suprema Corte de Justicia de la Nación para ejercer su facultad de atracción por la importancia del asunto.¹³ A su vez, la Suprema Corte en su sentencia del 23 de junio de 2006 consideró constitucional la facultad unilateral del estado de ejercer sus facultades de rescindir unilateralmente un contrato administrativo, el cual consideró como un

“privilegio especial de la Administración Pública, que los colocan en una situación distinta y más favorable de la que rige para los particulares que con ella contratan, característica propia de los contratos administrativos, en donde impera la potestad exorbitante del derecho común, esto es, un régimen contractual excepcional de la Administración, que no disfrutaban los sujetos que celebran un contrato de derecho privado”.¹⁴

En esa misma sentencia, la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia señaló que:

*“al ejercer la autoridad administrativa la facultad o potestad de rescisión, no se restringe ni se priva al particular que contrató con la administración pública, del derecho constitucional de acceso a la administración de justicia impartida por los tribunales, pues el particular afectado, titular de este derecho, dispone de los instrumentos procesales, previstos en la ley, mediante los cuales puede impugnar eficazmente el acto jurídico administrativo de la rescisión contractual ...”*¹⁵

Por lo tanto, COMMISA logró convertir lo que la primera instancia todavía se consideraba como un acto *iure gestionis*, en acto *iure imperii* con lo que sembró la causa original de la anulación del laudo. Al considerarse la rescisión administrativa como acto *de iure imperii*, la ejecución de las garantías y la aplicación de las penas

11 Véase Amparo en revisión 1081/2006, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 23 de junio de 2006, p. 18.

12 *Id.* p. 24-5, 28.

13 Facultad de la Suprema Corte de atraer un caso que cumple con ciertas características.

14 *Id.* p. 58.

15 Citado en Amparo en Revisión 358/2010, Décimo Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, 25 de agosto de 2011, p. 14.

convencionales quedó revestida de la presunción legal de su legalidad. Al perder la contratante el amparo, tal presunción legal ya no se pudo revertir.¹⁶ Es justamente la presunción de validez de un acto de autoridad que se confirma al no lograrse la anulación la que puede tener un efecto desastroso sobre un laudo arbitral en juicio paralelo lo que se ha aclarado por la Suprema Corte de Justicia a causa del amparo interpuesto por COMMISA. La determinación efectuada por la Suprema Corte, hecha a solicitud de COMMISA, de que la rescisión administrativa es un acto de autoridad con todas sus consecuencias implica su inarbitrabilidad, aunque la Corte no lo establece así expresamente ya que el examen de la Corte se limita a la cuestión de la constitucionalidad de la facultad exorbitante y unilateral de la administración pública de rescindir el contrato sin previo juicio. Sin embargo, la Corte establece la jurisdicción exclusiva del Juez de Distrito en Materia Administrativa para resolver sobre la rescisión administrativa en juicio ordinario administrativo, es decir, en un juicio en méritos, como se explica en detalle más adelante. Lo anterior significa que se excluye el arbitraje para resolver cualquier tema relacionado con la rescisión administrativa tales y como las consecuencias contractuales de tal rescisión.

El *dictum* de la Corte en el caso COMMISA muy provocó la expresa excepción de la arbitrabilidad en las leyes federales de obras y adquisiciones públicas y su extensión a cualquier acto de autoridad en la Ley APP. El problema es que la inarbitrabilidad del tema de la validez del acto de autoridad también afecta el tema de la legalidad o ilegalidad contractual y todas sus consecuencias como es la procedencia de diversos reclamos y el derecho a daños y perjuicios por lo que el único camino para resolver en méritos una vez realizada la rescisión administrativa es justamente el juicio ordinario administrativo lo que deja sin efecto práctico la cláusula arbitral.

4. La Anulación del Laudo COMMISA por Violación al Orden Público y Cosa Juzgada Refleja como Consecuencia del Juicio Paralelo

Como se ha ya revisado, el laudo en el caso COMMISA fue anulado por el Décimo Primer Tribunal Colegiado del Primer Circuito en 2009 por violación del orden público y la cosa juzgada refleja de la sentencia de amparo que dejó ileso al acto de autoridad de PEMEX de la rescisión administrativa y la ejecución de las fianzas por las penas convencionales. Lo anterior fue consecuencia de la sentencia del 23 de febrero de 2007 de el Sexto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito en el cual sobreseyó el amparo indirecto a la Demandante en contra el acto de rescisión administrativa por ser competente de manera exclusiva un Juez de Distrito en Materia Administrativa en concordancia con o resuelto por la Segunda Sala de Suprema Corte arriba mencionado.¹⁷ El Tribunal Colegiado en el procedimiento de anulación señala:

¹⁶ Herfried Wöss 'Orden Público, Derecho Público, Cosa Juzgada e Inarbitrabilidad en Contratos Públicos en México - la anulación del laudo del Caso ICC 13613/CCO/JRF' (2012) 14 Spain Arbitration Review, pp. 111-131, Transnational Dispute Management, Vol. 9, Issue 3, April 2012.

¹⁷ Amparo en Revisión 358/2010, Décimo Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, 25 de agosto de 2011, p. 15.

“[Y]a que si bien es cierto hubo un convenio arbitral de someter al mismo todas las controversias que se suscitaran con motivo al contrato de obra pública y su convenio; también es cierto que la hoy recurrente como un ente público tenía la facultad rescindir administrativamente dicho contrato en forma unilateral e imperativa, facultad que no fue renunciada ni era renunciable. De tal manera que al dictar la rescisión administrativa, tal acto de autoridad impedía al tribunal arbitral pronunciarse a ese respecto aun cuando lo hiciera de manera indirecta o paralela.”¹⁸

“... se actualiza la eficacia refleja de la cosa juzgada únicamente en cuanto a que las consideraciones que quedaron transcritas de las ejecutorias pronunciadas por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, y por el Sexto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, se obtiene que la primera analizó la constitucionalidad de las normas antes citadas, siendo que de la ejecutoria relativa se desprende que se hizo referencia a que la rescisión administrativa emitida por la hoy recurrente, era un acto administrativo de autoridad, impugnante ante los Tribunales de la Federación, al ser una cuestión que pertenecía a la jurisdicción contenciosa administrativa del orden federal, en específico a los Jueces de Distrito, en términos de la jurisprudencia de rubro: “CONTRATO DE OBRA PUBLICA. LA COMPETENCIA PARA CONOCER DEL CONFLICTO SUSCITADO POR RESCISION, PROVENIENTE DE UN ACTO ADMINISTRATIVO DE AUTORIDAD, CORRESPONDE A UN JUZGADO DE DISTRITO EN MATERIA ADMINISTRATIVA.”

“Por ello, sobre el aspecto de inconstitucionalidad resuelto por el Alto Tribunal, tiene eficacia refleja de cosa juzgada, en el presente asunto, ya que existe identidad de partes, y aun cuando la causa ahí justipreciada, no fue de forma directa el fondo de la rescisión administrativa, sino los preceptos en que se fundó, contravenían o no la Constitución Federal, el criterio que se refleja para orientar la presente resolución, es que no cabe duda que la rescisión administrativa es un acto autoritario que únicamente es impugnante ante los Tribunales de la Federación y que al no haberse declarado la inconstitucionalidad de los preceptos impugnados, continúa firme esa rescisión hasta el momento en que se resuelve el presente recurso, pues no obra constancia en contrario.

“Asimismo, la determinación adoptada por el Sexto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, tiene eficacia refleja de cosa juzgada en relación a lo determinado en el laudo arbitral, en razón de que se pronunció sobre la rescisión administrativa, mediante el análisis de temporalidad de su emisión, por lo que de forma indirecta, al haberse negado el amparo, también dejó firme la rescisión administrativa y que sólo era modificable mediante el juicio ordinario administrativo federal seguido ante un Tribunal Federal, pues como se dijo con anterioridad, tal actuación en ejercicio de atribuciones legales de orden público, no puede ser modificada, anulada o revocada, por un tribunal

18 *Id.* pp. 410-1.

*establecido para resolver meros problemas que afectan intereses particulares.*¹⁹

*“Por tanto, al haber quedado firme la rescisión administrativa hasta el momento que se resuelve el presente recurso, y que se trata de un acto de autoridad únicamente anulable, modificable o revocable por el procedimiento ordinario mencionado, ello incidía en que la resolutora de amparo debió considerar que ni el tribunal arbitral ni el Juez de Distrito que conoció del incidente de nulidad de laudo arbitral, atendieron esa cuestión previo a resolver el fondo del asunto que se les planteó, ya que estuvo en aptitud de justipreciar que la competencia y jurisdicción que se le otorgó, sólo era para resolver cuestiones que involucraran intereses privados, ya que su constitución precisamente es de esta naturaleza, y que impedía juzgar un acto de autoridad por ser de naturaleza pública, por lo que al no ajustarse a lo que ha quedado expuesto, existió transgresión al orden público y en consecuencia, ese laudo es nulo, conforme al precepto 1457 del Código de Comercio.”*²⁰

“Así, al estar firme y válido hasta el momento que se resuelve el presente recurso, la rescisión administrativa y su sustento como fue el incumplimiento imputado a la contratista, esto impidió que esa circunstancia pudiese ser modificada, aun paralela o indirectamente como lo hizo el tribunal arbitral, lo que a su vez impedía que se pronunciara sobre el reclamo de diversas prestaciones relacionadas con el contrato, ya que como se dijo, al estar subsistente la rescisión, esa circunstancia resolvió cualquier obligación derivada del acuerdo de voluntades como hubiera sido algún incumplimiento previo o subsecuente, por lo que para reclamar alguna prestación derivada de eso, era o es condición necesaria que se revoque la rescisión y que inclusive en el procedimiento ordinario administrativo, se determine lo relativo a los trabajos que adujo la tercera perjudicada, no le fueron cubiertos, pero sólo a través de la vía idónea para ello y no mediante el procedimiento arbitral, ya que no es dable dividir la continencia de la causa.

*Luego al no haberlo considerado así la Juez de Distrito, son incorrectas sus afirmaciones sobre este tema, ya que sí existió eficacia refleja de cosa juzgada como lo afirmó la quejosa, únicamente en la medida que ha quedado expuesta, pues al haberse pronunciado el tribunal arbitral sobre las causas que dieron origen a la rescisión administrativa como fue el incumplimiento de la contratista, así como sus consecuencias como eran el pago de las penas convencionales y demás prestaciones, ello trastocó la actual firmeza de ese acto; de ahí que al encontrar sustento esta institución procesal en los artículos 14 y 16 constitucionales, por reconocerse como un pilar fundamental del Estado mexicano la certeza y seguridad jurídicas, es evidente que se contravino la noción de orden público a que se contrae la fracción II, del artículo 1457, Código de Comercio.”*²¹

19 *Id.* pp. 452-55.

20 *Id.* p. 457.

21 *Id.* p. 458.

La sentencia del Tribunal Colegiado que anula el laudo merece los siguientes comentarios: al quedar firme la rescisión administrativa y los demás actos *de iure imperii*, quedan válidas con todas sus consecuencias con fundamento en la institución del contrato administrativo y las facultades exorbitantes del estado que fueron confirmados por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación como consecuencia de la demanda de amparo interpuesta por Commisa. Asimismo, quedó firme la presunción de la legalidad del acto de autoridad por no haber sido combatida en el juicio ordinario administrativo ante un Juez de Distrito en Materia Administrativa en su oportunidad.

Al establecer la Suprema Corte que la vía exclusiva para litigar el tema de rescisión administrativa era el juicio ordinario administrativo privó al contratista el derecho constitucional establecido en el Artículo 17 Constitucional a los medios alternativos de solución de controversias ya que hace el derecho al arbitraje establecido en la legislación aplicable a Pemex irrisorio. Sin embargo, ese resultado era previsible al presentar COMMISA su demanda de amparo e insistir que la rescisión administrativa sea considerado acto de autoridad. La situación hubiera sido diferente si Commisa no hubiera iniciado un juicio paralelo y el tema de la arbitrabilidad de rescisión administrativa se hubiera invocado por Pemex en la fase de ejecución. En ese caso no hubiera procedido el argumento de cosa juzgada refleja por la falta de una decisión judicial anterior.

En consecuencia, a continuación pasamos a analizar el tema del reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros anulados bajo las convenciones de Nueva York y Panamá.

Capítulo II: Reconocimiento y Ejecución de Decisiones Judiciales Internas que Anulan Laudos Arbitrales bajo las Convenciones de Nueva York y Panamá

Desde los años noventa, las cortes federales estadounidenses han debatido con el tema omnipresente de la ejecución de los laudos arbitrales: específicamente, qué hacer con los laudos que han sido anulados en su lugar de origen? Para responder a esta pregunta, este Capítulo primero identificará los criterios relevantes para la anulación de laudos bajo la Convención de Nueva York. Luego, este Capítulo analizará los estándares conforme a los cuales los laudos anulados pueden ser ejecutados en jurisdicciones extranjeras.

A. El Poder para Anular Laudos Arbitrales bajo la Convención de Nueva York

Los tribunales estadounidenses han reconocido repetidamente la tensión inherente entre las jurisdicciones primarias y secundarias que intervienen en un laudo. Esto es, entre jurisdicciones bajo las cuales se emite un laudo y aquellas en las que un laudo se ejecutó seguidamente²². El Tribunal Federal para el Segundo Distrito clarificó esta dicotomía en el caso *Yusu*²³ en 1997:

²² Ver *TermoRio S.A. E.S.P. v. Electranta S.P.*, 487 F.3d 928 (D.C. Cir. 2007).

²³ Ver *Yusuf Ahmed Alghanim & Sons, W.L.L. v. Toys "R" Us, Inc.*, 126 F.3d 15, 23 (2d Cir. 1997).

La Convención [de Nueva York] contempla específicamente que el Estado en el cual, o bajo la ley del cual, se emite un laudo, es libre para anular o modificar un laudo conforme a su derecho arbitral interno y su colección completa de fundamentos legales expresos e implícitos para remediar una situación. Ver Convención [de Nueva York], art. V(1)(e). Sin embargo, la Convención [de Nueva York] es igualmente clara que cuando una acción de ejecución se deducida en un Estado extranjero, el Estado puede rechazar la ejecución del laudo únicamente sobre la base de las causales establecidos en el Artículo V de la Convención [de Nueva York].

Dicho de otra manera, la jurisdicción primaria se refiere al derecho interno donde, o bajo el cual, se emite un laudo. La jurisdicción secundaria de un laudo, por otra parte, se refiere a la jurisdicción donde se busca la ejecución de dicho laudo. La decisión del caso *Yusuf* inequívocamente reconoció el poder de la jurisdicción primaria para anular un laudo basado en su derecho interno. Dicho poder está referido en el Artículo V(1)(e) de la Convención, que señala:

I. Sólo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia, a instancia de la parte contra la cual es invocada, si esta parte prueba ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución:

...

(e) Que la sentencia no es aún obligatoria para las partes o ha sido anulada o suspendida por una autoridad competente del país en que, o conforme a cuya ley, ha sido dictada esa sentencia.

Por ejemplo, el caso *Baker Marine*²⁴ de 1999 reconoció el poder de anulación de la jurisdicción primaria. Al rechazar la ejecución de un laudo que había sido anulado por las cortes nigerianas (y decidida bajo el derecho nigeriano), el Tribunal Federal para el Segundo Circuito indicó: “no sería apropiado ejecutar un laudo arbitral bajo la Convención cuando tal laudo ha sido anulado por las cortes nigerianas”.²⁵

El derecho arbitral interno de los Estados Unidos surge de la Ley Federal de Arbitraje (en inglés, “FAA”). Así, cuando un laudo se emite en el territorio o bajo las leyes de los Estados Unidos, una parte puede fundamentarse en cualquiera de las causales explícitas o implícitas de la FAA para solicitar su anulación. Esta es precisamente lo que sostuvo el tribunal en el caso *Yusuf*.

Leemos el Artículo V(1)(e) de la Convención [de Nueva York] como que permite a un tribunal en el país bajo cuya ley se condujo el arbitraje a aplicar su derecho arbitral interno, en este caso la FAA, a una moción para anular o dejar sin efecto un laudo

²⁴ Ver *Baker Marine (Nig.) Ltd. v. Chevron (Nig.) Ltd.*, 191 F.3d 194 (2d Cir. 1999).

²⁵ *Id.* p. 196.

*arbitral*²⁶.

B. El Poder para Rechazar la ejecución de un Laudo Arbitral Extranjero

Una corte federal estadounidense puede rechazar la ejecución de un laudo extranjero únicamente basada en siete causales listadas en el Artículo V. Por un lado, las cortes estadounidenses puede ejecutar laudos extranjeros que han sido anulados en su lugar de origen únicamente en un caso específico: cuando la decisión de anulación contraviene el orden público de los Estados Unidos (*U.S. public policy*).

En los primeros casos decididos por las cortes estadounidenses, existió un gran debate sobre las diferencias semánticas entre los Artículos V y VII de la Convención. Mientras el primero utiliza las palabras ‘se podrá’ (en inglés, ‘*may*’), el segundo usa las palabras ‘no afectarán’ (en inglés, ‘*shall*’); en consecuencia, el Artículo V fue considerado habitualmente como que establecía un estándar permisivo.

A fin de entender mejor esta distinción, la siguiente sub-sección identificará primeramente los párrafos relevantes de los Artículos V y VII y luego discutirá los precedentes judiciales que se han pronunciado sobre esta materia.

Artículo V(1) indica (énfasis añadido):

I. Sólo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia, a instancia de la parte contra la cual es invocada, si esta parte prueba ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución:

a) Que las partes en el acuerdo a que se refiere el artículo II estaban sujetas a alguna incapacidad en virtud de la ley que les es aplicable o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado la sentencia; o

b) Que la parte contra la cual se invoca la sentencia arbitral no ha sido debidamente notificada de la designación del árbitro o del procedimiento de arbitraje o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus medios de defensa; o

c) Que la sentencia se refiere a una diferencia no prevista en el compromiso o no comprendida en las disposiciones de la cláusula compromisoria, o contiene decisiones que exceden de los términos del compromiso o de la cláusula compromisoria; no obstante, si las disposiciones de la sentencia que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no han sido sometidas al arbitraje, se podrá dar reconocimiento y ejecución a las primeras; o

26 Ver Yusuf Ahmed Alghanim & Sons, W.L.L. v. Toys “R” Us, Inc., 126 F.3d 15, 29 (2d Cir. 1997).

d) Que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado a la ley del país donde se ha efectuado el arbitraje; o

(e) Que la sentencia no es aún obligatoria para las partes o ha sido anulada o suspendida por una autoridad competente del país en que, o conforme a cuya ley, ha sido dictada esa sentencia

Article V(2) adds:

2. También se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de una sentencia arbitral si la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución, comprueba:

(a) Que , según la ley de ese país, el objeto de la diferencia no es susceptible de solución por vía de arbitraje; o

(b) Que el reconocimiento o la ejecución de la sentencia serían contrarios al orden público de ese país.

En contraste, la Sección VII(1) de la Convención de Nueva York alude al carácter internacional de los procedimientos arbitrales. Indica (énfasis añadido):

1. Las disposiciones de la presente Convención no afectarán la validez de los acuerdos multilaterales o bilaterales relativos al reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales concertados por los Estados Contratantes ni privarán a ninguna de las partes interesadas de cualquier derecho que pudiera tener a hacer valer una sentencia arbitral en la forma y medida admitidas por la legislación o los tratados del país donde dicha sentencia se invoque.

Este conflicto entre las palabras ‘se podrá’ (en inglés, ‘may’) del Artículo V, y ‘no afectarán’ (en inglés, ‘shall’) del Artículo VII crearon un gran confusión en los primeros casos de ejecución de laudos bajo la Convención de Nueva York. Este dilema de ejecución llegó por primera vez a las cortes federales de circuito el año 1996 a través del caso *Chromalloy*²⁷. Un tribunal en El Cairo, Egipto, había otorgado a una compañía estadounidense, Chromalloy Aeroservices Inc., sobre US\$18 millones en una disputa en contra de la República de Egipto. Chromalloy solicitó la ejecución de este laudo en los Estados Unidos, pero antes de

²⁷ Ver Matter of Arbitration Between Chromalloy Aeroservices, a Div. of Chromalloy Gas Turbine Corp. & Arab Republic of Egypt, 939 F. Supp. 907 (D.D.C. 1996).

que se emitiera una decisión en los Estados Unidos, la Corte de Apelaciones de El Cairo anuló el laudo basada en que los árbitros habían aplicado indebidamente el derecho egipcio privado²⁸. La corte federal a pesar de eso ordenó la ejecución del laudo. Demarcando la tensión entre el Artículo V(2) y el Artículo VII, la corte explicó:

Mientras que el Art. V contempla un estándar discrecional, el Art. VII de la Convención [de Nueva York] requiere que, “Las disposiciones de la presente Convención no ... privarán a ninguna de las partes interesadas de cualquier derecho que pudiera tener a hacer valer una sentencia arbitral en la forma y medida admitidas por la legislación o los tratados del país donde dicha sentencia se invoque.” 9 U.S.C. Sect. 201 nota. Dicho de otro modo, bajo la Convención, Chromalloy mantiene todos los derechos a la ejecución de este Laudo Arbitral que hubiera tenido en ausencia de la Convención. Como resultado, la Corte estima que, si la Convención no existiera, la Ley Federal de Arbitraje otorgaría a Chromalloy el derecho legítimo para reclamar la ejecución de este laudo arbitral.”_

La Corte se refirió al acuerdo arbitral de las partes, que decía: “La decisión de dicha corte será final y obligatoria y no puede ser objeto de ninguna apelación u otro recurso”. Como consecuencia, la corte federal sostuvo que la decisión de la Corte de Apelaciones de El Cairo contradecía el orden público estadounidense, que favorece los arbitrajes finales y obligatorios. La corte federal explicó:

Ninguna nación se encuentra bajo una obligación implacable de ejecutar intereses extranjeros que son fundamentalmente perjudiciales a aquellos del foro nacional. Laker Airways Ltd. V. Savena, Belgian World Airlines, 731 F.2d 909, 937 (D.C. Cir. 1984).

En suma, Chromalloy se fundamenta sobre la idea de que una parte puede solicitar la ejecución de un laudo extranjero bajo el derecho arbitral nacional, esto es, la FAA. Esta posición, sin embargo, ha sido ampliamente abandonada. Los casos que siguieron esta decisión se han alejado de la teoría de Chromalloy y han rechazado la importancia del orden público estadounidense al momento de considerar la ejecución de laudos anulados.

En efecto, en 1999, el Tribunal Federal para el Segundo Circuito comenzó a erosionar la teoría Chromalloy cuando emitió la decisión *Baker Marine*²⁹. Baker Marine obtuvo dos laudos, uno por US\$2.23 millones y otro por US\$750.000, en contra de Danos y Chevron, respectivamente. Nigeria fue la sede del arbitraje, de manera que Baker Marine naturalmente buscó la ejecución de los laudos en ese país. La corte nigeriana anuló ambos laudos sobre la base de que la prueba aportada en el expediente no fundamentaban las conclusiones del tribunal, y que el tribunal había otorgado incorrectamente daños punitivos. Baker

28 Cairo Court of Appeal, December 5, 1995, 25 Y.B. COM. ARB. 265-68 (1999).
29 Ver Baker Marine (Nig.) Ltd. v. Chevron (Nig.) Ltd., 191 F.3d 194 (2d Cir. 1999).

Marine entonces solicitó la ejecución de los laudos en la Corte Federal del Distrito Norte de Nueva York. Esta corte rechazó autorizar la ejecución de los laudos por cuanto “no sería apropiado ejecutar un laudo arbitral extranjero bajo la Convención cuando dicho laudo ha sido anulado por las cortes nigerianas”. En apelación, Baker Marine invocó el Artículo VII de la Convención, tal como había sucedido en el caso Chromalloy. Revisando la decisión de la corte distrital en apelación, Tribunal Federal para el Segundo Circuito rechazó los argumentos de Baker Marine y enterró toda ambigüedad que quedaba con relación al Artículo VII y la FAA. La corte explicó:

Nada sugiere que las partes tuvieron la intención de que el derecho arbitral interno estadounidense gobernara sus disputas. El propósito esencial de la FAA es asegurar que los acuerdos arbitrales privados sean ejecutados conforme con sus términos.

Curiosamente, la corte del caso *Baker Marine* hizo distinciones con el caso Chromalloy. Explicó la corte: “La corte distrital [en el caso Chromalloy] concluyó que Egipto estaba buscando ‘repudiar su promesa solemne de acatar los resultados del arbitraje’, y que el reconocer la decisión egipcia [de anulación] sería contrario a la política de los Estados Unidos que favorece el arbitraje”³⁰. Por otro lado, en *Baker Marine*, donde las consideraciones de orden público estadounidense no estuvieron en juego, el Tribunal Federal para el Segundo Circuito determinó que el derecho arbitral interno carecía de todo rol en la determinación de si el laudo debería ser ejecutado.

Una vez más, en 1999, la Corte Distrital para el Distrito Sur de Nueva York debió decidir un caso en que se le solicitaba interpretar la relación entre la FAA y la Convención de Nueva York³¹. El Sr. Spier, un ciudadano estadounidense, había recibido un laudo por mil millones de liras en Italia, que había sido seguidamente anulado por la Corte Suprema de Casación italiana. El Sr. Spier, sin embargo, solicitó la ejecución del laudo ante la Corte Distrital de Nueva York, que estuvo de acuerdo con la anulación basada en que la FAA era completamente inaplicable. Después de todo, esta fue una decisión emitida por un tribunal italiano en Italia. La ejecución de este laudo extranjero estaba *exclusivamente* gobernada por el Artículo V(1)(e) de la Convención por dos razones: (1) no existía ninguna clase de consideración de orden público estadounidense en el caso, contrariamente a lo que sucedió en el caso Chrommaloy; y (2) el Artículo V(1)(e) de la Convención de Nueva York regula la ejecución de laudos que son anulados en su lugar de origen.

La corte en el caso *Spier* hizo una distinción adicional con la decisión en el caso Chromalloy basada en los mismos argumentos de la corte que decidió el caso *Baker Marine*. La corte en el caso *Spier* explicó:

Pero leo esta nota de pie de página en el caso Baker Marine para identificar como una circunstancia decisiva el repudio efectuado por Egipto de su promesa contractual de no apelar un laudo arbitral. Sólo dicha circunstancia es individualizada como violatoria del orden público estadounidense

³⁰ Baker Marine (Nig.) Ltd. v. Chevron (Nig.) Ltd., 191 F.3d 194, 197 (2d Cir. 1999).

³¹ En Spier v. Calzaturificio Tecnica, S.p.A., 71 F. Supp. 2d 279 (S.D.N.Y. 1999).

*articulado en la FAA, lo que por lo tanto justifica la ejecución del laudo egipcio por la corte distrital*³².

La decisión *Spier* inauguró una nueva etapa para la ejecución de laudos arbitrales anulados en los Estados Unidos. La decisión implicó una clara progresión desde la posición establecida en el caso *Chromalloy*, bajo la cual los laudos extranjeros anulados podían ser anulados simplemente cuando la decisión contravenía el orden público estadounidense. La decisión *Spier* sin embargo no definió claramente el estándar bajo el cual los laudos anulados podrían ser dejados sin efecto en los Estados Unidos. En este contexto, y con el incremento de solicitudes de ejecución para laudos arbitrales extranjeros/internacionales, la decisión en el caso *Termorio* pavimentó el camino a los tribunales estadounidenses que debían emitir decisiones sobre ejecución, al dar un fundamento claro para los casos futuros.

En efecto, en 2007, la corte federal del Distrito de Columbia finalmente alzó y definió la barra con relación a argumentos fundados en orden público. En el caso *TermoRio*³³, dicha corte sostuvo que “Toma mucho más que una mera aserción de que la decisión de un Estado primario ‘ofende el orden público de’ un Estado secundario para derrotar una defensa basada en el Artículo V(1)(e)”³⁴. La corte del Distrito de Columbia explicó que dicha corte podría permitirse ignorar una anulación extranjera cuando la parte demuestra que la decisión de anulación violó el orden público estadounidense. Esto ocurría únicamente cuando la decisión de anulación era “repugnante a las nociones fundamentales de lo que es decente y justo en el Estado donde se solicita la ejecución”³⁵. Esta sería la situación, por ejemplo, en que la decisión “tiende claramente a erosionar el interés público, la confianza pública en la administración del derecho, o la seguridad de los derechos individuales de libertad personal o propiedad privada”³⁶.

Este breve análisis sobre la ejecución de laudos arbitrales anulados en la jurisdicción de origen muestra cómo ha cambiado la actitud de los tribunales estadounidenses sobre el curso de una década. Luego de haber claramente abandonado la doctrina del caso *Chromalloy* y adoptado el estándar del caso *TermoRio*, las cortes federales estadounidenses están actualmente más dispuestas a dejar sin efecto laudos extranjeros que han sido anulados en sus jurisdicciones primarias. Esta tendencia actual, sin embargo, es morigerada por la deferencia que las cortes federales distritales demuestran hacia el orden público estadounidense. Un laudo arbitral anulado puede aún ser ejecutado ante una corte estadounidense si un juez encuentra que la decisión de dejar sin efecto el laudo fue adoptada en contravención al orden público estadounidense. De esta manera, entonces, la decisión del caso *COMMISA* viene a unirse al siempre creciente cuerpo jurisprudencial que sin duda continuará distanciándose de la posición del caso *Chromalloy*,

32 *Spier v. Calzaturificio Tecnica, S.p.A.*, 71 F. Supp. 2d 279, 287 (S.D.N.Y. 1999).

33 *TermoRio S.A. E.S.P. v. Electranta S.P.*, 487 F.3d 928 (D.C. Cir. 2007).

34 *Id.* p. 937.

35 *Id.* p. 938.

36 *Id.*

para asentarse cada vez más en el estándar del caso *TermoRio*.

Capítulo III: COMMISA en las Cortes Estadounidenses

A. La Primera Acción de Nueva York: el Laudo es Confirmado

En enero de 2010, Commisa solicitó a la Corte Distrital para el Distrito Sur de Nueva York (la “S.D.N.Y.”) confirmar el laudo arbitral de 2009 (el “Laudo”). PEP se opuso a la solicitud de ejecución presentada por Commisa, solicitando a la Corte ordenar la suspensión del caso mientras la resolución de sus esfuerzos de nulidad estaban pendientes en México. El 2 de noviembre de 2010, el Juez distrital Hellerstein confirmó el Laudo y COMMISA comenzó a tomar medidas para ejecutar dicha decisión.

PEP apeló la decisión antedicha ante la Corte de Apelaciones para el Segundo Circuito, en donde logró una solicitud de emergencia de suspensión de la ejecución mientras estuviera pendiente su apelación.³⁷ Luego de la decisión de anulación emitida en agosto de 2011 por la corte mexicana, PEP solicitó al Segundo Circuito reenviar el caso a S.D.N.Y. El Segundo Circuito aceptó la solicitud de PEP en febrero de 2012, y el caso fue reenviado al S.D.N.Y. para que “analizara en una primera instancia acaso la ejecución del laudo debía ser rechazada pro cuanto ‘había sido dejada sin efecto o suspendida por una autoridad competente del país en el cual o bajo la ley del cual se había otorgado el laudo’”.³⁸

B. Segundo Round ante la S.D.N.Y.: El Laudo ICC es Aprobado

El 27 de agosto de 2013, el Juez Hellerstein del S.D.N.Y. aceptó la petición de COMMISA para la ejecución del Laudo, y a su vez rechazó deferir a la anulación decretada por la Corte mexicana³⁹. Citando el hecho de que la corte mexicana fundamentó su decisión en una ley que aplicó retroactivamente, y fundada en la ausencia de foros alternativos antes los cuales Commisa pudiera presentar sus reclamos, la S.D.N.Y. estimó que la decisión mexicana había violado “nociones básicas de justicia”⁴⁰.

Tanto la Convención de Nueva York como la Convención de Panamá reconocen en prácticamente un lenguaje idéntico que un tribunal puede rechazar la ejecución de un laudo arbitral que ha sido debidamente anulado en el lugar sede del arbitraje. El texto no especifica si o en qué circunstancias un tribunal puede elegir confirmar dicho laudo. El Artículo V(1)(e) de la Convención de Panamá, que gobierna la ejecución del

³⁷ Aún cuando el Segundo Circuito denegó la solicitud de suspensión de PEP, las partes lograron un acuerdo para suspender la ejecución luego que PEP depositara US\$395.009.641,34 en una cuenta mantenida en una cuenta de la Corte.

³⁸ Mandate of the U.S. Court of Appeals for the Second Circuit p. 2, Corporación Mexicana de Mantenimiento Integral, S. de R.L. de C.V. v. Pemex-Exploración y Producción, U.S.C.A. Case No. 10-4656-cv (2d Cir. Mar. 8, 2012).

³⁹ Corporación Mexicana de Mantenimiento Integral, S. de R.L. de C.V. v. Pemex-Exploración y Producción, 962 F. Supp. 2d 642 (S.D.N.Y. 2013) [en lo sucesivo COMMISA]. PEP apeló esta decisión ante la Segunda Corte de Apelaciones de Circuito. Hasta que el Segundo Circuito decida esta apelación en lo que queda de este año, la decisión del S.D.N.Y. en COMMISA permanece como el derecho válido dentro del Circuito.

⁴⁰ *Id.* p. 661.

laudo en el caso COMMISA, señala:

Sólo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia, a solicitud de la parte contra la cual es invocada, si ésta prueba ante la autoridad competente del Estado en que se pide el reconocimiento y la ejecución . . . [q]ue la sentencia no sea aún obligatoria para las partes o haya sido anulada o suspendida por una autoridad competente del Estado en que, o conforme a cuya ley, haya sido dictada esa sentencia.⁴¹

El S.D.N.Y. interpretó el lenguaje permisivo del Artículo V(1)(e) [“se podrá denegar”] en el sentido que le otorgaba discreción para confirmar un laudo arbitral que había sido debidamente anulado por un tribunal extranjero cuando la decisión subyacente es “repugnante a las nociones fundamentales de lo que es decente y justo en los Estados Unidos”⁴². Al ejercitar su discreción, la S.D.N.Y. en el caso COMMISA se apartó de la amplia mayoría de las cortes estadounidenses que han revisado solicitudes bajo las convenciones de Nueva York o Panamá para rechazar la ejecución de laudos arbitrales que han sido debidamente anulados.⁴³ Bien sea debido a un entendimiento de que las cortes carecen de discreción para confirmar un laudo anulado del tipo contemplado en el Artículo V(1)(e) de las convenciones de Nueva York o Panamá, o debido a que los hechos del caso particular no meritaban confirmación, la mayoría de las cortes and invocó el principio de cortesía internacional (*international comity*) y defirieron a las decisiones de anulación dictadas por tribunales extranjeros⁴⁴.

Para determinar si la decisión de anulación de la corte mexicana se conformó a las nociones “básicas” o “fundamentales” de justicia, el S.D.N.Y. revisó el proceso legal que resultó en la anulación del Laudo, enfocándose principalmente en dos puntos: (i) si la corte mexicana aplicó retroactivamente leyes para llegar a su decisión; y (ii) el efecto de la decisión de anulación en COMMISA. Tanto PEP como COMMISA entregaron a la S.D.N.Y. resúmenes de los procedimientos legales mexicanos apoyados por prueba documental y peritos legales mexicanos.⁴⁵ En su decisión, el juez distrital insistió que él no estaba “ni decidiendo, ni revisando el derecho mexicano”.⁴⁶ Por el contrario, él basó su decisión “no sobre la base del mérito sustantivo de una ley

⁴¹ En inglés, el texto relevante dice “*The recognition and execution of the decision may be refused.*” Ver Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, art. 5, para. 1(e), 13 de enero de 1975, 1438 U.N.T.S. 245; O.A.S.T.S. No. 42; 14 I.L.M. 336 (énfasis agregado).

⁴² *Commisa*, 962 F.Supp. 2d p. 657 (citando *TermoRio S.A. E.S.P. v. Electranta S.P.*, 487 F.3d 928, 939 (D.C. Cir. 2007)).

⁴³ Ver, e.g., *Baker Marine, Ltd. v. Chevron, Ltd.*, 191 F.3d 194 (2d Cir. 1999); *TermoRio S.A. E.S.P. v. Electranta S.P.*, 487 F.3d 928, 936 (D.C. Cir. 2007).

⁴⁴ Debe mencionarse que el Artículo V(1)(e) únicamente cubre acciones de anulación emitidas por una autoridad “competente”, usualmente una corte de jurisdicción apropiada ubicada en el sede del arbitraje. Las cortes estadounidense normalmente no prestan deferencia a decisiones de anulación emitidas por cortes que carecen de jurisdicción en un asunto determinado.

⁴⁵ El juez sostuvo una audiencia de tres días en la cual escuchó el testimonio ofrecido por el Dr. Claus Werner von Wobeser Hoepfner en representación de Commisa y de Roberto Hernández-García a nombre de PEP.

⁴⁶ *Commisa*, 962 F.Supp. 2d at 661.

mexicana específica, sino en su aplicación a eventos que ocurrieron antes de la adopción de dicha ley”.⁴⁷

1. La Decisión Mexicana de Anulación se Basó en la Aplicación Retroactiva del Artículo 98

La ley que recibió el mayor nivel de estudio por parte del juez distrital, y cuya supuesta aplicación demostró ser el punto más irritante para dicho juez, fue el Artículo 98 de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, del 2009,⁴⁸ que no estaba en vigor al momento en que las partes suscribieron su contrato⁴⁹. La corte mexicana hizo una referencia extensa a esta ley en su decisión de anulación, aún cuando sostuvo que estaba utilizando el Artículo 98 únicamente como un “principio guía”.⁵⁰ La S.D.N.Y. no quedó satisfecha con esta explicación y concluyó que la Ley del 2009 tuvo un rol esencial para la decisión de la corte mexicana.

Además del Artículo 98, la corte mexicana sostuvo que se basó en una decisión de la Suprema Corte mexicana del año 1994, en la cual dicha corte estableció que las rescisiones administrativas constituían actos de autoridad.⁵¹ Sin embargo, debido a que la decisión de 1994 no mencionó el arbitraje, la S.D.N.Y. sostuvo que dicha decisión era insuficiente para poner a COMMISA en aviso de temas que afectaban la ejecución de su acuerdo de arbitraje.⁵² Lo que la S.D.N.Y. omite señalar es que la inarbitrabilidad de la rescisión administrativa fue provocada por el juicio paralelo de COMMISA que culminó con la sentencia de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de México que declaró constitucional la rescisión administrativa como acto de autoridad unilateral sujeto a la competencia exclusiva de los tribunales administrativos lo que a su vez causó la excepción de la arbitrabilidad de la terminación y rescisión administrativa en las reformas de 2009 antes mencionadas.

Ante la inexistencia, de acuerdo con la S.D.N.Y., de ninguna ley que pusiera a COMMISA en aviso de que sus reclamos no eran arbitrables, la S.D.N.Y. concluyó que COMMISA sufrió un perjuicio injusto cuando por primera vez tomó conocimiento varios años luego de iniciados los procedimientos de arbitraje, de que el litigio judicial era el único medio disponible para perseguir sus reclamos.⁵³ Cuando COMMISA comenzó sus procedimientos arbitrales en el 2004, la corte sostuvo, tuvo una expectativa razonable de que sus disputas

⁴⁷ *Id.*

⁴⁸ Esta ley establece que las disputas relativas a rescisiones administrativas no son arbitrables. Ver la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas art. 98, Diario Oficial de la Federación [DO], 28 de mayo de 2009 (Méx.), disponible en http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3_mex_anexo29.pdf.

⁴⁹ Las partes contrataron en 1997 y 2003. Ver *Commisa*, 962 F. Supp. 2d pp. 644-45.

⁵⁰ *Id.* p. 650.

⁵¹ *Id.* pp. 650, 658-59.

⁵² *Id.* pp. 659, 661.

⁵³ La corte también sostuvo que PEP había esperado indebidamente hasta octubre de 2007 para alegar que el acuerdo de arbitraje era inválido por razones de orden público, y de hecho, careció de fundamento legal en estas argumentaciones hasta el 2009, fecha en que el Artículo 98 fue promulgado. Ver *id.* pp. 647, 658.

con PEP serían arbitrables.⁵⁴ Commisa había demostrado que sus contratos con PEP, como asimismo la Ley Orgánica de PEP, que regula las operaciones de PEP como la instrumentalidad mexicana, y las normas del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (“TLCAN”) todos contemplaban la posibilidad de arbitraje. La S.D.N.Y. decidió que se trataba de una violación flagrante del orden público estadounidense y una ofensa inherente a los principios universales de justicia el hecho de que la corte mexicana se fundó en su decisión en la aplicación retroactiva de una ley para dejar sin efecto un laudo emitido a favor de una entidad privada en este caso para beneficiar una entidad gubernamental.⁵⁵ Lo que omite considerar S.D.N.Y. que al solicitar COMMISA que la rescisión administrativa se considerara como acto *de iure imperii* el 23 de diciembre de 2004, era previsible que se volviera inarbitrable la misma por el riesgo sistémico del contrato administrativo arriba mencionado.

2. Una Aceptación de la Decisión de Anulación Mexicana No Dejaría Ningún Recurso a COMMISA

El segundo tema que la S.D.N.Y. exploró en su opinión fue el significado y efecto de la anulación mexicana sobre Commisa. En el intervalo entre el comienzo de los procedimientos arbitrales y la anulación del Laudo por la corte mexicana, tuvieron lugar eventos significativos y radicales en el derecho mexicano relativos a la regulación de las rescisiones administrativas. El Artículo 14(VII) de la Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa de 2007⁵⁶, otorgó jurisdicción al Tribunal Fiscal y Administrativo para decidir casos que involucraran obras públicas y entidades mexicanas estatales⁵⁷. Igualmente, el 2010, la Suprema Corte mexicana sostuvo que el Tribunal Fiscal y Administrativo poseía jurisdicción exclusiva para decidir disputas que surgieran de rescisiones administrativas. En esencia, estas reformas, aplicadas retroactivamente, limitaron a COMMISA a un tribunal exclusivamente para litigar sus reclamos surgidos de la rescisión administrativa de PEP.

Luego de la anulación del Laudo, COMMISA dedujo sus reclamos ante el Tribunal Fiscal y Administrativo. En el 2012, dicho tribunal rechazó todos los reclamos de COMMISA, estableciendo que el plazo de prescripción de diez años aplicable al incumplimiento de reclamos contractuales ante los tribunales mexicanos era inaplicable por cuanto el Tribunal Fiscal y Administrativo poseía un plazo de prescripción de cuarenta y cinco días⁵⁸. Además, el tribunal argumentó que los reclamos de COMMISA estaban prohibidos

54 *Id.* p. 661.

55 *Id.* p. 659.

56 Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa art. 14(VII), Diario Oficial de la Federación [DO], 3 de junio de 2011 (Méx.), disponible en www.sep.gob.mx/work/models/sep1/Resource/f74e29b1-4965-4454-b31a-9575a302e5dd/ley_organica_trib_fed_just_fis_admva.htm.

57 *Id.*; *Commisa*, 962 F. Supp. 2d pp. 647-48.

58 Según la corte, el plazo de prescripción de 45 días había largamente expirado, por cuanto comenzó a correr cuando PEP decretó su rescisión administrativa el 14 de diciembre del 2006.

debido a la *res judicata*, ya que dos tribunales habían decidido con anterioridad que las rescisiones administrativas fueron legales, y que PEP había emitido su rescisión de manera apropiada. Tales decisiones se refirieron a la constitucionalidad de las rescisiones administrativas en general, a la oportunidad de la rescisión de PEP, y a si PEP había cumplido con las leyes aplicables a la rescisión administrativa; las decisiones no analizaron los méritos de los reclamos de COMMISA en contra de PEP.⁵⁹ Agravando la situación, una de las decisiones determinó que como la rescisión de PEP fue decretada dentro de plazo y conforme a la ley, COMMISA debía pagar daños a PEP⁶⁰.

Basado en tales circunstancias, el Juez Hellerstein de S.D.N.Y. concluyó que el rechazo de la ejecución del Laudo dejaría efectivamente a COMMISA sin un remedio legal.⁶¹ Uno de los peritos de PEP argumentó que COMMISA tenía un remedio ante los tribunales mexicanos por cuanto podía reclamar en contra de la decisión de la Corte Administrativa que rechazó sus reclamos.⁶² Este testimonio no convenció a la S.D.N.Y., en particular, por cuanto cualquiera decisión que forzara a COMMISA a continuar agresivamente sus litigios en México agregaría una “demora indebida y no razonable a un caso que ha demorado [ya] más de diez años”.⁶³

3. Precedentes Legales Permiten la Confirmación de los Laudos Anulados en Circunstancias Limitadas

Mientras esta no es la primera vez que las cortes estadounidenses han debido enfrentarse con una solicitud para confirmar un laudo que ha sido anulado en el sitio del arbitraje, la decisión de la S.D.N.Y. en el caso COMMISA representa sólo la segunda oportunidad en que una corte ha aprobado dicha solicitud. Esta no es una estadística sorprendente. La mayoría de los autores están de acuerdo en que los tribunales extranjeros no deberían confirmar laudos arbitrales que han sido anulados por una autoridad competente.⁶⁴ y las cortes estadounidenses están generalmente de acuerdo.⁶⁵

⁵⁹ El contrato permitía PEP rescindir administrativamente el contrato bajo circunstancias específicas. Debido a que las cortes únicamente deciden sobre los puntos de oportunidad y cumplimiento con la legislación sobre rescisión administrativa, Commisa no pudo argumentar que PEP carecía de derecho a decretar la rescisión conforme al contrato.

⁶⁰ *Commisa*, 962 F. Supp. 2d p. 660.

⁶¹ *Id.* pp. 644, 659.

⁶² El experto señaló que el hecho que el Tribunal Administrativo se apoyara en el Artículo 14(VII) de 2007 fue equivocado por cuanto dicho artículo estaba orientado hacia el futuro y la Constitución mexicana prohíbe la aplicación retroactiva de las leyes. *Id.* p. 660 n.24.

⁶³ *Id.*

⁶⁴ Albert Jan van den Berg, ‘When Is an Arbitral Award Nondomestic Under the New York Convention of 1958?’, (1985) 6 *PACE L. REV.* 25, p. 41-42; W. Michael Reisman, *Systems of Control in International Adjudication and Arbitration: Breakdown and Repair* (1992) p. 115-16 (1992); ver también Gary Born, *International Arbitration: Cases and Materials*, (2011) p. 1118-23 (mencionando la legislación aplicable).

⁶⁵ Ver, e.g., *TermoRio*, 487 F.3d p. 936 (“[U]n laudo arbitral no existe para ser ejecutado en otros Estados Contratantes si ha sido legítimamente ‘dejado sin efecto’ por la autoridad competente en el Estado en que el laudo fue hecho”).

Una excepción bien conocida es la del caso *Chromalloy Aeroservices*,⁶⁶ ya revisada anteriormente en este artículo. La decisión *Chromalloy* ha sido objeto de fuertes críticas por cuanto la corte del Distrito de Columbia citó el Artículo VII de la Convención de Nueva York para justificar evaluar la validez de la decisión de un tribunal extranjero que anuló un laudo arbitral, basada en los estándares para anular laudos domésticos bajo la FAA⁶⁷. En ampliamente aceptado en todos los sistemas legales que un laudo arbitral puede ser anulado únicamente por un tribunal competente basado en el sitio del arbitraje⁶⁸. Sólo el derecho sustantivo del sitio del arbitraje debería ser aplicado para determinar si un laudo debería ser anulado. Sin reconocerlo, la corte en el caso *Chromalloy* desconoció este principio. El tribunal egipcio dejó sin efecto el laudo como inapropiado basado en la aplicación errónea del derecho egipcio por parte del tribunal arbitral⁶⁹. Sin embargo, debido a que bajo la FAA el error o una aplicación errónea de la ley son bases insuficientes para rechazar la ejecución de un laudo doméstico, la corte del Distrito de Columbia sostuvo que el laudo egipcio era válido y que la decisión de anulación del tribunal extranjero no tenía derecho a gozar de efecto *res judicata* en los Estados Unidos⁷⁰.

Como también se indicó anteriormente en este artículo, la corte en el caso *Chromalloy* justificó igualmente su rechazo a otorgar deferencia al tribunal egipcio basada en fuertes consideraciones de orden público estadounidense a favor de un arbitraje final y obligatorio⁷¹. Debido a que la cláusula arbitral contractual contemplaba que todos los laudos arbitrales serían finales, obligatorios, e inapelables, la corte del Distrito de Columbia sostuvo que los tribunales egipcios carecían de jurisdicción sobre el caso⁷².

A pesar del estándar discrecional establecido en *Chromalloy*, decisiones posteriores han traído

66 939 F. Supp. 907 (D.D.C. 1996) [en lo sucesivo *Chromalloy*].

67 El Juez Green de D.D.C. explicó que, además de evaluar un laudo arbitral extranjero conforme al Artículo V de la Convención de Nueva York, el Artículo VII de la Convención requiere que una corte considere los reclamos de las partes que solicitan la ejecución bajo el derecho interno aplicable. El Artículo VII de la Convención establece que una parte interesada puede valerse de todos los derechos “que pudiera tener a hacer valer una sentencia arbitral en la forma y medida admitidas por la legislación o los tratados del país donde dicha sentencia se invoque”. En consecuencia, la D.D.C. evaluó el laudo bajo el Capítulo 1 de la FAA, que trata de los laudos arbitrales domésticos, además del Capítulo 2 de la FAA, que gobierna los laudos extranjeros. *Id.* pp. 909-10.

68 *Commisa*, 939 F. Supp. P. 643.

69 La Corte de Apelaciones Egipcia encontró que era inapropiado que el tribunal aplicó el derecho civil en lugar del derecho administrativo.

70 *Chromalloy*, 939 F. Supp. P. 911.

71 *Id.* p. 913.

72 La única postura fáctica de *Chromalloy* puede explicar su estatus como un llanero solitario. Por ejemplo, en *Spier v. Calzaturificio Tecnica, S.p.A.*, 71 F. Supp. 2d 279 (S.D.N.Y. 1999), el Distrito Sur de Nueva York reconoció una sentencia emitida por la corte italiana de mayor rango, esto es, la Corte Suprema de Casación italiana, que dejó sin efecto un laudo arbitral emitido a favor de un ciudadano estadounidense en contra de una compañía italiana, razonando la “circunstancia decisiva” sosteniendo la decisión del caso *Chromalloy* fue que “el repudio hecho por Egipto de su promesa contractual de no apelar un laudo arbitral”. *Id.* p. 287 (citando a *Baker Marine*, 191 F.3d p. 197 n.3). Destacando la ausencia de un lenguaje similar en el contrato de *Spier*, la corte concluyó que no existió “una razón adecuada para rechazar el reconocimiento de las sentencias de tribunales italianos”. *Id.* p. 288.

resultados diversos. En *Baker Marine, Ltd. v. Chevron, Ltd.*⁷³, el Segundo Circuito no siguió la decisión *Chromalloy*, pero se contuvo de desacreditar el razonamiento de la corte del Distrito de Columbia en el caso⁷⁴.

De manera similar, en el caso *TermoRio S.A. E.S.P. v. Electranta S.P.*, la corte del Distrito de Columbia decidió no ejecutar la anulación del laudo arbitral bajo la Convención de Panamá basada en que no existía ningún antecedente en el expediente que indicara que los procedimientos de anulación colombianos estuvieran “contaminados o que la decisión de esa corte no fuera auténtica”⁷⁵. La corte igualmente indicó que en ausencia de circunstancias extraordinarias, las cortes distritales no deberían ejercer el estándar discrecional de *Chromalloy* con respecto a la anulación de un laudo por una autoridad competente extranjera⁷⁶.

En definitiva, al interpretar *Chromalloy*, *Baker Marine* y *TermoRio*, el Juez Hellerstein en *Commisa* estableció que una corte puede confirmar un laudo arbitral cuando la anulación dispuesta por un tribunal extranjero contradice el orden público estadounidense.

A menos que el Segundo Circuito revierta la decisión del Juez Hellerstein's, el caso *Commisa* permanecerá como un caso prominente que delinea los tipos de circunstancias que justifican la ejecución de laudos anulados. Basados en el caso COMMISA, podemos inferir que incluso luego de haber sido anulado por la autoridad competente en el Estado primario, un laudo arbitral extranjero puede ser ejecutado ante el S.D.N.Y. cuando:

- (i) la anulación se basa principalmente en leyes que no se encontraban en vigor al tiempo en que las partes celebraron el contrato, o sobre precedentes que no se refieren específicamente al arbitraje;
- (ii) la parte solicitante no recibe un aviso justo de que sus disputas no son arbitrables; y
- (iii) rechazar el reconocimiento y ejecución del laudo sería contrario a las nociones fundamentales de justicia en los Estados Unidos, y dejaría a una parte privada sin la posibilidad de litigar sus reclamos.

El caso COMMISA demuestra que las cortes estadounidenses pueden priorizar los intereses del público

⁷³ 191 F.3d 194 (2d Cir. 1999).

⁷⁴ En *Baker Marine*, el juez Leval del S.D.N.Y se enfocó en distinguir los hechos de *Chromalloy*, notando que el solicitante no argumentó que la corte nigeriana actuó de manera contraria al derecho nigeriano al anular el laudo, y que el contrato no estableció que los laudos eran inapelables.

⁷⁵ *Id.* p. 930.

⁷⁶ *Ver id.* at 938. Juez Edwards igualmente de manera implícita criticó *Chromalloy* cuando comentó que la Convención de Nueva York no permite a las cortes “re-pensar de manera rutinaria el juicio de un tribunal en un Estado primario, cuando un tribunal en el Estado primario ha actuado legítimamente en conformidad a la ‘autoridad con jurisdicción’ para ‘dejar sin efecto’ un laudo arbitral hecho en su país”. *Id.* p. 937.

estadounidense sobre el principio de cortesía internacional, y pueden revisar una decisión de anulación emitida por una corte extranjera a fin de determinar si viola nociones fundamentales de justicia y trato justo. Conforme a sus críticos, los casos *Chromalloy* y COMMISA permiten el reestudio de sentencias extranjeras, lo que altamente probable que genere fricciones entre Estados extranjeros⁷⁷. Los críticos sostienen que los tribunales extranjeros probablemente recíprocen al entrar a evaluar los méritos de las decisiones de anulación emitidas por las cortes estadounidenses aplicando el derecho estadounidense, y intentarán ejecutar laudos estadounidenses anulados en los Estados Unidos.⁷⁸

C. Otra Apelación

El 15 de octubre de 2013, PEP presentó un Aviso de Apelación ante el Segundo Circuito. PEP ha argumentado, entre otras cosas, que la discusión efectuada por el S.D.N.Y. de los méritos de la decisión de anulación de la corte mexicana contraviene precedentes judiciales que indican que dicha corte no puede revisar el análisis del derecho mexicano hecho por una corte mexicana, incluso si lo pudiera efectuar de una manera acuciosa⁷⁹. En su réplica, COMMISA argumenta que la revisión judicial efectuada pro el Juez Hellerstein estuvo “limitada a determinar el significado y efecto de la decisión [mexicana de anulación]”⁸⁰, y que encuentra apoyo en precedentes judiciales que reconocen que una corte “debería dudar si prestar deferencia a una sentencia que está en conflicto con las nociones fundamentales de justicia”⁸¹. La corte escuchará argumentos de las partes en agosto de 2014⁸².

Otra apelación ha sido también presentada en contra de la decisión de otro juez distrital del S.D.N.Y. en el caso *Thai-Lao Lignite Co., Ltd. v. Government of Lao People’s Democratic Republic*⁸³, que rechazó ejecutar un laudo arbitral que había sido anulado en la sede del arbitraje. En dicho caso, un reclamante tailandés buscó ejecutar un laudo arbitral emitido en Malasia. Luego que el S.D.N.Y. confirmó el laudo y que los procedimientos de ejecución estaban en marcha, una corte competente en Malasia anuló el laudo. Pronunciándose sobre una solicitud de reconsideración, el Juez Wood del S.D.N.Y. dejó sin efecto su decisión

77 Ver Francisco González de Cossío, ‘Ejecución de laudos anulados: Hacia un standard analítico uniforme’, Centro de Arbitraje de la Industria de la Construcción, 14 (Abr. 2014), disponible en [http://www.caic.com.mx/boletines/EJECUCION%20DE%20LAUDOS%20ANULADOS%20-%20%20HACIA%20UN%20ESTANDAR%20ANALITICO%20UNIFORME%20\(v3\).pdf](http://www.caic.com.mx/boletines/EJECUCION%20DE%20LAUDOS%20ANULADOS%20-%20%20HACIA%20UN%20ESTANDAR%20ANALITICO%20UNIFORME%20(v3).pdf).

78 Ver *id.* pp. 14-15.

79 Ver Brief for Respondent-Appellant p. 18, Corporación Mexicana de Mantenimiento Integral, S. de R.L. de C.V. v. Pemex-Exploración y Producción, No. 13-4022 (2d Cir. Jan. 28, 2014). PEP también ha argumentado que el Juez Hellerstein no debió haber confiado en *Chromalloy*, pues no era un precedente autoritativo en el Segundo Circuito, y ha sido rechazado por las cortes de otros circuitos.

80 *Id.* pp. 54-55.

81 Brief for Appellee at 41, Corporación Mexicana de Mantenimiento Integral, S. de R.L. de C.V. v. Pemex-Exploración y Producción, No. 13-4022 (2d Cir. Abr. 11, 2014) (citando *Commisa*, 962 F. Supp. 2d p. 656, 657).

82 Corporación Mexicana de Manten. v. Pemex-Exploración y Producción, Docket No. 13-04022 (2d Cir. Oct. 16, 2013), Expediente de la Corte.

83 10-CV-5256 KMW DCF, 2014 WL 476239 (S.D.N.Y. Feb. 6, 2014).

previa y rechazó ejecutar el laudo. El Segundo Circuito decidirá ambas apelaciones durante este período judicial de sesiones. La decisión será de gran interés para compañías que operan internacionalmente (y para sus abogados) que arbitran en contra de negocios e individual que mantienen propiedad en Nueva York.

Conclusión

Como lo demuestra el caso COMMISA la persecución de un juicio paralelo a un arbitraje para lograr la anulación de una rescisión administrativa en un juicio administrativo o constitucional puede tener consecuencias fatales a la arbitrabilidad de la misma y de todas sus consecuencias. Al convertirse en juicio administrativo o constitucional el acto *de iure gestionis* de la rescisión administrativo a un verdadero acto de autoridad *de iure imperii* se le resta la arbitrabilidad *ratione materiae*. La decisión de la S.D.N.Y. ignora que el problema de la inarbitrabilidad fue de cierta manera auto-provocado y se deriva del riesgo sistémico de la figura del contrato administrativo derivado del derecho francés y aplicado en México y otros países latinoamericanos.

Mientras que COMMISA ciertamente fue privada del arbitraje de manera injustificada, el peligro de la inarbitrabilidad de la rescisión administrativa fue latente y previsible al iniciarse el juicio paralelo. Lamentablemente, la sentencia de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de México rendido a causa del amparo interpuesto por COMMISA ha causado un daño considerable al sistema arbitral mexicano cuya única solución parece el abandono por el legislador del sistema del contrato administrativo en proyectos de infraestructura.

La decisión de la S.D.N.Y. para confirmar el laudo anulado se encuentra actualmente bajo apelación en Nueva York. Si el tribunal arbitral confirma la decisión de la corte inferior, el laudo tendrá una larga vida en los EUA con PEMEX tratando de evitar los esfuerzos de COMMISA de ejecutar el laudo.

1. Introducción

La evolución de los intercambios comerciales y la sofisticación de los actores del comercio han tenido como consecuencia natural la complicación de los esquemas tradicionales de contratación, los cuales tienen su base en los modelos contractuales del siglo XVIII³.

Este fenómeno de “complicación contractual” ha sido alimentado por diversos factores, entre los que se cuentan, principalmente, la evolución de las necesidades de los propios actores de comercio y la inclusión del factor “tiempo” en las relaciones contractuales que impone la gestión de su ejecución. Este último elemento ha generado una evolución en la apreciación de principios contractuales tradicionales llevando, incluso, a postular la llamada “crisis del paradigma contractual” que motiva la evolución hacia un paradigma de contrato de largo plazo, generando una apreciación distinta de principios relativos a la fuerza vinculante del contrato⁴.

Un aspecto importante de esta evolución contractual tiene que ver con la solución de los conflictos. Sin duda, existe un impacto en los esquemas que los actores del comercio han ido diseñando para solucionar los conflictos que enfrentan en la ejecución de sus relaciones comerciales. Recordemos que las disputas son parte integral de la sociedad, cuya existencia se remonta a los inicios de la propia humanidad, por lo que la solución de conflictos es tan antiguo como el hombre mismo⁵.

No queda duda de que las partes quieren recurrir cada vez más a mecanismos de solución de controversias más eficientes en términos de tiempo y costo y eligen, por tanto, alguno de los llamados mecanismos alternos de solución de conflictos (MASC) cuando sienten que la solución de su conflicto debe ser buscada fuera de las limitaciones naturales que podría imponer una jurisdicción estatal o, incluso, un procedimiento arbitral⁶.

Así es como nacen las llamadas cláusulas escalonadas (*escalation clauses*) o cláusulas multi-nivel

1 Socio en Irra Ibarra, S.C. Profesor de arbitraje y justicia internacional, Posgrado de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. LL.M. Arbitraje y Comercio Internacional, Universidad de Versailles, París.

2 Miembro de la práctica contenciosa en Irra Ibarra, S.C.

3 De Jesús, Alfredo. *The Prodigious Story of the Lex Petrolea and the Rhinoceros. Philosophical Aspects of the Transnational Legal Order of the Petroleum Society* – TPLI Series on Transnational Petroleum Law, Vol. 1, N°.2012, p. 20.

4 *Idem*, p. 31.

5 Tercier, Pierre. *ADR and Arbitration* en Arnold Ingen-Housz (ed), *ADR in Business: Practice and Issues across Countries and Cultures II*, Kluwer Law International, p. 4.

6 Jarrosson, Charles. *Legal issues raised by ADR* en Arnold Ingen-Housz (ed), *ADR in Business: Practice and Issues across Countries and Cultures II*, Kluwer Law International, p. 157.

(*multi-tier clauses o multi-step alternative dispute resolution clauses*)⁷, en las que las partes deciden acudir a un mecanismo alternativo de solución de conflictos como paso previo a la instauración de un juicio o al inicio de un procedimiento arbitral.

La inclusión de un “paso previo” al procedimiento ha sido concebida como una herramienta real de gestión de disputas, que pudiera generar un efecto depurador para que las partes inicien el mecanismo vinculante únicamente respecto de las disputas que así lo requieran⁸.

A pesar de que el efecto buscado sea la “depuración de las disputas”, la práctica nos ha mostrado que las cláusulas escalonadas pueden ser generadoras de obstáculos en la ejecución eficiente del mecanismo de solución de disputa contenido en el contrato. Como veremos más adelante, lejos de ser una herramienta eficiente de gestión, estas cláusulas pueden ser utilizadas como una herramienta para evitar el inicio del juicio o arbitraje, en su caso, e incluso para obtener la nulidad del eventual laudo que haya sido dictado, bajo el argumento de que no se cumplió a cabalidad con los pasos previos a la instauración del juicio o arbitraje.

En este contexto, la utilización de las cláusulas escalonadas presenta varias interrogantes y retos técnicos para lograr el fin para el que fueron concebidas: solucionar de manera eficiente las disputas. Sin el ánimo de ser exhaustivos, las principales interrogantes que observamos en la implementación y ejecución de las cláusulas escalonadas son dos: (i) la fuerza vinculante del pacto de recurrir a un mecanismo previo al ejercicio de la acción, ya sea a través de un juicio o un arbitraje, por un lado, y por otro lado, (ii) el efecto atribuible al incumplimiento de una de las partes al no agotar los pasos previos al juicio o arbitraje.

Para intentar responder a esta problemática, haremos un breve comentario sobre (1) la tipología de las cláusulas escalonadas y (2) la interpretación que han hecho tribunales judiciales de diversas jurisdicciones, con el fin de verificar si existen parámetros que permitan identificar una tendencia generalizada en su interpretación y ejecución por los tribunales⁹.

2. Tipología de las cláusulas escalonadas.

Una cláusula escalonada es aquella que impone ciertas condiciones a cumplir antes de que un arbitraje, o litigio, pueda ser iniciado por alguna de las partes¹⁰.

7 File, J. *United States: Multistep Dispute Resolution Clauses* en IBA Legal Practice Division, Mediation Committee Newsletter, London, julio 2007, p.36.

8 Guillemín, Jean Francois. *Reasons for choosing Alternative Dispute Resolution* en Arnold Ingen-Housz (ed), *ADR in Business: Practice and Issues across Countries and Cultures II*, Kluwer Law International, p. 157.

File, J. *United States: Multistep Dispute Resolution Clauses* en IBA Legal Practice Division, Mediation Committee Newsletter, London, julio 2007, p.14.

9 Por una cuestión de límites de extensión, sólo abordaremos el caso de precedentes de tribunales judiciales y de tribunales arbitrales.

10 Gomm Ferreira Dos Santos, Mauricio, *The Role of Mediation in Arbitration: The Use and the Challenges of*

2.1. Naturaleza de la obligación de mediar.

Los efectos de la obligación previa de mediar¹¹ dependen de la naturaleza que se le otorgue, que puede ser como condición suspensiva o renuncia temporal a iniciar el arbitraje hasta que no haya finalizado la obligación de negociar, por un lado¹². Por otro lado, esta obligación puede ser considerada como presupuesto procesal, es decir, como parte de los requisitos que condicionan el derecho a obtener una resolución sobre el fondo¹³.

Ambas posturas han sido adoptadas por tribunales de distintas jurisdicciones. Así, algunos tribunales norteamericanos han adoptado el criterio de que el acuerdo de mediar es una condición precedente al juicio o arbitraje¹⁴. Por otro lado, en Suiza y algunos tribunales también norteamericanos han sostenido el criterio de que la obligación de mediar es una obligación sustantiva que no impide el inicio del procedimiento de arbitraje¹⁵.

2.2. Contenido de la obligación genérica de mediación como paso previo.

Los tipos y formas de cláusulas son tan vastas y variadas como redactores de contratos existen, pues ocurre con frecuencia que cada redactor imprime su “sello creativo” al establecer el mecanismo que las partes deberán seguir en caso de una disputa. Así, existen cláusulas tan sencillas en las que las partes se obligan a utilizar sus mejores esfuerzos para intentar resolver de la manera más amigable la disputa antes de ejercitar las acciones correspondientes (comúnmente llamadas cláusulas de buenas intenciones)¹⁶, hasta las que contienen procedimientos detallados con plazos precisos, dos o más pasos antes de quedar legitimado para ejercitar una acción, establecimiento de los oficiales de las partes que deben intervenir y un sistema de comunicaciones y notificaciones con vocación a establecer la validez de los intercambios entre las partes.

Multi-tiered Clauses in International Agreements, Revista Brasileira de Arbitragem, Vol. X Issue 38, pp. 7 – 15.

11 Al referirnos al concepto de mediación nos referimos a cualquier tipo de ADR autocompositivo, incluidos negociación, conciliación y cualquier otro concepto análogo siguiendo lo dispuesto por el artículo 1(3) de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional: “A los efectos de la presente Ley, se entenderá por “conciliación” todo procedimiento, designado por términos como los de conciliación, mediación o algún otro de sentido equivalente”

12 López de Argumedo Piñeiro, Álvaro, “El pacto de negociar con anterioridad a la iniciación del arbitraje”, en Soto Coaguila, Carlos Alberto (comp.) Tratado de Derecho Arbitral, Bogotá, Instituto Peruano de Arbitraje, 2011, pp. 3-4.

13 Fernández Ballesteros López, M.A., *Derecho Procesal Práctico*, tomo I, Ceura Madrid, 1993, p.407, en López de Argumedo Piñeiro, Álvaro, “El pacto de negociar con anterioridad a la iniciación del arbitraje”, Tratado de Derecho Arbitral, Bogotá, Instituto Peruano de Arbitraje, 2011, pp. 3-4.

14 *HIM Portland LLC v DeVito Builders Inc.*, US Court of Appeal, First circuit, 17 enero 2003.

15 Ver Sentencia del Tribunal de Casación de Zúrich, ASA Bulletin, Kluwer International 2002, vol. 20, pp. 373-373; *International Association of Bridge v. EFCO Corp. and Construction Products, Inc.*, 359 F 3d 954, 957 (8th Cir. 2004) ambos en López de Argumedo Piñeiro, Álvaro, fn 12, p. 6.

16 Id., pág. 3-4.

Incluso, existen aquéllas cláusulas que establecen un sistema de responsabilidad determinado que pesará sobre alguna de las partes en función de la actitud que decida adoptar en cada uno de los pasos previos al contradictorio, supuesto que analizaremos más adelante.

El punto de partida del análisis reside en el principio de autonomía de las partes, del que emerge la fuerza vinculatoria de los pactos¹⁷. Por virtud del principio *pacta sunt servanda*, las partes quedan obligadas al cumplimiento de lo estrictamente pactado en sus propios términos.¹⁸ Entonces, la pregunta que surge es ¿están las partes obligadas a respetar el pacto de utilizar sus mejores esfuerzos para llegar a un acuerdo? O incluso, ¿están las partes obligadas a sentarse a negociar aun cuando ninguna de ellas tenga particular interés en negociar con su contraparte en el momento, quizá, más álgido de la relación contractual? Existe un claro distanciamiento entre la expectativa contractual de las partes al firmar el contrato, con el contexto de interpretación y ejecución a una vez surgida la disputa.

En este contexto, una de las cuestiones más problemáticas es justamente cómo definir con precisión las obligaciones de las partes a la luz de la cláusula escalonada en cuestión¹⁹. La definición de las obligaciones de las partes será el paso previo para determinar, entonces, la obligatoriedad de los pasos previos al ejercicio de la acción y los efectos del incumplimiento de dichos pasos previos. Al respecto, el profesor Charles Jarrosson ha identificado 4 tipos de cláusulas en función de las obligaciones que vinculan a las partes: (i) cláusulas que no crean obligaciones; (ii) cláusulas que crean obligaciones limitadas; (iii) cláusulas que crean obligaciones por un periodo de tiempo y (iv) cláusulas que crean obligaciones reales²⁰.

Según este criterio de diferenciación, las cláusulas que no crean obligaciones son aquéllas que no son más que una declaración de buena intención de las partes, a través de la cual, las partes se obligan a considerar la posibilidad de recurrir en cualquier momento a un mecanismo alternativo distinto del arbitraje o juicio, según el caso²¹. En realidad no existe ninguna conducta exigible más allá de la consideración de la utilización de un mecanismo alternativo, y por tanto, no existirían supuestos de incumplimiento que generen sanción alguna.

17 En México, el artículo 1796 del Código Civil prevé que los contratos de perfeccionan por el mero consentimiento y, desde ese momento, obligan a las partes al cumplimiento de lo estrictamente pactado. Por su parte, el artículo 1797 del mismo Código establece que el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de una de las partes.

18 Platas P. María del Carmen. “El principio *Pacta Sunt Servanda* y la cláusula *Rebus Sic Stantibus*; la contradicción y la complementariedad; un reto lógico-argumentativo”, enero de 2014. <http://razonamientojudicial.com/wp-content/uploads/2011/10/Principio-Pacta-Sunt-Servanda.pdf>

19 Ver Jarrosson Charles, fn. 7, p. 163.

20 *Idem*.

21 Ver, por ejemplo, la cláusula modelo “ADR opcional” de la CCI: “Las partes podrán en todo momento, sin perjuicio de cualquier otro proceso, intentar la solución de cualquier desavenencia que derive de este contrato...”.

En segundo lugar, las cláusulas que crean obligaciones limitadas se refieren a aquéllas que prevén como única obligación la propuesta y discusión de algún mecanismo previo al ejercicio de la acción, pero no su agotamiento. Así lo contempla, por ejemplo, la cláusula modelo del Reglamento ADR de la CCI llamada “*Obligación de considerar la posibilidad de recurrir al ADR: En caso de desavenencias derivadas del presente contrato o relacionadas con él, las partes se comprometen a discutir y considerar, en primer lugar, el recurso al proceso de solución de desavenencias del Reglamento de ADR de la CCI*”. Claramente, la única obligación de las partes sería proponer a la otra la utilización de un mecanismo previo al ejercicio de la acción y considerar si esta utilización es conveniente o no para la solución de la disputa en cuestión. El cumplimiento de este requisito formal quedaría verificado con una notificación a la otra parte, pues en caso de que no se tenga respuesta de la otra parte, quedaría cumplida la obligación previa y legitimadas las partes para iniciar el arbitraje o juicio.²² Esta obligación es tan limitada, que incluso su incumplimiento no debería generar ningún obstáculo al ejercicio de la acción.

Un tercer grado de vinculación que las partes pueden adoptar es el supuesto de que ambas queden obligadas a no iniciar el mecanismo adversarial por un cierto periodo de tiempo. Así lo prevé la tercera y cuarta cláusula modelo de la CCI, en las que las partes se comprometen a someter sus diferencias al Reglamento de ADR de la CCI y, a falta de solución según dicho reglamento dentro de los 45 días siguientes a la presentación de la demanda de ADR, o al vencimiento de otro plazo acordado por escrito, las partes quedan liberadas de la “obligación de ADR” y quedan legitimadas para continuar con el procedimiento adversarial que hayan establecido.

Aun en presencia de este tipo de cláusulas, las partes únicamente estarían obligadas a no iniciar el procedimiento arbitral o judicial antes de que transcurra el plazo establecido para considerar agotado el paso previo. Ello porque el artículo 2(B) de dicho reglamento establece que cuando no exista acuerdo de las partes para iniciar el procedimiento de ADR, una de ellas podrá presentar una demanda de ADR a la CCI, quien a su vez notificará a la otra parte para que informe sobre su aceptación o rechazo a participar en el procedimiento de ADR. En caso de que la parte requerida no conteste en el plazo de 15 días, el procedimiento de ADR se considerará no iniciado. Así, la parte que presentó la demanda quedaría legitimada para continuar con el siguiente paso de la cláusula escalonada una vez transcurridos los 45 días siguientes a la presentación de la demanda de ADR.

Por último, están las cláusulas que crean verdaderas obligaciones²³ sin quedar sujetas a un plazo

22 Así lo prevé, por ejemplo, el artículo 4(2) de la Ley Modelo UNCITRAL sobre Conciliación Comercial Internacional: “4(2). La parte que haya invitado a otra a entablar un procedimiento de conciliación y no reciba de esta última una aceptación de la invitación en el plazo de 30 días a partir de la fecha en que envió la invitación o en cualquier otro plazo fijado en ella, podrá considerar que la otra parte ha rechazado su oferta de conciliación.

23 Ello no significa que las obligaciones derivadas de los otros tipos de cláusulas no sean reales y/o exigibles, sino que nos referimos a que la obligación de agotar el mecanismo previo, en este caso, no se agota por el simple

(y no sólo obligaciones temporales), de agotar los pasos establecidos a fin de que queden legitimadas para instaurar el juicio o arbitraje, según corresponda. Las dos ilustraciones más comunes de este tipo de cláusulas son las que se establecen en los procedimientos de indemnización en contratos de fusiones y adquisiciones de empresas (M&A) y en cierto tipo de contratos de infraestructura.

2.3. Cláusulas escalonadas en sectores específicos.

2.3.1. Contratos de M&A

En la primera ilustración, es común que las partes inserten en los contratos de fusión y adquisición de empresas procedimientos indemnizatorios *inter-partes* antes de activar la cláusula que contiene el procedimiento adversarial. Estos procedimientos incluyen los casos en los que el comprador sufre alguna pérdida o daño (*loss*) por el incumplimiento del vendedor a alguna garantía, sea un *representation*, *covenant* o *warranty*, y pueden consistir en (i) una oportunidad para el vendedor de subsanar el incumplimiento para evitar la pérdida al comprador; (ii) la activación de una cláusula de modificación del precio o (iii) alguna otra fórmula antes de que las partes puedan presentar su reclamación de indemnización antes un tribunal arbitral o judicial.

Lo mismo ocurre en los casos de reclamaciones de terceros (*third party claims*) que puedan causar un daño o pérdida a la parte compradora. En estos casos, el comprador notifica al vendedor de la existencia de una reclamación de tercero, lo que generaría la obligación del vendedor de decidir entre defender la reclamación para sacar a paz y a salvo al comprador o bien, reembolsar al comprador los gastos de defensa.

El cumplimiento de estos procedimientos contractuales *inter-partes* de indemnización previos es muy importante. En muchos casos, las cláusulas establecen que el comprador podría quedar impedido para obtener la indemnización de los daños sufridos, o el reembolso de los gastos de defensa de un reclamo de tercero, si no respetó dichos procedimientos, pues le habría negado la posibilidad al vendedor de subsanar lo que le correspondiere.

2.3.2. Proyectos de infraestructura y construcción.

La otra ilustración corresponde a los contratos de infraestructura, que por su propia naturaleza, requieren de mecanismos de solución de controversias previos a la instauración de un arbitraje o juicio. Ello porque todos los que intervienen en un proyecto de construcción tienen un solo objetivo: ver la obra terminada en tiempo y sin sobrecostos. La práctica ha demostrado que las cláusulas escalonadas en este tipo de proyectos facilitan la identificación, investigación y discusión de los problemas que aparecen en una obra en una etapa

paso del tiempo o la inactividad de la otra parte.

temprana²⁴.

Entre las ventajas que los propios actores del sector identifican en el uso de cláusulas escalonadas, podemos enumerar que se permite a las partes: (i) resolver las diferencias con un costo menor que en el litigio o arbitraje; (ii) resolver las diferencias sin detener la ejecución del proyecto, con lo que se minimiza el impacto de las disputas en la fecha de terminación del proyecto y (iii) tener acceso a un paso siguiente para el caso de disputas que requieran un mayor análisis de las circunstancias en que surgieron²⁵.

En este sector encontramos casos en los que las partes deciden diseñar el mecanismo previo y casos en los que se recurre a contratos modelo que incluyen mecanismos escalonados.

Respecto de los casos en los que las partes han decidido diseñar los mecanismos previos, existen algunos contratos de infraestructura y prestación de servicios de obra pública en México que han incluido un Comité de Coordinación Operativa, que luego se instaura como Comité de Mediación de Solución de Controversias, como condición precedente al ejercicio de cualquier acción de terminación anticipada o rescisión. En este caso, las partes están impedidas para ejercer las acciones correspondientes ante el foro que hayan escogido antes de agotar las dos instancias previas de solución de conflictos.

Otros casos incluyen el proyecto del Channel Tunnel²⁶, en el que las partes decidieron constituir un panel de 5 miembros, de los cuales 3 adjudicarían la disputa. Otro ejemplo fue el Channel Tunnel Rail Link Project, en el que existían 2 paneles de adjudicación, un panel técnico conformado por ingenieros que conocía de las disputas relacionadas con aspectos constructivos, y otro, dedicado a las disputas relacionadas con aspectos financieros²⁷.

Por otro lado, existen modelos contractuales utilizados en el sector de la construcción que prevén todo un sistema de solución de disputas previo a la instauración del juicio o arbitraje. Tal es el caso de los contratos modelo promovidos por FIDIC²⁸, Institution of Civil Engineers (ICE)²⁹, Institution of Electrical

24 Jenkins, Jane. *International Construction Arbitration Law* (Second Edition), Arbitration in Context Series, Volume 3, Kluwer Law International, 2013, p. 49.

25 *Idem*.

26 *Channel Tunnel Group Ltd v. Balfour Beatty Construction Ltd* [1993] AC 334.

27 Jenkins, Jane, fn 23, p. 58.

28 *Fédération Internationale des Ingénieurs Conseils*, fundada en 1913 con el objetivo de promover estándares internacionales en la industria de la consultoría, ingeniería y construcción.

29 Cuyos modelos son conocidos como NEC3 (New Engineering Contract), utilizados principalmente en el Reino Unido. A partir de 2015, todos los contratos de obra pública licitados en Hong Kong utilizarán este modelo de contratos.

Engineers (IIE)³⁰, Institute of Chemical Engineers (IChemE)³¹, the Joint Contracts Tribunal, the Association of Consultant Architects (ACA), BE Collaborative Contract, International Chamber of Commerce (ICC)³², entre otros. Para efectos de nuestro análisis, tres modelos merecen un comentario particular: los modelos FIDIC, el modelo NEC3 y el modelo ICC.

Sistema escalonado en FIDIC

Los modelos FIDIC contienen dos sistemas escalonados muy particulares: el contenido en el llamado Libro Blanco³³ y el contenido en los demás modelos, en particular los Libros Rojo³⁴ y Amarillo³⁵.

Para el caso del Libro Blanco, el sistema prevé una cláusula de tres pasos. En primer lugar, las partes deberán intentar negociar entre ellas y, a falta de acuerdo, someterán la disputa a una mediación y, de no llegar a una solución, la disputa será referida a arbitraje. Es importante señalar que el arbitraje no podrá iniciarse hasta que el procedimiento de mediación haya fracasado o no se haya obtenido una solución en el término de 90 días después de la solicitud de inicio de la mediación³⁶.

En el caso del Libro Rojo y el Libro Amarillo, los pasos son diferentes en virtud de que en ellos se contempla la figura del Ingeniero³⁷. El primer aspecto a considerar en el análisis de la cláusula escalonada propuesta en estos libros es el concepto de reclamación (*claim*) porque, como veremos, una parte quedará legitimada para acceder a los pasos de adjudicación hasta que exista un verdadero *claim*.

El término *claim*, según los libros FIDIC, significa algo entre la mera afirmación de una parte de tener derecho a un pago adicional o una extensión de tiempo y el derecho efectivo de la parte a obtener ese pago adicional o la extensión de tiempo³⁸. En el caso *Fast Track Contractors*, el concepto de *claim* a la luz del texto FIDIC fue expuesto de la siguiente manera:

“Una “disputa” sólo puede surgir una vez que el objeto de la reclamación ha sido puesto en conocimiento de

30 Pensados para la industria de la construcción de eléctricos, electrónicos, manufactura y profesionales de IT.

31 Contratos para instalaciones específicas de la industria química.

32 Con sus modelos ICC Model Turnkey Supply of an Industrial Plant Contract y ICC Model Major Project Turn-key Contract.

33 Contrato para servicios de consultoría.

34 Contrato de construcción. El contratista es responsable de la construcción y el diseño queda a cargo del cliente.

35 En donde el contratista es responsable del diseño de la obra.

36 Sub-cláusula 8.2.2.

37 Cuyas funciones son: actuar como agente del cliente, realizar funciones de determinación y certificación y funge como tercero determinador de disputas. Ver A.-V. Jaeger and G.-S. Hok, *FIDIC-A Guide for Practitioners*, Springer, Londres, 2010, p. 221.

38 A.-V. Jaeger and G.-S. Hok, *FIDIC-A Guide for Practitioners*, Springer, Londres, 2010, p. 357.

*la otra parte y esa parte ha tenido la oportunidad de considerar, admitir, modificar o desechar el reclamo o afirmación. A fin de constituir una disputa, la reclamación debe haber sido presentada y desestimada*³⁹.

Considerando el concepto de *claim*, el primer paso de la cláusula escalonada será la determinación del Ingeniero. Cuando ocurre un evento que hace creer al contratista que tiene derecho a un pago adicional (como puede ser el caso de una modificación o desviación al proyecto ordenada por el cliente), el contratista deberá, en primer lugar, someter la solicitud al Ingeniero⁴⁰, quien consultará con las partes e intentará generar un acuerdo respecto de la solicitud del contratista. En caso de no lograr un acuerdo, el Ingeniero emitirá una determinación justa tomando en cuenta todas las circunstancias, negando o aceptando la solicitud de pago adicional o extensión de plazo, según corresponda.

Una vez emitida la determinación, la parte inconforme debe notificar su desacuerdo al Ingeniero y es hasta ese momento en que surge el *claim* que legitima a la parte a iniciar el siguiente paso del mecanismo de solución de disputas⁴¹.

El segundo paso será someter la disputa al panel de adjudicación⁴² o *dispute board*⁴³ que emitirá una decisión. Luego de la decisión, se intentará un arreglo amistoso entre las partes para dar cumplimiento a la decisión del panel⁴⁴. En caso de no haber solución, el último paso será someter la disputa a arbitraje⁴⁵. Como vemos, la condición para que una parte acceda a cada uno de los pasos del mecanismo escalonado es haber cumplido siempre con el paso previo establecido en el contrato.

El modelo NEC3.

Por lo que hace al modelo NEC3, es importante destacar que dicho modelo ECC⁴⁶ fue utilizado en la construcción de la infraestructura utilizada en los Juegos Olímpicos de Londres 2012⁴⁷. La particularidad del sistema escalonado de disputas consistió en la utilización por la autoridad olímpica (Olympic Delivery

39 *Fastrack Contractors Ltd v. Morrison Construction Ltd*, [2000] BLR 168. Traducción libre: A “dispute” can only arise once the subject matter of the claim, issue or other matter has been brought to the attention of the opposing party and that party has had an opportunity of considering and admitting, modifying or rejecting the claim or assertion. In order to constitute a dispute, a claim must have been made which has been rejected.

40 Cláusula 3.5.

41 Sub cláusula 20.4.

42 Sub cláusula 20.2, 20.4.

43 Todos los libros FIDIC sugieren la utilización de *Dispute Adjudication Board* que emite decisiones vinculantes para las partes.

44 Sub cláusula 20.5.

45 Sub cláusulas 20.6 y 20.7.

46 Engineering and Construction Contract.

47 Según la información del propio ICE disponible en <https://www.neccontract.com/NEC-in-Action/Case-Studies/London-2012-Velodrome>.

Authority) de un sistema de adjudicación de disputas que permitió que la infraestructura se terminara en tiempo y con un ahorro significativo en costos⁴⁸.

El modelo ICC Major Project Turnkey Contract

Finalmente, en el caso del modelo ICC, el *ICC Model Major Project Turnkey Contract*, prevé un mecanismo escalonado de solución de disputas de tres pasos que deben agotarse previamente antes de pasar al siguiente escalón. Primero, las partes deben someter su disputa a la determinación de un representante del cliente⁴⁹. En segundo lugar, la disputa será sometida a un *Combined Dispute Board (CDB)* que conocerá de todas las disputas, incluidas las relativas a la validez, nulidad y terminación, en la medida en que sea permitido por el derecho aplicable al contrato⁵⁰. El CDB emitirá una recomendación o decisión en función de lo que las partes hayan decidido en el texto final del contrato. En caso de que el CDB emita una decisión, esta será vinculante y deberá cumplirse hasta que un tribunal arbitral ordene lo contrario. Según el texto del modelo, la jurisdicción del tribunal arbitral dependerá de la existencia o no de una notificación de inconformidad (*notice of dissatisfaction*) con la decisión del CDB enviada por una de las partes. Si existe tal notificación, el tribunal tendrá jurisdicción para conocer del fondo de la disputa. En caso contrario, el tribunal conocerá únicamente sobre el cumplimiento o incumplimiento de la decisión emitida por el CDB⁵¹. La característica de este modelo, en cuanto al cumplimiento del sistema escalonado, es que la parte que incumpla con las reglas contenidas en los artículos 66.1 a 66.6 del contrato modelo, correrá con todos los gastos que se incurran en todo el mecanismo de solución de disputas. Esta es una disposición que obliga a las partes a respetar los pasos previamente acordados, limitando la posibilidad de que una de las partes sabotee el mecanismo de solución de disputas, o por lo menos, imponiendo una consecuencia al incumplimiento deliberado de la cláusula escalonada.

3. ¿Qué tan obligatoria es la obligación previa de mediar? Perspectiva de tribunales nacionales.

El verdadero problema de las partes se presenta cuando la cláusula en cuestión no determina con precisión la obligación que deben cumplir antes de acudir al juicio o arbitraje, puesto que no quedaría claro en qué momento las partes estarían legitimadas para ejercitar su acción ante un tribunal.

Resulta claro que un procedimiento ADR no puede tener lugar en un contexto en el que no existan

48 En el informe *Post-Games Review*, la propia Oficina Nacional de Auditoría inglesa afirmó que la infraestructura requerida por los juegos olímpicos fue construida en tiempo con un ahorro de cerca de £377 millones gracias a la gestión del proyecto, del contrato y la gestión de riesgos, sugiriendo que la experiencia adquirida en estos rubros sea utilizada en proyectos posteriores.

49 Artículo 66 del contrato modelo.

50 Artículo 66.1 del contrato modelo.

51 Artículos 66.1 al 66.6 del contrato modelo.

reglas claras para su implementación⁵². Entonces, el hecho de que las partes haya sido omisas en la manera en cómo debería llevarse a cabo el mecanismo previo, ¿volvería inejecutable la obligación de negociar o mediar y legitimaría a las partes entonces a las partes a omitir el paso previo y acudir directamente al juicio o arbitraje?

Aun cuando la respuesta pareciera obvia, en la práctica no es tan evidente dada la diversidad en la redacción de este tipo de cláusulas y los diferentes contextos en que las disputas se presentan. Claramente, existe una tensión natural entre el principio *pacta sunt servanda*, en el que reside la fuerza vinculatoria del pacto de las partes de recurrir a una mediación previa al juicio o arbitraje, por un lado y, por otro lado, el derecho de una parte de someter su acción a un tribunal, el que estará obligado a no incurrir en un supuesto de negación de justicia. Así, el acuerdo de recurrir a un ADR será permisible en la medida en que no cree un obstáculo insuperable a las partes para ejercitar su acción ante un tribunal, judicial o arbitral⁵³.

A fin de intentar desentrañar estándares de apreciación que pudieran considerarse como una tendencia, a continuación intentaremos sistematizar algunos de los criterios que distintos tribunales nacionales han establecido en casos relevantes para considerar la obligatoriedad del mecanismo previo y definir así la admisibilidad o inadmisibilidad del juicio o arbitraje.

Respeto de la voluntad de las partes y consideración en favor de la regulación ordenada del comercio internacional.

En el caso *Channel Tunnel Group (CTG) v. Balfour Beatty Construction (BBC)*⁵⁴, el contrato preveía que las partes debían someter sus disputas a un panel de expertos de 3 miembros para luego acudir a arbitraje según el reglamento CCI. Una disputa relativa al precio de unos trabajos en el sistema de enfriamiento surgió y CTG solicitó una medida a los tribunales ingleses para que BBC no suspendiera los trabajos. Al día siguiente, BBC solicitó la suspensión de todos los procedimientos judiciales iniciados por CTG porque las disputas debían ser resueltas de conformidad con el procedimiento contractual y no en los tribunales ingleses. Al respecto el juez Mustill decidió conceder la suspensión solicitada y afirmó que “[la decisión de suspensión se concede] de conformidad no sólo con la presunción ejemplificada en los precedentes de casos ingleses citados, en los que aquéllos que acuerdan la forma de solución de sus disputas deben mostrar buenas razones para apartarse de ellos, sino en línea con los intereses de la regulación ordenada del comercio internacional, porque habiendo prometido llevar sus disputas a los expertos y, de ser necesario, a los árbitros, es ahí a donde los apelantes deben ir”⁵⁵.

52 Jarroson, Charles, fn 7, p. 157.

53 Jarroson, fn 7, p. 161.

54 *Channel Tunnel Group Ltd v. Balfour Beatty Construction Ltd* [1993] AC 334.

55 *Idem*, párr. 353 en Didem Kayali, *Enforceability of Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses*, Journal of International Arbitration, 2010, Vol. 27, Issue 6, p. 563.

Mediación obligatoria.

Existen casos en los que los tribunales han establecido que la falta de cumplimiento de la mediación previa impide a las partes el ejercicio de la acción. Así lo consideró el Tribunal de Apelaciones en el caso *HIM Portland v. De Vito Builders*⁵⁶, al afirmar que según la literalidad del contrato en cuestión, “la cláusula de arbitraje no se activa hasta que una de las partes solicita la mediación”. Como en ese caso ninguna de las partes había intentado la mediación obligatoria, ninguna podía ser obligada a participar en el arbitraje. Así lo estimó el tribunal porque la cláusula establecía que las partes debían someter sus disputas a un arquitecto y, a falta de solución, debían intentar resolver las disputas por medio de la mediación de conformidad con las Reglas de Mediación de la Industria de la Construcción de la AAA⁵⁷.

Falta de condiciones de implementación del mecanismo previo.

En Francia, el caso reciente más emblemático quizá sea el caso *Medissimo*⁵⁸. En este caso, que surge de un contrato de mantenimiento y programación de software, Medissimo inició un procedimiento judicial alegando incumplimiento de contrato por su contraparte contractual, Logica IT, sin tener en cuenta el intento de solución amistosa previsto en el contrato. La Corte de Casación estableció que la cláusula que prevé una tentativa de solución amigable de la disputa, sin contener las condiciones particulares para su puesta en marcha, no constituía un procedimiento de conciliación obligatoria cuyo incumplimiento caracterizaría un supuesto de inadmisibilidad de la demanda⁵⁹.

Certeza de la cláusula de mediación previa.

En el caso *Aiton Australia Pty Ltd v. Transfeld Pty Ltd*.⁶⁰, el contrato para la construcción de una planta de cogeneración en el sur de Australia contenía un mecanismo de tres etapas: negociación, mediación y finalmente determinación de expertos o litigio. Aiton demandó el pago de daños y Transfeld solicitó una suspensión con reenvío al mecanismo contractual. Lo relevante del caso es que tribunal señaló que no existía base legislativa para ordenar el cumplimiento forzoso de las cláusulas de solución de disputas, salvo en el caso de la obligación de acudir al arbitraje. No obstante, el tribunal afirmó que se requerían dos elementos para considerar obligatorio el cumplimiento de la cláusula de mediación: (i) debe contener

56 *HIM Portland LLC v. DeVito Builders Inc.*, 317 F.3d 41, 42 (1st Cir. 2003).

57 *Idem*.

58 *Medissimo v. Logica*, Cass. Com. 29 abril 2014, n° 12-27.004.

59 “Attendu que la clause contractuelle prévoyant une tentative de règlement amiable, non assortie de conditions particulières de mise en œuvre, ne constitue pas une procédure de conciliation obligatoire préalable à la saisine du juge, dont le non-respect caractérise une fin de non-recevoir s’imposant à celui-ci”.

60 *Aiton Australia Pty Ltd v. Transfeld Pty Ltd*. [1999] 153 F.L.R. 236, en Didem Kayali, *Enforceability of Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses*, Journal of International Arbitration, 2010, Vol. 27, Issue 6.

la mención expresa de que la mediación es una condición previa al litigio o arbitraje y (ii) debe ser lo suficientemente clara. En este caso, el tribunal consideró que la falta de certeza de la cláusula de mediación impedía su ejecución obligatoria.

Por otro lado, la High Court de Inglaterra sentó unos criterios de apreciación muy interesante en el caso *Cable & Wireless plc v. IBM United Kingdom Ltd*⁶¹. Se trataba de un contrato de prestación de servicios de tecnología que contenía una cláusula escalonada que preveía una negociación de altos funcionarios. Luego, una negociación entre funcionarios de más alto rango. A falta de solución, las partes se someterían a un procedimiento ADR de conformidad con las reglas del Centre for Dispute Resolution (CEDR) inglés y, finalmente, a falta de solución, las partes acudirían a la jurisdicción inglesa.

Resulta relevante la argumentación de la decisión de la High Court, la cual determinó suspender el procedimiento y reenviar a las partes a cumplir con el procedimiento ADR previsto. La primera razón para reenviar a las partes a dicho ADR fue la certeza de la naturaleza y contenido de la obligación:

“...it is well established that an agreement to negotiate cannot be enforced in English law (...) [t]hat is because a court would have insufficient objective criteria to decide whether one or both parties were in compliance or breach of such a provision. However, the clause went on to prescribe the means by which such attempt should be made, namely “through an (ADR) procedure as recommended to the parties by (CEDR)”. The engagement can therefore be analysed as requiring not merely an attempt in good faith to achieve resolution of a dispute but also the participation of the parties in a procedure to be recommended by CEDR. Resort to CEDR and participation in its recommended procedure are, in my judgment, engagements of sufficient certainty for a court readily to ascertain whether they have been complied with.

En otra parte de la resolución, la corte estableció que la referencia a un mecanismo ADR que no incluya una referencia a un procedimiento identificable no necesariamente implicaría su falta de obligatoriedad por falta de certeza. Así, afirmó que *“an important consideration would be whether the obligation to mediate was expressed in unqualified and mandatory terms or whether, as is the case with the standard form of ADR orders in this court, the duty to mediate was expressed in qualified terms”*.

La segunda razón tuvo que ver con la utilidad de suspender el procedimiento y reenviar a las partes al ADR puesto que existía una gran posibilidad de que el procedimiento judicial quedara sin materia de resultar exitoso el ADR: *“[a]s I have already explained, IBM disputes the fundamental validity of the Compass Benchmarking Report. If they are right, the issue of construction which C&W now wish this court to resolve will not arise.”*

Como vemos, el criterio utilizado no sólo tomó en cuenta la certeza de la cláusula, sino la utilidad del

61 *Cable & Wireless plc v. IBM United Kingdom Ltd*, High Court, [2002] EWHC 2059 (Comm)

reenvío al ADR.

Obligatoriedad del mecanismo previo y excepción de buena fe.

En Suiza, un caso reciente resulta de particular interés porque, a pesar de que el contrato incluía el mecanismo de solución de disputas de FIDIC, el tribunal consideró que dicho procedimiento previo no era obligatorio. En este caso⁶², una empresa de construcción Francesa firmó dos contratos con una empresa propiedad del Estado de Rumania. Los contratos fueron sometidos a la ley rumana e integraron las condiciones FIDIC del Libro Rojo de 1999 que en la cláusula 20 establecía un procedimiento DAB previo al arbitraje.

Una disputa surgió entre las partes y, en marzo de 2011, el contratista notifica al propietario de su intención de entablar una demanda de 21 millones de euros a una junta ad hoc. El proceso para constituir el DAB resultó particularmente largo (15 meses), debido principalmente a la conducta obstructiva del cliente. Para el 14 de junio de 2012, las partes acordaron finalmente la constitución del DAB, pero no firmaron el acuerdo de adjudicación de disputas (“DAA”) según lo establecía la cláusula 20.2 de las condiciones FIDIC. Hecho esto, el contratista presentó una solicitud de arbitraje con la ICC. Como era de esperarse, el cliente se opuso a la jurisdicción del tribunal arbitral con el argumento de que el arbitraje no podría iniciarse sino después de la terminación del procedimiento DAB.

En un laudo parcial del 21 de enero de 2014, la mayoría del tribunal arbitral ubicado en Ginebra afirmó su jurisdicción. Al interpretar la cláusula 20 de las condiciones FIDIC, concluyó que, en ese caso particular, el procedimiento de la junta ad hoc no era una condición precedente al arbitraje y en ese sentido no era obligatorio, basando su conclusión en los siguientes elementos: (i) el uso de “deberá” en la cláusula 20.2 claramente influye en el carácter obligatorio del procedimiento DAB; (ii) no obstante, el plazo de 15 meses para designar la DAB era excesivo, en particular para un procedimiento de solución de controversias que debe ser rápido; (iii) en consecuencia, ante la negativa del propietario a firmar el DAA, el único recurso del contratista fue recurrir directamente al arbitraje.

Al respecto, el Tribunal Federal Suizo confirmó que el procedimiento previo al arbitraje era imperativo para que el arbitraje pudiera iniciarse. No obstante ello, en el caso particular sostuvo la existencia de una excepción general derivada de la buena fe procesal a la luz de las circunstancias de constitución del DAB. El tribunal afirmó que *“a la luz de las reglas [de la buena fe procesal] y visto el proceso de constitución del DAB, no es posible reprochar a dicha parte el haber perdido la paciencia y haber decidido, cansado de la discusión, de saltarse la etapa del DAB, a pesar de su carácter obligatorio, para someter el caso al arbitraje”*⁶³

62 A. SA v B. SA, Tribunal Federal Suizo, 4A_124/2014, 7 julio de 2014.

63 Consideración 3.5; ver nota Pierre Yves Tschanz e Isabelle Fellrath Gazzini, A.SA v. B.A, *Federal Supreme Court of Switzerland, 1st Civil Law Chamber, Case No.4A_124/2014*, 7 July

Violación al debido proceso

En el caso conocido como CODISA en Perú⁶⁴, el Tribunal Constitucional resolvió anular el laudo que condenaba a CODISA, ordenando un nuevo procedimiento de arbitraje para determinar, de manera preliminar, si se cumplió el trámite previo de mediación, a fin de establecer quién se encontraba legitimado para iniciar el arbitraje a la luz del contrato. En este caso, el contrato preveía que todas las disputas que no pudieran ser resueltas después de su negociación de buena fe por un periodo de 30 días calendario, serían llevadas a arbitraje.

El tribunal consideró que *“no por tratarse de una etapa de carácter pre procesal, quiere ello significar que las reglas incorporadas a un contrato tengan un carácter meramente indicativo. Aquellas son ley para las partes y si por consiguiente y de acuerdo con estas últimas, existe una etapa de previas negociaciones, aquellas asumen un efecto plenamente vinculante respecto de las partes que generaron dicha relación. Su inobservancia por tanto es análoga a la vulneración que opera cuando se desacata el llamado procedimiento preestablecido por la ley en cuanto variante del debido proceso.”*⁶⁵ Por esta razón, la falta de cumplimiento del periodo de negociaciones, identificado como requisito de procedibilidad, habría violado en perjuicio de la promovente del amparo el derecho al debido proceso⁶⁶.

Razones de equidad y honestidad en el acuerdo de negociar

En el caso *Emirates Trading Agency LLC v Prime Mineral Exports Private Limited*⁶⁷, el contrato de largo plazo de venta de hierro preveía que, en caso de disputa, las partes deberían intentar resolverla a través de discusiones amistosas. Si no podían llegar a una solución en un periodo continuo de 4 semanas, la parte que reclamara el incumplimiento podría iniciar el arbitraje. Surgida la disputa, las partes sostuvieron una serie de reuniones para discutirla sin llegar a ninguna solución e iniciaron el arbitraje.

La corte sostuvo que el acuerdo de negociar era vinculante y debía de cumplirse, apoyando su razonamiento en dos premisas: (i) el acuerdo no estaba incompleto, puesto que no faltaba ningún término y (ii) el acuerdo no era incierto. En este último punto, la corte afirmó que la obligación de resolver una disputa a través de un debate amistoso comprendía un estándar identificable de discusiones justas, honestas y

2014, *Revue de l'Arbitrage*, Volume 2014, Issue 4, pp. 1009 -1015.

64 *Compañía Distribuidora, S.A. (CODISA) v. Corporación Financiera de Desarrollo (COFIDE)*, Tribunal Constitucional del Perú, exp. 5311/2007-PA/TC, 5 de octubre 2009.

65 Id. párr. 12.

66 Id. Voto Dirimente del Magistrado Mesía Ramírez, párr. 5.

67 *Emirates Trading Agency LLC v Prime Mineral Exports Private Limited*, High Court of England and Wales, Queen's Bench Division, Commercial Court, 2013 Folio 1559, 1 julio 2014, nota por Nicholas Fletcher, contribución de ITA Board of Reporters, Kluwer Law International.

genuinas que apuntan a resolver la disputa⁶⁸. La dificultad de probar el incumplimiento de dicha obligación no necesariamente debe ser entendido como falta de certeza en la cláusula ADR. La ejecución de este tipo de acuerdo de negociación es de interés público, primero, porque los comerciantes esperan que la corte de efectos a dichos acuerdos tomados de manera libre y, segundo, porque el objeto del acuerdo es evitar lo que, de otra manera, sería un arbitraje en el que habría que invertir tiempo y dinero.⁶⁹

4. Conclusión

Vista la evolución y sofisticación del comercio, parece innegable que las cláusulas escalonadas en los contratos comerciales serán un recurso que las partes seguirán utilizando para buscar un mecanismo más eficiente para resolver sus disputas.

En ese contexto, a pesar de que la mediación y otros mecanismos ADR son considerados como herramientas adecuadas para resolver conflictos, algunas jurisdicciones aún tienen cierta reticencia en reconocer el efecto vinculante de los pactos de mediar. Por otro lado, las razones que han justificado la ejecución de la obligación de mediar son variadas. De los casos reportados en diversas jurisdicciones es posible advertir ciertos elementos de apreciación para considerar cuándo es que la obligación de cumplir los pasos previos de una cláusula escalonada es exigible y cuál es la sanción de su incumplimiento. Sin embargo, la cuestión está lejos de quedar resuelta de una manera clara y, menos aún, generalizada.

Además de las circunstancias particulares de cada relación que las partes deberán tomar en cuenta para definir la conveniencia de utilizar una cláusula escalonada o no, se deberán tomar en cuenta los criterios de apreciación de dichos mecanismos por parte de los tribunales, arbitrales y judiciales, al momento de redactar este tipo de cláusulas. Ello para asegurar la máxima eficiencia y el máximo apego a aquello que las partes quisieron cuando celebraron su contrato una vez surgida la disputa: un mecanismo eficiente.

68 Idem, párr. 64.

69 Idem.

Juan Pablo Hugues Arthur¹

Asesor del Procurador Fiscal en la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y
Exalumno Diplomado Arbitraje ICC México

Introducción

Aun cuando el arbitraje comercial internacional y el de inversión poseen características particulares que los diferencian estructuralmente,² una de las cuestiones más importantes que deben ser tomadas en cuenta por cualquier empresa, comerciante, inversionista o Estado al consentir someter las controversias jurídicas de la que sea parte al arbitraje, es la forma en la que las costas de este procedimiento serán distribuidas al final del mismo.³ Aunque el arbitraje internacional, tanto comercial como de inversiones, tiene una gran cantidad de virtudes que siguen posicionándolo como el mecanismo de solución de controversias preferido en los negocios internacionales, la baratez del procedimiento no es una de dichas virtudes.⁴

Las costas del arbitraje están constituidas *grosso modo* por la suma de dos rubros principales, los costos del procedimiento más los costos de las partes.⁵ Aunque existen ciertas diferencias entre el arbitraje comercial internacional y el de inversión en cuanto a lo que constituye cada uno de estos rubros, en general los costos del procedimiento son los gastos y honorarios de los árbitros; los gastos asociados con la administración del arbitraje; honorarios de autoridades que nombraron árbitros, en dicho caso, y los costos

* Ensayo final del XXIII Diplomado en Arbitraje Comercial Internacional de ICC México. Una versión modificada de este artículo fue publicada en inglés por Transnational Dispute Management (TDM) bajo el siguiente título: J.P. Hugues Arthur (2015, forthcoming) "Where do we stand? Where should we go? An assessment of recent costs allocation trends in international commercial and investment arbitration"

1 Abogado por el CIDE y alumno del XXIII Diplomado en Arbitraje Comercial Internacional de ICC México. Contacto: juan.hugues@outlook.com

2 Van Harten/Loughlin, *Investment treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law* (2006) 17 EJIL 121, p. 140 en adelante.

3 "The standards for making awards of costs of legal representation and related expenses are of corresponding importance [in international arbitration]." G Born, *International Commercial Arbitration* (Kluwer Law International, 2014) [En adelante: G Born, *International Commercial Arbitration*], p. 3085; G Flecke-Giammarco, 'The Allocation of Costs by Arbitral Tribunals in International Commercial Arbitration' en J Huerta-Goldman, A Romanetti y J X Stirnimann (eds.), *WTO Litigation, Investment Arbitration, and Commercial Arbitration* (Kluwer Law International, 2013) [En adelante: G Flecke-Giammarco, *The Allocation of Costs by Arbitral Tribunals in International Commercial Arbitration*], p. 389. Consúltese en este sentido M O'Reilly, *Rethinking Costs in Commercial Arbitration* (2003) 69 Arbitration 122; E Robine, *What Companies Expect of International Commercial Arbitration* (1992) 9 JInt'l Arb 31; S Schill, *Arbitration Risk and Effective Compliance, Cost-Shifting in Investment Treaty Arbitration* (2006) 7 J World Investment & Trade 653 [En adelante: S Schill, *Arbitration Risk and Effective Compliance*], p. 654.

4 Para una tabla comparativa sobre los costos promedio de arbitrajes de diferentes institucionales en el mundo, véase International Institute for Sustainable Development, *5.0 Arbitration Costs*, p. 12. Las costas de arbitrajes de inversión han llegado a ser de decenas de millones de dólares. *Chekoslovenska Obchodni Bnaka, a.s. v. The Slovak Republic* (Award) (ICSID Case No. ARB/97/4) (29 December 2004) § 374; *Deutsche Bank AG v Democratic Socialist Republic of Sri Lanka* (Award) (ICSID Case No ARB/09/02) (31 October 2012); *Plama Consortium Consortium Limited v. Republic of Bulgaria* (Award) (ICSID Case No ARB/03/94) (27 August 2008).

5 L Reed, *Allocation of Costs in International Arbitration* (2011) 26 ICSID Review 76 [L Reed, *Allocation of Costs in International Arbitration*] p. 76.

de los expertos y otros asistentes del tribunal. Los costos de las partes están constituidos por los viáticos y gastos de traslado de las partes a la sede del arbitraje, gastos de testigos, y los gastos de representación legal.⁶

Además de sus grandes proporciones, otra característica de las costas dentro del arbitraje internacional comercial y de inversiones que ha causado controversia en la comunidad recientemente es la inconsistencia, y hasta arbitrariedad, de la distribución de las mismas por parte de los tribunales.⁷ Ante esta problemática, surgen las siguientes preguntas ¿Cómo deberían los tribunales arbitrales comerciales y de inversión distribuir las costas del arbitraje? ¿Debe adoptarse un sistema homogéneo de distribución de costas? ¿Existen razones para argumentar que en el arbitraje de inversión se deben distribuir las costas de manera distinta al arbitraje comercial? En el siguiente artículo se argumentará lo siguiente: primero, resulta recomendable que en el arbitraje de inversión no se adopte necesariamente un sistema específico de distribución de costas, sino que se institucionalicen los elementos casuísticos que determinarán la forma en la que éstas serán distribuidas entre las partes. Segundo, con respecto al arbitraje comercial, resulta recomendable diseñar un sistema que incentive a que las partes acuerden un sistema de distribución de costas y que, en caso contrario, *prima facie* la parte perdedora del caso cargue con las costas del arbitraje, sujeto a que circunstancias particulares disminuyan la proporción en la que dicha parte tendrá que hacerse cargo de las mismas.

Para sustentar mi argumentación anterior, el artículo se dividirá en dos partes. En la primera, se expondrán los sistemas generales de distribución de costas que existen tanto en el derecho comparado como en las reglas internacionales de arbitraje: el sistema americano y el inglés. Posteriormente, al enunciar los elementos esenciales del arbitraje de inversiones y el comercial que, al mismo tiempo, los distinguen entre sí, se describirá el estado actual de la distribución de costas en el arbitraje de inversiones y comercial internacional con base en la jurisprudencia correspondiente a cada tipo de arbitraje. Finalmente, en la segunda parte, se analizarán ciertas propuestas que se han realizado en la literatura del arbitraje de inversiones y el comercial internacional sobre la distribución de costas. Con base en estas propuestas y su análisis, se presentarán las razones que sustentan la defensa de los sistemas de distribución de costas descritos en el párrafo anterior.

Antes de comenzar el desarrollo del presente artículo es importante establecer dos notas aclaratorias.

⁶ B Sabahi, *Compensation and Restitution in Investor-State Arbitration: Principles and Practice*, (OUP, 2011), p. 156; C Schreuer, L Malintoppi, A Reinisch, A Sinclair, *The ICSID Convention: A Commentary* (CUP, 2009) [En adelante: C Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary*], p. 1227.

⁷ Consúltase, por ejemplo J Y Gotanda, *Awarding Costs and Attorneys' Fees in International Commercial Arbitration* (2000) Villanova University School of Law Public Law and Legal Theory Working Paper No. 2000-2 [En adelante: J Y Gotanda: *Awarding Costs and Attorneys' Fees in International Commercial Arbitration*]; Power & Konrad, 'The Award – Costs in International Commercial Arbitration – A Comparative Overview of Civil and Common Law Doctrines' en C Klausegger, P Klein *et al.*, *Austrian Arbitration Yearbook* (2007); J Power, *Investment Arbitration – Determination of Costs in ICSID Arbitration* en C Klausegger, P Klein *et al.*, 228 *Austrian Arbitration Yearbook* 351 (2010).

Primero, el término costas en este trabajo comprende la suma de los costos del procedimiento más los costos de las partes. Segundo, referencias al sistema inglés se harán en exclusión al sistema americano. Es decir, se entenderá que el sistema inglés no comprende exclusivamente aquél en el que en todos los casos el perdedor del caso se hace cargo de todas las costas, sino aquél sistema que parte del principio de que el perdedor paga las costas, aunque puede ser de manera proporcional.

I. Las reglas y las decisiones

α) El sistema inglés y el sistema americano de distribución de costas

Tanto en derecho internacional como en derecho comparado existe heterogeneidad en las reglas aplicables a la distribución de las costas de un procedimiento judicial. Apesar de esto, existen dos sistemas prevalecientes.⁸ En el primero el perdedor del caso debe de pagar todos los costos en los que incurrió él y su contraparte ganadora. Este sistema se conoce como el sistema inglés – ya que surgió en Inglaterra – o como el principio de “el perdedor paga” o “los costos siguen la suerte del evento” (*loser pays* o *costs follow the event*).⁹ En el segundo sistema, cada parte de la controversia debe pagar por su cuenta sus gastos de representación y asesoría legal, y cada parte debe cargar de forma equitativa con los costos del procedimiento.¹⁰ A este sistema se le conoce como “la regla americana” – de igual forma, porque surgió principalmente en Estados Unidos (*pay your own way*).

El sistema inglés busca principalmente compensar económicamente a la parte victoriosa de un caso, reducir demandas frívolas y castigar a la parte perdedora de un caso por demandar erradamente o por haber violado los derechos de la otra parte.¹¹ Aun cuando en principio el sistema aplica en el litigio nacional ante cortes domésticas, ciertos países como México¹² e Inglaterra¹³ han establecido en sus reglas arbitrales que en los arbitrajes que se lleven a cabo dentro de dichos países se deberán de distribuir las costas del arbitraje a la parte que resulte victoriosa, al menos que las partes consientan lo contrario o el tribunal no considere esto pertinente.¹⁴

8 J Y Gotanda, *Consistently Inconsistent: The Need for Predicability in Awarding Costs and Fees in Investment Treaty Arbitrations* (2013) 28 ICSID Review 2 [J Gotanda, *Consistently Inconsistent: The Need for Predicability in Awarding Costs and Fees in Investment Treaty Arbitrations*] p. 423.

9 N Rubins, *The Allocation of Costs and Attorney's Fees in Investor-State Arbitration* (2003) 18 ICSID Review [N Rubins, *The Allocation of Costs and Attorney's Fees*], p. 109.

10 J Y Gotanda, *Damages in Private International Law* (2007) 326 RCADI 313.

11 J Y Gotanda, *Attorneys' Fees Agonistes: The Implications of Inconsistency in the Awarding of Fees and Costs in international Arbitration* (2009) Villanova University School of Law Public Law and Legal Theory Working Paper No. 2010-01 [En adelante: J Y Gotanda, *Attorneys' Fees Agonistes*] p. 5-6.

12 “Salvo lo dispuesto en el párrafo siguiente, las costas del arbitraje serán a cargo de la parte vencida.” Código de Comercio, art. 1455.

13 “Unless the parties otherwise agree, the tribunal shall award costs on the general principle that costs should follow the event except where it appears to the tribunal that in the circumstances this is not appropriate in relation to the whole or part of the costs.” England Arbitration Act 1996, 1996 Chapter 23, § 61(2)

14 Cabe mencionar que Inglaterra ya está adoptando un sistema más laxo por virtud del cual otorgan mayor

El sistema inglés ha sido adoptado en una gran mayoría de sistemas legales nacionales, tanto de tradición civil como del derecho de los comunes¹⁵, aunque con ciertas variables.¹⁶ Por ejemplo, en España los costos que puede recuperar una parte victoriosa están limitados a una tercera parte del total demandado en el caso, y en Inglaterra, Alemania y Suiza, los costos de representación legal son calculados con base en una tasa fija que no necesariamente corresponde a la realidad de dichos costos.

Al inicio del derecho de los comunes compartido por Estados Unidos e Inglaterra, cada parte de una controversia legal debía hacerse cargo de sus costos en el caso, a menos que una Ley estableciera lo contrario. No obstante, con el paso del tiempo, Inglaterra adoptó el sistema inglés y Estados Unidos continuó con este sistema original de distribución de costas.¹⁷ Según la Corte Suprema de Estados Unidos,¹⁸ hay tres razones principales para seguir este sistema: (i) sería injusto obligar a una parte pagar todos los costos de casos legales donde el resultado final es generalmente incierto; (ii) adoptar otro sistema crearía incentivos para la gente de escasos recursos de no buscar solución judicial a sus controversias jurídicas, y (iii) este sistema resulta más eficiente en términos de tiempo y costos.¹⁹

Esta regla es aplicada originalmente en procedimientos judiciales estadounidenses,²⁰ pero también

discreción al juez para decidir cómo distribuir costas, igual que Australia, Suiza y Alemania.

¹⁵ Véase M Buhler, *Awarding Costs in International Commercial Arbitration: An Overview* (2004) 22 ASA Bulletin 2 [En adelante: M Buhler, *Awarding Costs in International Commercial Arbitration*], p. 250; W Pfennigstorf, *The European Experience with Attorney Fee Shifting* (1984) 47 Law & Contemporary Problems, p. 40. Entre los países que han adoptado este sistema se encuentran Alemania, Australia, Austria, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, Dinamarca, Francia, Grecia, Hungría, Grecia, India, Italia, Irán, Luxemburgo, México, Nueva Zelandia, Países Bajos, Portugal, República Dominicana, Rumania, Suiza, Turquía y Yemen. Véase J Y Gotanda, *Supplemental Damages in Private International Law* (1998, Kluwer Law International, The Hague, The Netherlands), pp. 146-173.

¹⁶ Por esta razón, se ha argumentado que sólo existen dos sistemas de distribución de costos en general: el estadounidense y aquél que se concentra en el resultado del caso, i.e. el sistema inglés y todas sus demás variantes. Véase C Koch, *Is There a Default Principle of Cost Allocation in International Arbitration? – The Importance of the Applicable Provisions and Legal Traditions* (2014) 31 Journal of International Arbitration 4 [En adelante: C Koch, *Is There a Default Applicable Principle of Cost Allocation in International Arbitration?*], p. 489.

¹⁷ J Vargo, *The American Rule on Attorney Fee Allocation: The Injured Person's Access to Justice* (1993) 42 The Am. U. L. Rev., p. 1567.

¹⁸ *Arcambel v. Wiseman* 3 U.S. 3 Dall. 306 306 (1796).

¹⁹ J Y Gotanda: *Awarding Costs and Attorneys' Fees in International Commercial Arbitration*, p. 13-14.

²⁰ De acuerdo con Christopher Koch, la regla R-47 d (ii) de las reglas de arbitraje y mediación de la Asociación Americana de Arbitraje apoya el sistema americano de distribución de costos. Esta regla establece que “an award of attorneys' fees if all parties have requested such an award or it is authorized by law or their arbitration agreement.” Véase C Koch, *Is There a Default Principle of Cost Allocation in International Arbitration?* p. 485. Algunas de las reglas que siguen el sistema inglés son las siguientes. UNICTRAL Arbitration Rules (as revised 2010), art. 42(1) “The costs of the arbitration shall in principle be borne by the unsuccessful party or parties. However, the arbitral tribunal may apportion each of such costs between the parties if it determines that apportionment is reasonable, taking into account the circumstances of the case.” London Court of International Arbitration Arbitration Rules, art. 28(3): “The Arbitral Tribunal shall also have the power to order in its award that all or part of the legal or other costs incurred by a party be paid by another party, unless the parties agree otherwise in writing.” Como puede observarse, el sistema nacional de distribución de costas determina el sistema de distribución de costos de las reglas de arbitraje de las instituciones arbitrales de dicho país. Para mayor información sobre lo anterior, consúltese C Koch, *Is There a Default Principle of*

se sigue en arbitrajes nacionales de Estados Unidos²¹ aunque la ley arbitral de este país no mandate así.²² Por el contrario, la Ley Uniforme de Arbitraje (*Uniform Arbitration Act*), adoptada por la mayoría de los estados de la Unión, permite distribuir los costos del arbitraje entre las partes.²³ En última instancia, los árbitros que lleven a cabo un procedimiento arbitral en Estados Unidos bajo un acuerdo de las partes o una regla arbitral que les permita aplicar el sistema inglés, podrán hacerlo y las cortes estadounidenses respetarán dicha decisión, ya que el sistema estadounidense de distribución de costas no es parte de una “política pública” de dicho país.²⁴ De hecho, el reconocido jurista Gary Born argumenta que, en ausencia de una regla en contrario, los costos de representación legal pueden ser distribuidos a una de las partes en arbitrajes dentro de Estados Unidos.²⁵

Como puede comprobarse, tanto el sistema americano como el inglés, con sus respectivas variaciones, poseen fundamentos importantes. Por lo tanto, han influenciado las reglas de distribución de costas en reglamentos de arbitraje, aunque el sistema inglés es el que más influencia ha ejercido en este sentido.²⁶ Sumado a esto, aun cuando las reglas de arbitraje aplicables en una controversia comercial internacional o de inversiones no prevean una regla precisa sobre distribución de costas, los sistemas legales nacionales son una base importante sobre la cual los árbitros distribuyen las costas de un arbitraje entre las partes del mismo.

b) La jurisprudencia sobre distribución de costas en el arbitraje inversionista-Estado

El arbitraje inversionista-Estado es un mecanismo de solución de controversias jurídicas entre un inversionista extranjero y el Estado en el que éste realiza su inversión. En este sistema, clásicamente el inversionista reclama la violación de un Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (APPRI) por parte de un Estado. Este sistema tiene sus raíces en el derecho internacional público (DIP),²⁷ por lo que el derecho de las naciones en general y los precedentes de la Corte Internacional de Justicia (CIJ), por ejemplo, ejercen gran influencia en el arbitraje inversionista-Estado.²⁸ De hecho, los APPRI son tratados

Cost Allocation in International Arbitration?, p. 485-489.

21 T Oehmke, *Commercial Arbitration* (Clark Boardman Callaghan, 1997) § 123:01.

22 G Born, *International Commercial Arbitration*, p. 3089.

23 “An arbitrator’s expenses and fees, together with other expenses, must be paid as provided in the award.” *Uniform Arbitration Act* 7 U.L.A. 250 (2000) § 21(d). Véase también J Y Gotanda, *Attorneys’ Fees Agonistes*, p. 9.

24 *Ibidem*.

25 *Ibidem*.

26 C Koch, *Is There a Default Principle of Cost Allocation in International Arbitration?*.

27 C Leben, *La responsabilité internationale de l’État sur le fondement des traités de promotion et de protection des investissements* (2004) 50 AFDI 708 ; N Rubins, *The Allocation of Costs and Attorney’s Fees*, p. 110.

28 A Pellet, *2013 Lalive Lecture: The Case Law of the ICJ in Investment Arbitration* (2013) 22 ICSID Review 2. En particular, la jurisprudencia de la CIJ ha influenciado sustantivamente los precedentes del arbitraje de inversión en cuestiones como la definición de “inversión”, el alcance de las cláusulas paraguas, las consecuencias jurídicas de la cláusula de la nación más favorecida, y cuestiones sobre la facultad de los tribunales para pronunciarse sobre

internacionales pactados entre dos Estados, con la salvedad que establecen estándares de protección a las inversiones e inversionistas de cada nación y les otorga a éstos un derecho procesal de reclamación ante un tribunal arbitral internacional por la violación de estos estándares.²⁹ En las últimas dos décadas, el arbitraje inversionista-Estado ha crecido exponencialmente.³⁰ Hoy en día, además de miles de APPRIs bilaterales, existen tratados multilaterales de la mayor relevancia que establecen arbitraje inversionista-Estado como el método de solución de controversias en materia de inversión.³¹

En los últimos años, el sistema de arbitraje inversionista-Estado ha sufrido una pérdida de legitimidad debido en gran medida a ciertas inconsistencias en las decisiones de los tribunales que resuelven estas controversias.³² La falta de certeza en las decisiones sobre distribución de costas en este procedimiento ha contribuido, de cierta forma, a esta pérdida de legitimidad o, al menos, a la falta de certeza del sistema.

Por un lado, las reglas de arbitraje clásicamente aplicables al arbitraje inversionista-Estado son contradictorias en cuanto a la forma en la que las costas del arbitraje serán pagadas.³³ Estas reglas son,

el fondo de una controversia. Ejemplos de casos que se han basado en resoluciones de la CIJ en estos temas son los siguientes: *Ambiente Ufficio S.p.A. and others v. Argentine Republic* (Decision on Jurisdiction and Admissibility) (ICSID Case No. ARB/08/9) (8 February 2013); *Daimler Financial Services AG v. Argentine Republic* (Award) (ICSID Case No. ARB/05/1) (22 August 2012); *Deutsche Bank AG v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka* (Award) (ICSID Case No. ARB/09/2) (31 October 2012).

²⁹ En el derecho internacional aún no queda claro si los inversionistas poseen derechos sustantivos por virtud de APPRIs o sólo derechos procesales de reclamar violaciones a derechos otorgados a sus Estados nacionales. Para mayor referencia a esta discusión, consúltese T Rudolf Braun, *Globalization-Driven Innovation: The Investor as a Partial Subject in Public International Law – An Inquiry Into the Nature and Limits of Investor Rights* (2013) Jean Monet Working Paper 04/13 NYU School of Law; A Gourgourinis, “Investors’ Rights qua Human Rights? Revisiting the ‘Direct’/‘Derivative’ Rights Debate” en M Fitzmaurice & P Merkouris, *The Interpretation and Application of the European Convention of Human Rights Legal and Practical Implications* (Martinus Nijhoff, 2012).

³⁰ D Caron & L Caplan, *The UNCITRAL Arbitration Rules, A Commentary (With an Integrated and Comparative Discussion of the 2010 and 1976 UNCITRAL Arbitration Rules)* (2nd Edition, OUP, 2013), p. 257; J Slacuse & N Sullivan, *Do BITs Really Work?: An Evaluation of Bilateral Investment Treaties and Their Grand Bargain* (2005) 46 *Harvard International Law Journal* 1.

³¹ Por ejemplo, el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (Adoptado el 17 diciembre 1992, entró en vigor el 1 de enero de 1994) 32 ILM 296 [En adelante: TLCAN], art. 1120(1)(c); la Carta de Energía (Energy Charter Treaty (Signed 17 December 1994. Entry into force 16 April 1998)) 2080 UNTS 95; 34 ILM 360 (1995), art. 26(4) (b); Tratado de Libre Comercio de América Central (Firmado el 5 de agosto de 2004), y el Tratado de Inversión de la Asociación de Naciones del Sudeste Asiático (ASEAN, por sus siglas en inglés) (ASEAN Comprehensive Investment Agreement (Done at Cha-Am, 26 February 2009. Entry into force July 2012) (Disponible en www.asean.org/documents/FINAL-SIGNED-ACIA.pdf. Consultado el 8 de enero de 2015).

³² Sobre la pérdida de legitimidad en el arbitraje de inversión, consúltese M Dimsey, *The Resolution of International Investment Disputes: International Commerce and Arbitration* 98 (Ingeborg Schwenzer ed., 2008); C N Brower, C H Brower II & J K Sharpe, *The Coming Crisis in the Global Adjudication* (2003) 19 *Arbitration International* 415; D W Rivkin, *Towards a New Paradigm in International Arbitration: The Elder Town Model Revisited* (2008) 24 *Arbitration International* 375, p. 377 M Waibel, A Kaushal, K Liz Chung & C Balchin, ‘The Backlash Against Investment Arbitration: Perceptions and Reality’ en M Waibel, A Kaushal, K Liz Chung & C Balchin (eds.), *The Backlash Against Investment Arbitration: Perceptions and Reality*, (Kluwer Law International, The Netherlands), p. xxxvii.

³³ J Y Gotanda, *Consistently Inconsistent: The Need for Predictability in Awarding Costs and Fees in Investment Treaty Arbitrations* (2013) 28 *ICSID Review* 2 [En adelante: J Y Gotanda, *Consistently Inconsistent: The Need for*

principalmente, la Convención del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), el Mecanismo Complementario de la misma, y las Reglas de Arbitraje de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL, por sus siglas en inglés).³⁴ El artículo 61(2) de la Convención del CIADI determina que “[e]l Tribunal determinará, salvo acuerdo contrario de las partes, [...] la manera de distribución de [los gastos del procedimiento], de los honorarios y gastos de los miembros del Tribunal y de los derechos devengados por la utilización del Centro.”³⁵ (Énfasis añadido). Por su parte, el artículo 42(1) del Reglamento de Arbitraje del UNCITRAL establece que “[l]as costas del arbitraje serán a cargo de la parte vencida o las partes vencidas. Sin embargo, el tribunal arbitral podrá prorratear cada uno de los elementos de estas costas entre las partes si decide que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.”³⁶ (Énfasis añadido). Como puede comprobarse, aunque ambas reglas de arbitraje otorgan cierto poder discrecional al tribunal arbitral para distribuir las costas del arbitraje, mientras las reglas de UNCITRAL adoptan el sistema inglés como regla *default*, ni la Convención del CIADI ni su mecanismo complementario establecen ninguna regla precisa de distribución de costas.

Aunado a lo anterior, y por el otro lado, la jurisprudencia sobre distribución de costas en arbitraje inversionista-Estado se ha caracterizado por su inconsistencia,³⁷ y no ha seguido los parámetros de distribución de costas establecidos, por ejemplo, en las reglas del UNCITRAL.³⁸ En el caso de *Rompetrol v. Romania*, seguido bajo las reglas de arbitraje del CIADI, el tribunal determinó que cada parte debía pagar sus costos de representación legal y la mitad de los costos administrativos, aun cuando el Rompetrol había ganado la mayoría del caso.³⁹ Un año después de esta decisión, tribunal del caso *SAUR International S.A. v. Argentina*, bajo las reglas del CIADI, igualmente, obligó al demandado a pagar todos los costos de

Predictability in Awarding Costs and Fees in Investment Arbitrations], p. 425.

34 “Of the BITs that indicate which arbitration system is to be used, a large majority express a preference for the ICSID Rules and some others give ICSID as an option. UNCITRAL comes second and ICC arbitration as a poor third.” P Peters, *Dispute Settlement Arrangements in Investment Treaties* (1991) 22 Netherlands Ybk Intl L 90, p. 125. Por ejemplo, en el caso de México, de 31 APPRIs que México ha suscrito con países de América, Europa, Asia y Oceanía, 29 de ellos remiten a las reglas del UNCITRAL en caso de arbitraje, y todos remiten a las reglas de arbitraje del CIADI o su mecanismo complementario. Sólo los APPRIs con Cuba, Uruguay, Alemania, Austria, Suecia, Francia, Italia y Luxemburgo remiten de igual forma a las reglas de la ICC. Exclusivamente el APPRI con el Reino Unido no remite a las reglas del UNCITRAL y, en su lugar, remite a las de la Corte Permanente de Arbitraje en la parte relevante de arbitraje inversionista-Estado.

35 Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States (Adoptado el 18 de marzo de 1965, entró en vigor el 14 de octubre de 1966) 17 U.S.T. 1270; T.I.A.S. No.6090, 475 U.N.T.S. 195, art. 61(2).

36 United Nations Commission on International Trade Law Arbitration Rules (Adoptado el 8 de abril de 1976, revisado 2010) 330 UNTS 38, art. 42(1).

37 J Y Gotanda, *Consistently Inconsistent: The Need for Predictability in Awarding Costs and Fees in Investment Arbitrations*.

38 Según el estudio del 2006 del Profesor Schill, “the only UNCITRAL award that partly sifted cost against the losing investor [to that moment], irrespective of any procedural or substantive misconduct is the decision in the *Thunderbird* case.” S Schill, *Arbitration Risk and Effective Compliance*, p. 663.

39 *The Rompetrol Group N.V. v. Romania* (Award) (ICSID Case No. ARB/06/3) (6 May 2013) § 298.

representación legal del demandante en la fase jurisdiccional del caso, 28% de dichos costos en la fase del fondo, y todos los gastos administrativos del caso, dado que el demandante había ganado la mayoría del caso.⁴⁰ Estas diferencias también se pueden encontrar en los arbitrajes inversionista-Estado de las reglas del UNCITRAL, no obstante éstas adoptan el sistema inglés de distribución de costas.⁴¹

Aunque, evidentemente, la forma en la que los tribunales de inversión han distribuido las costas de un arbitraje no ha sido uniforme, sí ha existido una evolución que ha estado dirigida hacia la adopción del sistema inglés. En 2003, se concluyó que aunque no había un parámetro claro de distribución de costas, era notable que muy difícilmente se ordenara que un inversionista perdedor pagara las costas del arbitraje.⁴² En 2006, se argumentó que los tribunales de inversión seguían una regla particular con base en la cual el Estado debía pagar las costas del arbitraje cuando el inversionista ganara el caso, pero no al contrario.⁴³ En 2011, se encontró que la mayoría de los tribunales seguían la regla americana.⁴⁴ Finalmente, en 2013, el Profesor Gotanda, al citar la decisión del caso *Lemire v. Ukraine* de 2011, notó que la práctica de seguir el sistema inglés estaba ganando terreno recientemente en el arbitraje de inversión.⁴⁵

40 *SAUR International SA v. Republic of Argentina* (Award) (ICSID Case No. ARB/04/4) (22 May 2014) §§ 405, 406, 409, 414. Decisiones similares se han tomado en casos subsecuentes. Asimismo, en el caso del CIADI *Emmis International Holding v. Hungary*, donde el demandante perdió el caso ante Hungría, el tribunal determinó que cada parte pagara sus costos de representación legal y la mitad de los gastos administrativos del caso. *Emmis International Holding, B.V., Emmis Radio Operating, B.V., MEM Magyar Electronic Media Kereskedelmi és Szolgáltató Kft. v. The Republic of Hungary* (Award) (ICSID Case No. ARB/12/2) (16 April 2014) §§ 258, 259, 261. Un mes después, el tribunal del CIADI del caso *Société Industrielle des Boissons de Guinée v. Guinea* ordenó al demandante a pagar 70% de los gastos del caso y todos los gastos de representación legal del demandado, dado que este último había ganado el caso. *Société Industrielle des Boissons de Guinée v. Republic of Guinea* (Award) (ICSID Case No. ARB/12/8) (21 May 2014) §§ 127-129.

41 En el caso *Chemtura Corporation v. Canada*, el tribunal no hizo referencia alguna al sistema inglés adoptado por el UNCITRAL. *Contrario sensu*, el tribunal del caso *Methanex v. Estados Unidos*, determinó que sólo por una razón de peso (*compelling reason*) podría rechazar aplicar el sistema inglés y así determinó que Methanex debía pagar los costos del arbitraje, dado que esta parte había perdido el mismo. Igualmente, el tribunal del caso *Canfor Corp et al v. Estados Unidos*, concluyó que sólo en circunstancias excepcionales podría optar por no aplicar el sistema inglés de distribución de costos, bajo las reglas del UNCITRAL. *Chemtura Corporation v. Government of Canada* (formerly *Crompton Corporation v. Government of Canada*) (Award) ((UNCITRAL)) (2 August 2010) §§ 272-273. *Methanex Corporation v. United States of America* (Final Award of the Tribunal on Jurisdiction and Merits) (UNCITRAL) (3 August 2005) Part V § 5. *Canfor Corporation v. United States of America; Terminal Forest Products Ltd. v. United States of America* (formerly *Canfor Corporation v. United States of America; Tembec et al. v. United States of America; Terminal Forest Products Ltd. v. United States of America*) (Joint Order on the Costs of Arbitration and for the Termination of Certain Arbitral Proceedings) (UNCITRAL) (19 July 2007) § 149.

42 N Rubins, *The Allocation of Costs and Attorney's Fees*, p. 123.

43 S Schill, *Arbitration Risk and Effective Compliance*.

44 L Reed, *Allocation of Costs in International Arbitration* (2011) 26 ICSID Review.

45 J Y Gotanda, *Consistently Inconsistent: The Need for Predictability in Awarding Costs and Fees in Investment Arbitrations*, p. 428. El tribunal del caso *Lemire v. Ukraine* estableció que "[although] the traditional position in investment arbitration is to split the arbitration costs equally among the parties, [t]he Arbitral Tribunal, however, welcomes the newly established and growing trend, that there should be an allocation of costs that reflects in some measure the principle that the losing party should contribute [...] to the fees, costs and expenses of the arbitration of the prevailing party." *Joseph C Lemire v. Ukraine* (Award) (ICSID Case No ARB/06/18) (28 March 2011) § 380.

En cierta forma, tanto el tribunal de *Lemire v. Ukraine* como el Profesor Gotanda tenía razón. El estudio más reciente en costas, al analizar todos los laudos del CIADI de 2000 a septiembre del 2014,⁴⁶ concluye *grosso modo* que de 65 casos en los que el demandante ganó, en 34 ocasiones los tribunales ordenaron al demandado a pagar las costas del arbitraje al menos en parte.⁴⁷ Lo más importante es que en 51 de dichos 65 casos, los tribunales reconocieron la aplicabilidad del sistema inglés pero optaron en algunos casos por no aplicarlo por circunstancias particulares de cada arbitraje.⁴⁸ De 91 casos en los que el demandado ganó, sólo en 29 ocasiones el tribunal ordenó al demandante a pagar las costas del arbitraje, aunque en 51 casos los tribunales reconocieron igualmente la aplicación del sistema inglés, pero optaron por rechazarlo por circunstancias particulares.⁴⁹ Con base en los estudios anteriores, puede observarse que el arbitraje inversionista-Estado ha experimentado una evolución por virtud de la cual hoy en día la mayoría de los tribunales reconocen que el principio aplicable en la distribución de costas es *prima facie* el inglés, y que sólo circunstancias particulares que ameriten su rechazo podrán mitigar su aplicación en la práctica, independientemente de que el ganador sea un inversionista o un Estado.

b) La jurisprudencia sobre distribución de costas en el arbitraje comercial internacional

Grosso modo, el arbitraje comercial internacional es un mecanismo por medio del cual negocios internacionales pueden resolver definitivamente sus controversias jurídicas a través de la decisión de individuos independientes, elegidos por las partes de la controversia, que aplicarán un sistema normativo neutro que otorgue a las partes la posibilidad de ser oídos y vencidos.⁵⁰ En este sistema, clásicamente una parte demanda la violación de un contrato internacional que prevé el arbitraje como el mecanismo de solución de controversias. El fondo de la controversia es resuelto generalmente con base en el derecho elegido por las partes – como derecho nacional de cualquier nación – o a través de un ejercicio de elección de derecho aplicable por parte del tribunal arbitral.⁵¹ *Ergo*, el arbitraje internacional comercial se fundamenta esencialmente en el derecho internacional privado, y consecuentemente los sistemas legales nacionales

46 I Uchkunova & O Temnikov, *Allocation of Costs in ICSID Arbitration* (3 de diciembre de 2014) Kluwer Arbitration Blog (Disponible en <http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2014/12/03/allocation-of-costs-in-icsid-arbitration/>. [En adelante: I Uchkunova & Consultado O Temnikov, *Allocation of Costs in ICSID Arbitration*] el 22 de diciembre de 2014).

47 I Uchkunova, *Costs allocation – Table 1 – Cases in which the Claimant won* (2014) (Disponible en http://works.bepress.com/inna_uchkunova/1/. Consultado el 18 de diciembre de 2014).

48 *Ibidem*.

49 I Uchkunova, *Costs allocation – Table 2 – Cases in which the Respondent won* (2014) (Disponible en http://works.bepress.com/inna_uchkunova/1/. Consultado el 18 de diciembre de 2014).

50 Como bien señala el Profesor Born, las definiciones del arbitraje comercial internacional son tan vastas como la cantidad de autores que han estudiado este mecanismo de solución de controversias. Para este trabajo, se eligió una definición que remarcara de cierta forma los fundamentos esenciales de este mecanismo de solución de controversias y que, al mismo tiempo, lo diferencian del arbitraje inversionista-Estado. G Born, *International Commercial Arbitration*, p. 69.

51 K H Bockstiegel, *Commercial and Investment Arbitration: How Different are they Today?* The Lalive Lecture 2012 (2012) 4 *Arbitration International* 28 [En adelante: K H Bockstiegel, *Commercial and Investment Arbitration*], p. 579.

ejercen una gran influencia sobre éste.⁵² Las reglas aplicables al procedimiento de arbitraje dependen de la voluntad de las partes⁵³ y pueden ir desde reglas procesales nacionales, hasta reglas de instituciones internacionales.

En el arbitraje comercial internacional, la inconsistencia normativa en cuanto a la distribución de costas no es muy distinta a la del arbitraje de inversión. A falta de un acuerdo de las partes sobre la forma de distribución de costas, y en ausencia de referencia a la aplicación de reglas institucionales de arbitraje, las reglas nacionales pueden aplicar en la distribución de costas.⁵⁴ Aunado al hecho que muchas reglas nacionales son omisas en cuanto a la distribución de costas⁵⁵ y que resulta poco eficiente aplicar en todo caso las estipulaciones nacionales en este sentido,⁵⁶ dichas reglas varían entre el sistema inglés, el americano, y sistemas intermedios, por lo que la inconsistencia subsiste. No obstante, la gran mayoría de los arbitrajes comerciales se desahogan con base en las Reglas de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (ICC, por sus siglas en inglés). Éstas establecen que “[e]l laudo final [...] decidirá cuál de las partes debe pagar [los gastos del arbitraje] o en qué proporción deben repartirse entre ellas.”⁵⁷ (Énfasis añadido). En 2012, las mismas fueron reformadas y se adicionó lo siguiente: “[a] tomar decisiones sobre costos, el tribunal arbitral podrá tomar en cuenta las circunstancias que considere relevantes, incluyendo la medida en la que cada parte haya conducido el arbitraje de forma expedita y eficaz en término de costos.”⁵⁸ (Énfasis añadido). Aunque las reglas de la ICC sí reconocen ambos sistemas de distribución de costas, no determinan cuál de los dos prevalecerá. Así, otorgan considerable discreción al tribunal para decidir la distribución de las costas, aunque las reglas del 2012 proveen a los tribunales de mayor guía en el ejercicio de dicha discreción.⁵⁹

52 J Fry, S Greenberg & F Mazza, *The Secretariat's Guide to ICC Arbitration* (2012) ICC Publication No. 729, p. 2-1315; J Roselt, *Arbitration costs as Relief and/or Damages* (2011) 28(2) Journal of International Arbitration 116. Véase C Koch, *Is There a Default Applicable Principle of Cost Allocation in International Arbitration?* sobre la influencia que ejercen los sistemas legales nacionales sobre los árbitros particularmente en las decisiones sobre distribución de costas.

53 M A Buchanan, *Public Policy and International Commercial Arbitration* (1988) 26 ABLJ 511, p. 512; Y Derains, ‘Public Policy and the Law Applicable to the Dispute in International Arbitration’ en *Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration* (Pieter Sanders ed., 1986), p. 254.

54 J Y Gotanda: *Awarding Costs and Attorneys' Fees in International Commercial Arbitration*, p. 18; Véase, por ejemplo *Triumph Tankers Ltd. V. Kerr McGee Refining Corp.* (Final Award No. 2642) (SMA Mar. 28, 1990); Final Award No. 6962 (ICC 1992); Final Award No. 6248 (ICC 1990); Final Award No. 5946 (ICC 19990).

55 M Buhler, *Awarding Costs in International Commercial Arbitration*, p. 250.

56 J Y Gotanda, *Awarding Costs and Attorneys' Fees in International Commercial Arbitration*, pp. 18-20.

57 Reglamento de Arbitraje de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, art. 37(4)

58 *Ibid.*, art. 37(5). *Ibid.*, art. 37(5); J Fry, S Greenber, A Mazza ‘Articles 37(1) and 37(3)-37(5): The arbitral Tribunal's decision on costs’ en J Fry, J Greenberg, A Mazza, *The Secretariat's Guide to ICC Arbitration: A Practical Commentary on the 2012 ICC Rules of Arbitration from the Secretariat of the ICC International Court of Arbitration* (ICC Publishing, 2012) [En adelante, J Fry et al., *The Tribunal's decision on costs*] p. 308. En el capítulo citado, los autores establecen que la adición de las Reglas del 2012 en cuanto a costas da mayor guía a los tribunales en el ejercicio de su discreción al distribuir las costas y, además, sirve para ejercer control sobre las partes durante el procedimiento y, así, ultimadamente contribuir a la eficiencia del arbitraje.

59 En este sentido, véase G Born, *International Commercial Arbitration*, p. 2093.

En el arbitraje comercial internacional no existe actualmente una “crisis de legitimidad” como la del arbitraje de inversión. No obstante, últimamente se han expresado serias preocupaciones sobre el incremento de las costas del mismo y el hecho que en la práctica comercial arbitral también ha existido una discrepancia importante en la distribución de las costas.⁶⁰ No obstante, en este arbitraje no existe una evolución tan evidente como en el arbitraje de inversión hacia un sistema de distribución de costas “homogéneo”. Un famoso estudio sobre laudos de la ICC dictados entre 1989 y 1991,⁶¹ demostró que de 48 casos en que los demandantes ganaron total o parcialmente el arbitraje, en 39 se ordenó al demandado perdedor a pagar total o parcialmente los costos del arbitraje, y sólo en 24 ocasiones se le ordenó a este mismo último a pagar total o parcialmente los gastos de representación legal del demandante.⁶² Asimismo, el estudio demuestra que en 9 ocasiones donde el demandante ganó aproximadamente la mitad de las demandas presentadas, o que las partes ganaron de forma equitativa el caso, en 7 ocasiones se determinó que cada parte contribuyera de forma equitativa a los costos procedimentales, y cada una sus gastos de representación legal.⁶³ Finalmente, el estudio también demuestra que en las ocasiones donde el demandante triunfó en menos de la mitad de sus reclamaciones, los tribunales ordenaron a éste pagar parte de los costos del arbitraje y, en con menor frecuencia, los costos de representación legal de la contraparte.⁶⁴

Un estudio publicado el año pasado donde se analizan 53 laudos comerciales arroja resultados bastante similares a los obtenidos en el estudio anterior⁶⁵: en 33 ocasiones (62% de los laudos), se ordenó que la parte perdedora pagara total o parcialmente los gastos del arbitraje, mientras que en 15 ocasiones (28% de los laudos), cada parte debió pagar de forma equitativa estos gastos dada la victoria equitativa de las partes en el caso.⁶⁶ En 25 ocasiones (47% de las veces), se ordenó que cada parte pague sus costos de representación legal, mientras que sólo en 24 ocasiones (44% de los laudos), se distribuyeron estos gastos de conformidad con el sistema inglés o con base en el éxito de cada parte en el procedimiento.⁶⁷ Por lo tanto, en el arbitraje comercial internacional es común que los tribunales ordenen a la parte perdedora a pagar total

60 Véase por ejemplo M O'Reilly, *Provisions on Costs and Appeals: An Assessment from an International Perspective* (2010) Chartered Institute of Arbitrators 76(4) Arbitration 706; N Ulmer, *The Cost Conundrum* (2010) 26(2) Arbitration International 221 (2010); R H Smit & T B Robinson, *Cost Awards in International Commercial Arbitration: Proposed Guidelines for Promoting Time and Cost Efficiency*, (2010) 20(3) American Review of International Arbitration 267; G Born, *International Commercial Arbitration*, p. 2039.

61 Numerosos artículos y libros sobre costas en arbitraje comercial han hecho referencia a este estudio. Por ejemplo, G Born, *International Commercial Arbitration*; J Y Gotanda, *Attorneys' Fees Agonistes*; M Buhler, *Awarding Costs in International Commercial Arbitration: an Overview*; G Flecke-Giammarco, *The Allocation of Costs by Arbitral Tribunals in International Commercial Arbitration*.

62 Y Derains & E Schwartz, *A Guide to the New ICC Rules of Arbitration* (Kluwer Law International, 1998), pp. 431-444.

63 *Ibidem*.

64 *Ibidem*.

65 C Koch, *Is There a Default Applicable Principle of Cost Allocation in International Arbitration?*

66 *Ibid.* p. 494.

67 *Ibid.* p. 495. Últimamente, los tribunales arbitrales de la ICC han distribuido los costos de representación legal con mayor frecuencia. Véase J Fry *et al.*, *The Tribunal's decision on costs*, p. 309.

o parcialmente los costos del procedimiento, pero con menor frecuencia los costos de las partes.

II. Propuestas sobre reglas de distribución de costas

α) Arbitraje inversionista-Estado

En aras de proveer de mayor certeza al sistema de distribución de costas en el arbitraje de inversión, diversos autores han propuesto la adopción de distintos sistemas o reglas para estos efectos.⁶⁸ En este trabajo, me concentraré en las propuestas realizadas por los Profesores Schill y Gotanda. Por un lado, el primero propone que los tribunales arbitrales de inversión deberían de optar por obligar al Estado demandado a pagar las costas del inversionista demandante cuando éste gane el caso, pero no al contrario.⁶⁹ Schill fundamenta su propuesta en general en el hecho que (i) al demandar a un Estado, el inversionista actúa como un agente de su Estado nacional que reclama los derechos del último *vis-à-vis* el primero a través del arbitraje; (ii) al compensar al inversionista por sus costas, se genera un incentivo para someter reclamos al arbitraje y, así, a través de precedentes, se dota de contenido el sistema de arbitraje de inversión, y (iii) el arbitraje de inversión se basa en la protección del inversionista y el compensarlo por sus costas está en armonía con esta *raison d'être* del sistema.⁷⁰ Por el otro lado, Gotanda propone que el arbitraje de inversión adopte el sistema americano dado que (i) así se tendrá mayor certeza jurídica que adoptando el sistema inglés; (ii) habrá mayor eficiencia administrativa al hacer innecesario litigar cuestiones de costas, y (iii) las costas del arbitraje se reducirían ya que las partes no pasarían tiempo debatiendo cuestiones afines a las mismas.⁷¹

En primer lugar, no se considero apropiado adoptar la propuesta del Profesor Gotanda.⁷² En cuanto a la reducción de costos de arbitraje, se considera muy poco probable que la adopción del sistema americano como *default* en el Convenio del CIADI y sus reglas de arbitraje resultará en que ni los inversionistas ni los Estados eroguen recursos para convencer al tribunal que, a pesar del sistema *default*, existen ciertas circunstancias particulares del caso que justificarían una desviación de dicho sistema. Ciertamente, en

68 Véase, por ejemplo, S Schill, *Arbitration Risk and Effective Compliance*; J Y Gotanda, *Attorneys' Fees Agonistes*; L Reed, *Allocation of Costs in International Arbitration*, entre otros.

69 S Schill, *Arbitration Risk and Effective Compliance*, pp. 674-696.

70 *Ibid.*, p. 676. Además de los argumentos descritos, Schill presenta otras justificaciones para su propuesta, derivadas principalmente de un análisis económico del derecho. Se hará mayor referencia a dichas razones en el cuerpo del artículo, en tanto se vaya desarrollando un análisis de las mismas y, al unísono, se esboce una propuesta propia.

71 J Y Gotanda, *Attorneys' Fees Agonistes*, pp. 17-19. Cabe mencionar que, posteriormente, en su artículo *Consistently Inconsistent: The need for Predictability in Awarding Costs and Fees in Investment Treaty Arbitrations*, aquí citado, el Profesor Gotanda, al proponer un sistema de adjudicación de costas en el arbitraje de inversión, no optó por el sistema inglés ni el americano. Se tomará la propuesta realizada anteriormente en el artículo de *Attorneys' Fees Agonistes* para lograr hacer un comparativo de la propuesta esgrimida en este mismo artículo, que toma un extremo de las posibilidades de solución, y la propuesta esgrimida por Stephen Schill.

72 Lucy Reed ha expresado igualmente que "the rule that the parties should bear their own costs and split ICSID tribunal and administrative costs in investment arbitration need not to be the default rule." L Reed, *Allocation of Costs in International Arbitration*, p. 85.

términos técnicos, el sistema americano debería de aplicar en arbitraje de inversión,⁷³ ya que este es el sistema del DIP, del cual deriva el arbitraje inversionista-Estado.⁷⁴ No obstante, el DIP adoptó esta regla con el objeto de garantizar en la mayor medida la igualdad de las partes de litigios internacionales – Estados – los cuáles tienen el mismo estatus en el DIP.⁷⁵ Esta situación no se reproduce en el arbitraje de inversión, ya que el inversionista y el Estado partes del mismo tienen una relación de supra y subordinación en todo momento fuera del arbitraje.⁷⁶ Aunado a esto, tanto la CIJ como el Tribunal Internacional del Derecho del Mar (TIDM), órganos que por regla deben de distribuir los costos de procedimiento bajo el sistema americano, han reconocido que bajo ciertas circunstancias se pueden desviar de esta regla general y condenar a una parte de un procedimiento al pago de las costas del mismo.⁷⁷ Finalmente, la mayor crítica

73 De hecho, todos los trabajos preparatorios de la Convención del CIADI coincidían en establecer el sistema americano en la distribución de costas, pero esta opción fue rechazada en el resultado final. C Schreuer, *The IC-SID Convention: A Commentary*, p. 1228. Igualmente, las cortes internacionales de derecho internacional público, de donde clásicamente deriva el derecho de inversión extranjera, tienen establecido el sistema americano en sus instrumentos procesales correspondientes. Consúltase Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (entró en vigor el 24 de octubre de 1945) 1 UNTS 993 [En adelante: Estatuto de la Corte Internacional de Justicia], art. 64: “Salvo que la Corte determine otra cosa, cada parte sufragará sus propias costas.” Estatuto del Tribunal Internacional para el Derecho del Mar (Anexo VI de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar) 1833 UNTS 3, art. 34: “Salvo que el Tribunal determine otra cosa, cada parte sufragará sus propias costas.”

74 Bajo la premisa mayor que el arbitraje de inversión tiene sus raíces en el DIP, este argumento es válido. Véase por ejemplo *Señor Tza Yap Shum v. The Republic of Peru* (Award) (ICSID Case No.ARB/07/6) (7 July 2011) § 296: “El principio de que cada parte debe correr con sus propios gastos es un principio generalmente aceptado en el derecho internacional público. Por ejemplo, el Estatuto de la CIJ lo establece y ha sido reconocido en algunas de sus decisiones. Esta aproximación ha sido adoptada por un número importante de tribunales arbitrales.

75 C Espósito Massinni, ‘Article 64’ en Zimmermann, Tomuschat et al (eds.) *The Statute of the International Court of Justice A Commentary* (2nd edn, Oxford, 2006); S Rossene, *The Law and Practice of the International Court of Justice* (vol. III, Martinus Nijhoff Publishers), pp. 1314-1315, 1340-1345.

76 S Schill, *Arbitration Risk and Effective Compliance*, p. 678.

77 Con respecto a la CIJ, muy pocas ocasiones se ha discutido la cuestión pertinente a la distribución de costas, pero en el caso de *Ahmadou Sadio Diallo* ambas partes del caso solicitaron el pago de las mismas respectivamente. La Corte negó esta solicitud, pero reconoció que bajo ciertas circunstancias una solicitud similar tendría cabida, aunque no determinó cuáles serían dichas circunstancias. *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)* [2012] (Compensation owed by the Democratic Republic of the Congo to the Republic of Guinea) ICJ Rep. El Juez *ad-hoc* Mahiu no coincidió con esta decisión de la Corte y opinó que se debió de haber rechazado la aplicación del sistema americano en el caso. *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)* [2012] (Compensation owed by the Democratic Republic of the Congo to the Republic of Guinea, Opinion Individuelle de M. Le juge *ad hoc* Mahiou) ICJ Rep §§ 19-20. Con respecto a la práctica del TIDM en este sentido, en el caso *Saiga II*, el Tribunal aceptó que podrían existir circunstancias que ameriten ordenar que una de las partes se haga cargo de una mayor proporción de las costas del procedimiento. Sin embargo, según el Tribunal, dichas circunstancias no se presentaban en dicho caso, aún cuando Granadinas (la demandante) no ganó todo el caso. *M/V Saiga case (No.2) (St. Vincent v Guinea)* (1999, Merits) ITLOS. Sin embargo, llama particularmente la atención el análisis realizado por los jueces Caminos, Yankov, Akl, Anderson, Vukas, Treves y Eiriksson en el que (i) establecieron que el hecho que ambas partes del caso hayan solicitado el pago de sus costas constituía un acuerdo entre ellos que el TIDM debía respetar y (ii) que en el caso sí se presentaban circunstancias, además del acuerdo de las partes, que ameritaban no seguir el sistema americano. *M/V Saiga case (No.2) (St. Vincent v Guinea)* (1999, Merits, Joint Declaration By Judges Caminos, Yankov, Akl, Anderson, Vukas, Treves And Eiriksson On The Question Of Costs) ITLOS. En una gran parte de los casos que se han presentado ante este Tribunal, las partes han demandado el pago de sus costas y el Tribunal en cada ocasión ha declinado realizar esto a pesar del acuerdo implícito de las

que ha esgrimido el Profesor Gotanda al actual estado de distribución de costas en el arbitraje de inversión ha sido la discrepancia en las decisiones sobre este tema. Siendo las reglas del CIADI y del UNCITRAL las preponderantes en el arbitraje de inversión, si se adopta la propuesta del Profesor Gotanda, mientras bajo las primeras se aplicaría el sistema americano, en el segundo seguiría aplicando, al menos en teoría, el sistema inglés, lo cual haría aún más latente las discrepancias en las decisiones sobre costas.

La propuesta de Stephan Schill tampoco es apropiada. El autor proporciona múltiples razones convincentes para apoyar su posición. Por cuestiones de espacio y eficiencia, exclusivamente se analizarán sus argumentos principales y se esgrimirán las razones por las que, se considera que su propuesta resulta perjudicial para el sistema. Primero, es falso que en el arbitraje inversionista-Estado los inversionistas actúan en todos los casos como agentes del Estado al demandar y, por lo tanto, deben ser compensados por sus costas. Como reconoce Schill, diversos tribunales han establecido que los inversionistas cuentan con derechos sustantivos, por lo que al demandar a un Estado lo hacen por cuenta propia y no en nombre de su Estado nacional.⁷⁸

Segundo, con respecto al argumento sobre la creación de incentivos para el inversionista de demandar y así generar mayores precedentes que provean de solidez al sistema legal de inversión extranjera, es importante hacer las siguientes anotaciones. Al reducir al absurdo el argumento, surgiría una situación donde el sistema de arbitraje de inversiones estaría saturado. Esta saturación muy probablemente impedirá que los árbitros y abogados del arbitraje de inversión estén al tanto de todo el desarrollo diario del sistema y los precedentes que se estén emitiendo, lo cual posicionaría al sistema en una situación de contradicciones en las decisiones, y estaría en natural contradicción con el resultado que Schill busca con su propuesta. Adicionalmente, si el enfoque es crear mayores precedentes y certeza jurídica en el sistema, se pueden considerar opciones menos costosas como la creación de cuerpos colegiados no permanentes que emitan interpretaciones vinculantes a un APPRI o tratado multilateral bajo ciertos supuestos como la Comisión de Libre Comercio del TLCAN.⁷⁹

partes, dado que no existen circunstancias del caso que ameriten no seguir el sistema americano. No obstante, es de suma importancia que el TIDM sí reconoce la posibilidad de partir de este sistema. Véase *M/V Louisa (Saint Vincent v Spain)* (2011) ITLOS Rep 2011 §§ 156-159; *Case Concerning Land Reclamation by Singapore in and Around the Straits of Johor (Malaysia/Singapore)* (Provisional Measures, 2003) ITLOS Rep 2003 § 105; *Juno Trader Case (Saint Vincent and the Grenadines v Guinea-Bissau)* (Judgment, 2004) ITLOS 128 ILR 267 § 103; *The M/V "Virginia G" Case (Panama/Guinea-Bissau)* (Judgment, 2014) ITLOS §§ 450-451; *The "ARA Libertad" Case (Argentina v. Ghana)* (Order, 2012) § 107; *Southern Bluefin Tuna Cases (New Zealand & Australia/ Japan)* (Provisional Measures, 1999) ITLOS Rep 1999; *The "Camouco" Case (Panama v. France)*, *Prompt Release* (Judgment, 2002) ITLOS Rep 2002.

⁷⁸ Consúltase, por ejemplo, *Cargill, Incorporated v. United Mexican States* (Award) (ICSID Case No. ARB(AF)/05/2) (18 September 2009) § 424-428; *Corn Products International, Inc. v. United Mexican States* (ICSID Case No. ARB (AF)/04/1) (Award, not public) (18 August 2008) § 167. Véase también la nota al pie 26 *supra*.

⁷⁹ "Derecho aplicable [...] 2. La interpretación que formule la Comisión sobre una disposición de este Tratado, será obligatoria para un Tribunal establecido de conformidad con esta sección." TLCAN, art. 1131(2).

Tercero, el enfoque que da Schill al sistema de protección de los APPRIs no se considera totalmente correcto. La novedad del sistema de arbitraje de inversión está, por un lado, en la codificación del tipo de trato que podrá exigir un inversionista extranjero a otro Estado y, por el otro lado, en el otorgamiento del derecho individual de demandar este trato, restándole los costos e inconvenientes de acudir a su Estado nacional para que ejerza protección diplomática en su favor, o someterse a la jurisdicción de tribunales nacionales del Estado receptor de la inversión. De esto no se sigue necesariamente que, además, el Estado debe de financiar este sistema litigioso.

Aunado a la argumentación anterior, es importante señalar que bajo su propuesta, las preferencias de los inversionistas sobre los costos de representación legal en un procedimiento arbitral, por ejemplo, serían inelásticas. Por lo tanto, habría una gran probabilidad que los costos de representación legal de los mismos aumenten considerablemente, creando una mayor carga financiera para los Estados.⁸⁰

Finalmente, la razón de mayor peso que descalifica la propuesta de Schill es que la misma representa una amenaza fatal para el sistema de arbitraje de inversión. De lo remarcado anteriormente, es posible verificar que el hecho que los inversionistas poseen ahora la facultad de demandar a un Estado extranjero por acciones soberanas que toma éste dentro de su territorio ante un tribunal colegiado, independiente, autónomo, internacional y especializado, es lo más valioso del sistema.⁸¹ Si las costas son distribuidas al Estado en cada ocasión, éste tendrá sobradas razones de peso para salirse del sistema y volver al estado *ex ante* de reclamaciones interestatales y protección diplomática que tanto tiempo y esfuerzo le costó a la comunidad internacional dejar atrás.⁸² Asimismo, es inevitable mencionar que sostener un sistema donde sólo aplique el sistema inglés cuando el inversionista gane el caso es naturalmente inequitativo y podría considerarse violatorio de conceptos básicos de justicia y debido proceso.

⁸⁰ Sobre los incentivos que crea el sistema inglés para gastar más en representación legal, consúltese R Cooter & D Rubinfeld, *Economic Analysis of Legal Disputes and their Resolution* (1989) 27 JEconLit, p. 1067; D Coursey & L R Stanley, *Pre-Trial Bargaining Behaviour within the Shadow of the Law: Theory and Experimental Evidence* (1988) International Review of Law and Economics; J Hause, *Indemnity, Settlement and Litigation, or I'll be suing you* (1989) 18(1) Journal of Legal Studies.

⁸¹ R Dolzer & C Schreuer, *Principles of International Investment Law* (2008, OUP), p. 20; I Shihata, *Towards a Greater Depoliticization of Investment Disputes: The Role of ICSID and MIGA en The World Bank in a Changing World* (1991, 309).

⁸² Hasta la fecha, 3 Estados latinoamericanos han denunciado la Convención del CIADI y anunciado la renegociación de un largo número de APPRIs. Bolivia fue el primer Estado en 2007, seguido por Ecuador en 2009 y, finalmente, Venezuela en 2012. Las principales razones por las cuales estos Estados realizaron estas acciones fueron que el sistema de arbitraje de inversión es demasiado favorable al inversionista, en perjuicio del Estado, y por las altas cantidades de las demandas presentadas por los inversionistas y las compensaciones ordenadas por los tribunales. Si, encima de esto, se institucionaliza que la distribución de costas del arbitraje sea a favor del inversionista cuando éste gane el caso, pero no *viceversa*, seguramente en poco tiempo una gran cantidad de Estado denunciarán de igual forma esta Convención. Véase sobre este tema T Yalkin, *Ecuador denounces ICSID : Much about nothing* (2009) EjilTalk ! (Disponible en : <http://www.ejiltalk.org/ecuador-denounces-icsid-much-ado-about-nothing/>. Consultado el 6 de enero de 2014).

En virtud de lo anteriormente expuesto, no debería de existir necesariamente una regla *default* sobre distribución de costas en el arbitraje de inversión como la americana o la inglesa. Una solución considerable sería entonces establecer dentro de las reglas de arbitraje aplicables, como las del CIADI o el UNCITRAL, los elementos que los tribunales tendrán que tomar en cuenta al decidir qué parte pagará las costas y en qué proporción lo hará. Los elementos son los siguientes: (i) la parte ganadora del caso y la proporción de su victoria a la luz de la cantidad de reclamaciones y puntos litigiosos resueltos, y la suma monetaria exigida en daños; (ii) la conducta procedimental de las partes y su contribución al abaratamiento y eficiencia del arbitraje; (iii) la capacidad financiera de cada una de las partes; (iv) el tipo de demandas que se presentaron por cada parte – si eran cuestiones nuevas en el derecho internacional, por ejemplo,⁸³ y (v) quien resulte responsable por una parte particular del procedimiento, deberá hacerse cargo de los costos de la misma.⁸⁴ Estoy convencido que con esta propuesta no sólo se evitan los inconvenientes señalados sobre las propuestas de Gotanda y Schill, sino que se tienen diversas ventajas importantes. Primero, se da mayor certeza jurídica en la distribución de costas al dar a conocer a las partes qué elementos del caso la determinará.⁸⁵ Segundo, de cierta forma se garantiza una reparación *ad integrum* de los daños ocasionados por un acto ilegal del Estado, cuando el inversionista resulta ganador en el caso. Tercero, se concientiza a ambas partes sobre las costas en general del arbitraje y se les incentiva, entonces, a contribuir a su abaratamiento ante la posibilidad mutua de cargar con las mismas unilateralmente. Cuarto, en este mismo sentido se incentiva a las partes a tener un actuar de *bona fide* y cooperativo dentro del procedimiento. Quinto, las partes serán considerablemente menos propensas a presentar argumentos y reclamaciones frívolas o sin sustento.⁸⁶ Sexto, se fortalece el sistema de arbitraje de inversión, en general.

Aunado a lo anterior, es fundamental señalar que la práctica más reciente de los tribunales va en el mismo sentido de esta sencilla propuesta.⁸⁷ Por un lado, las partes del arbitraje argumentan constantemente dentro del procedimiento que las costas del arbitraje deben ser pagadas por la contraparte en virtud de uno de los elementos de la propuesta esgrimida.⁸⁸ Por el otro lado, la práctica más reciente de los tribunales en cuanto a distribución de costas ha ido en este mismo sentido: una parte es condenada al pago de las

83 Este elemento fue tomado en cuenta en el siguiente caso: *Emilio Agustín Maffezini v. Kingdom of Spain* (Award) (ICSID Case No. ARB/97/7) (13 November 2000) § 99.

84 Para consultar literatura que ha propuesto que se tomen en cuenta alguno de estos mismos elementos al distribuir costas: N Rubins, *The Allocation of Costs and Attorney's Fees in Investor-State Arbitration*; D Smith, *Shifting Sands: Cost-and-Fee Allocation in International Investment Arbitration* (2011) 51 VJIntL 3 [En adelante: D Smith, *Shifting Sands*].

85 La certidumbre es actualmente necesaria en el arbitraje de inversión. J Gotanda, *Consistently Inconsistent: The Need for Predicability in Awarding Costs and Fees in Investment Treaty Arbitrations*, p. 434.

86 C Schreuer, *The ICSID Convention, A Commentary*, p. 1229.

87 *Ibid.*, p. 1236.

88 Naturalmente, las partes argumentan a favor de la aplicación del sistema inglés en su totalidad, y no sólo sobre una proporción de las costas. Sin embargo, el elemento importante de dichas argumentaciones, en todo caso, son las razones por las cuales las partes creen que ese es el sistema que debe ser aplicado. Las razones en cuestión, efectivamente, coinciden con los elementos de la propuesta.

mismas, o una proporción, a la luz de uno de los elementos de la propuesta, independientemente de las reglas aplicables.⁸⁹ Por lo tanto, aún cuando lo más deseable sería establecer la propuesta dentro de las reglas de arbitraje en aras de proveer al sistema de mayor certidumbre jurídica en el tema,⁹⁰ los tribunales podrían adoptar *motu proprio* la misma en virtud de las siguientes razones jurídicas. Primero, podrían tomar el hecho que ambas partes adopten la propuesta dentro de sus argumentos como un acuerdo entre ellas sobre la distribución de costas.⁹¹ Alternativamente, aun cuando no existe *stare decisis* en el arbitraje de inversión, los tribunales podrían aplicar la propuesta en virtud de la tendencia jurisprudencial reciente con el objetivo jurídicamente legítimo de dar mayor consistencia y certidumbre al sistema.⁹² Tercero, aunque menos probable, existen bases argumentativas que, a la luz de la *opinio juris* y práctica Estatal en las argumentaciones orales y escritas sobre distribución de costas, este propuesta sea considerada una regla consuetudinaria del DIP vinculante para los tribunales.⁹³ La reciente jurisprudencia sería prueba del posible surgimiento de esta regla de costumbre.⁹⁴

β) Arbitraje comercial internacional

Contrario al caso del arbitraje de inversión, en los textos consultados sobre costas en arbitraje comercial internacional no hay una diferencia absoluta entre las propuestas sobre la forma en las que éstas deberían de ser distribuidas. La mayor diferencia radica en que en un caso se propone adoptar el sistema inglés como regla *default*,⁹⁵ mientras que en otros casos se argumenta evitar homogeneizar la distribución de costas en el arbitraje comercial internacional con alguna regla de distribución de costas en el litigio doméstico.⁹⁶ En el

89 I Uchkunova & Consultado O Temnikov, *Allocation of Costs in ICSID Arbitration*.

90 Esto, dado que el cambio de las reglas del CIADI, por ejemplo, sería sumamente complicado. D Smith, *Shifting Sands*, p. 777.

91 “The fact that both sides placed considerable weight in their submissions on the question of the extent to which each side had ‘succeeded’ in these proceedings reflects at least an underlying agreement that the degree of success of each party is a factor relevant to the decision on costs.” Piero Foresti, *Laura de Carli & Others v. The Republic of South Africa* (Award) (ICSID Case No. ARB(AF)/07/01) (4 August 2010) § 109. Consúltense en este mismo sentido *M/V Saiga case (No.2) (St. Vincent v Guinea)* (1999, Merits, Joint Declaration By Judges Caminos, Yankov, Akl, Anderson, Vukas, Treves And Eiriksson On The Question Of Costs) ITLOS.

92 “Decisions that simply adopt the formula of the equal sharing of costs and the payment of each party’s own expenses without giving specific reasons have become less frequent.” C Schreuer, *The ICSID Convention, A Commentary*, p. 1233. En la página 1236 del mismo Comentario citado, se establece que, últimamente, los tribunales de arbitraje de inversión están cada vez más motivados por los elementos propuestos aquí cuando deben decidir la distribución de los costos. Aunado a esto, los tribunales de inversión tienden a no contradecir y basarse en precedentes arbitrales en la materia y siguen, entonces, una jurisprudencia *de facto*. Véase A Reinisch, *The Role of Precedent in ICSID Arbitration* (2005) *Austrian Arbitration Yearbook*.

93 Sobre los elementos constitutivos de la costumbre internacional, véase inter alia *North Sea Continental Shelf cases (Germany v. Denmark/Netherlands)* [1969] (Merits), ICJ Rep 51 § 77; *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)* [2012] ICJ Rep 143 § 55.

94 Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, art. 38(2)(d): La Corte [...] deberá aplicar: [...] d. [...] las decisiones judiciales como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho.

95 J Y Gotanda: *Awarding Costs and Attorneys’ Fees in International Commercial Arbitration*, p. 35.

96 G Flecke-Giammarco, *The Allocation of Costs by Arbitral Tribunals in International Commercial Arbitration*, p. 418.

primer caso, se opta por la adopción del sistema inglés dado que *inter alia* (i) éste es el más comúnmente utilizado en la práctica arbitral internacional privada; (ii) garantiza que la parte ganadora del caso sea compensada no sólo por los daños sufridos por la acción ilegal de la conducta de la contraparte, sino también por los costos incurridos en la reclamación de dicha acción, e (iii) incentiva a presentar demandas con debido mérito sustantivo.⁹⁷ En el segundo caso, se argumenta que ningún arbitraje es igual, por lo que lo más conveniente es evitar establecer un sistema de distribución de costas homogéneo y estático, y, al contrario, dejar que esta cuestión se defina con base en las particularidades de cada caso.⁹⁸

Al margen de estas propuestas, la gran mayoría de los autores consideran necesario que al distribuir las costas del arbitraje se tomen en cuenta elementos como los propuestos anteriormente como la proporción de la victoria de alguna de las partes, la conducta de las mismas, etc.⁹⁹ Finalmente, en todos los casos se ha puesto un énfasis especial en la autonomía de la voluntad de las partes como la piedra angular del arbitraje comercial internacional.

Todas las propuestas anteriormente citadas tienen sobradas virtudes fundamentales en el análisis de la distribución de costas en el arbitraje comercial internacional. En primer lugar, la importancia que se le da a la voluntad de las partes de este sistema de arbitraje. Se ha argumentado que el arbitraje de inversión y el comercial tienen diferencias fundamentales que justifican que contengan, cada uno, un sistema de distribución de costas distinto.¹⁰⁰ Aunque coincido que ambos sistemas tienen diferencias estructurales, creo que sólo la fuerza que tiene la voluntad de las partes en todo el sistema de arbitraje comercial internacional a comparación del arbitraje de inversión, justifica un enfoque particular y de cierta forma distinto en la distribución de costas en cada sistema. Mientras que, generalmente, en arbitraje de inversión, el demandante desahoga su reclamación arbitral con base en las reglas institucionales, o no, que fueron pactadas durante una negociación entre Estados de un APPRI donde él no tuvo ni voz ni voto, en el arbitraje comercial internacional, en la mayoría de las ocasiones, las partes del procedimiento negocian en igualdad de circunstancias y en pleno ejercicio de su voluntad las reglas arbitrales que serán aplicables cuando surja alguna controversia entre ambas.¹⁰¹ Esto quiere decir que al momento de pactar la cláusula compromisoria o el pacto arbitral las partes pueden elegir con toda libertad la forma en la que desean que las costas sean distribuidas y, al igual que defiende Gotanda, en dicho caso, los tribunales arbitrales deben respetar el pacto que se haya realizado por las partes en este sentido, si existiese.¹⁰²

97 J Y Gotanda: *Awarding Costs and Attorneys' Fees in International Commercial Arbitration*, p. 45-50.

98 G Flecke-Giammarco, *The Allocation of Costs by Arbitral Tribunals in International Commercial Arbitration*, p. 418.

99 R Smith, *Cost Awards in International Commercial Arbitration*.

100 S Schill, *Arbitration Risk and Effective Compliance*, p. 678

101 *Ibid.*, p. 678.

102 J Y Gotanda: *Awarding Costs and Attorneys' Fees in International Commercial Arbitration*. Decisiones que han respetado el acuerdo de las partes en cuanto a las costas son las siguientes Final Award No. 7385 & 7402 (ICC 1992); Final Award No. 3572 (ICC 1982); Final Award of November 17 1994 (*Ad-hoc*); Final Award No. 6320 (ICC

En caso de que las partes no pacten un sistema de distribución de costas particular, estarían sujetos a lo establecido en las Reglas de la ICC que, como se mencionó, no es suficientemente claro; tampoco la práctica arbitral que ha interpretado la disposición relevante a las costas en el arbitraje. En este caso, surgen dos posibles escenarios. Primero, que las partes, ante la incertidumbre de la forma en la que se distribuirán las costas al sujetarse a las Reglas de la ICC cabalmente, tengan mayores incentivos, entonces, para pactar anteriormente un sistema de distribución de costas *ad hoc*. Segundo, si se considera, por ejemplo, adoptar el sistema inglés en las Reglas de la ICC, las partes de un acuerdo o compromiso arbitral tendrían menores incentivos para pactar un sistema de distribución de costas *ad hoc* porque la incertidumbre disminuiría. Sin embargo, sí tendrían mayores incentivos individuales para cumplir de la mejor forma posible sus obligaciones contractuales para, así, evitar ser demandados en una causa arbitral y tener que cargar con las costas de la misma en caso de perder. Sin embargo, considero que para que dicho incentivo tenga un efecto real deberá aplicar el sistema inglés tanto a los costos del arbitraje como a los de representación legal – claro está, cuando estos sean razonables – dado que, hoy en día, los tribunales arbitrales en su mayoría ya aplican el sistema inglés a los costos de arbitraje mas no a los de representación legal.

De los escenarios anteriores, de forma similar a Gotanda, se propone adoptar dentro de las reglas institucionales de arbitraje el sistema inglés de distribución de costas, sujeto a lo establecido en el siguiente párrafo. Las razones de esta propuesta son las siguientes. Primero, dado que la mayoría de los sistemas legales poseen un sistema similar al propuesto, y dichos sistemas ejercen gran influencia en los árbitros, se evitaría la molestia de someter a los mismos a sistemas ajenos. Segundo, el arbitraje comercial internacional posee las características básicas de los sistemas o los procedimientos que adoptan el sistema inglés. Tercero, la parte perjudicada por una acción ilegal, o por el inicio de un arbitraje sin causa, será recompensada casi *ad integrum* por los daños que se le ocasionaron. Cuarto, las partes de un contrato con una cláusula arbitral tendrán incentivos para evitar que sean demandados en arbitrajes por lo que la relación comercial y jurídica entre ambos estará fortalecida, lo cual a vez causa externalidades positivas. Quinto, las partes aún son totalmente libres de acordar un sistema de distribución de costas. Sin embargo, la única opción restante sería el sistema americano, por lo que el elemento de incertidumbre dentro de la distribución de costas en el arbitraje comercial, que tanto preocupa a la comunidad estaría eliminado.¹⁰³

Independientemente del sistema por el que se opte, es necesario que los tribunales tomen en cuenta circunstancias particulares del caso que pueden afectar la distribución de costos.¹⁰⁴ Mientras

1992).

¹⁰³ Esta propuesta reduciría la posibilidad de que las partes pacten una distribución de costas de una forma demasiado general ya que, de hecho, en la práctica las partes cuando llegan a pactar esto lo hacen de una forma que no provee de mucha guía al tribunal. R Smit & T B Robinson, *Cost Awards in International Commercial Arbitration: Proposed Guidelines for Promoting Time and Cost Efficiency* 20 The American Review of International Arbitration [En adelante: R Smit *et al.*, *Cost Awards in International Commercial Arbitration*] p. 267.

¹⁰⁴ “A “loser pays” principle, without more, does not reliably identify either how to divide up the pie in a principled and predictable way, or what the dimensions of the pie ought to be.” R Smit *et al.*, *Cost Awards in International Commercial Arbitration*, p. 275.

que los párrafos anteriores se concentran en la generación de incentivos entre las partes *ex ante* el procedimiento arbitral para que eviten causar controversias jurídicas, la consideración de la conducta de las partes y el tipo de demandas presentadas, por ejemplo, genera incentivos de cooperación, buena conducta, respecto, profesionalismo *inter alia* de las partes durante el proceso arbitral.¹⁰⁵ Esto es fundamental no sólo para el sistema en general, sino para el abaratamiento del procedimiento y la reducción de sus tiempos, cuestiones que preocupan a la comunidad arbitral comercial actualmente.¹⁰⁶

Conclusión

Con base en todo lo anterior es posible concluir que a pesar de las diferencias entre el arbitraje de inversión y el comercial internacional, existe una falta de coherencia similar en la distribución de costas. Dicha falta de coherencia deriva, por un lado, de la poca claridad de las reglas institucionales aplicables a cada sistema sobre la forma en la que los tribunales deberán distribuir las costas y, por el otro lado – alternativamente en el caso de UNCITRAL – dado que las interpretaciones de los tribunales de dichas disposiciones arbitrales han sido variadas. A pesar de la referida falta de coherencia, sí es posible identificar a la fecha ciertos patrones en la práctica jurisprudencial de distribución de costas: en el arbitraje de inversión, ha ganado popularidad el sistema inglés *pro rata* o tomando en cuenta circunstancias del caso, mientras que en el arbitraje comercial internacional existe cierta tendencia a condenar al perdedor del caso al pago de los costos del procedimiento, y sólo una pequeña proporción de los costos de las partes.

A la luz del análisis realizado en este trabajo, si se replantean las preguntas realizadas en la introducción, las siguientes respuestas resultan adecuadas. Con respecto al sistema que se debería adoptar, es importante tomar un enfoque distinto sobre la distribución de costas tanto en el arbitraje de inversión como en el comercial de inversión. En el primero, sería conveniente que los tribunales ordenen el pago de costas a alguna de las partes, o a ambas de manera equitativa, a la luz de elementos específicos determinados en las reglas institucionales del CIADI y del UNCITRAL, o en la jurisprudencia arbitral, alternativamente. En el segundo, sería pertinente establecer institucionalmente que aplicará el sistema inglés, sujeto a que circunstancias particulares del caso ocasionen que el tribunal ordene un pago de las costas *pro rata* o idéntico entre las partes.

En cuanto a la conveniencia de un sistema homogéneo de distribución de costas, en primera instancia el establecer una regla única de costas parecería lo más conveniente. Sin embargo, en aras

¹⁰⁵ “[Parties, by virtue of the choices that they make in organizing the arbitral proceedings [...] and in conducting the proceedings will have a substantial impact on the arbitration’s ultimate cost and possibly also on the manner in which the costs are to be borne.” E Schwartz, *The ICC Arbitral Process – Part IV: The Costs of ICC Arbitration* (1993) 4 ICC International Court of Arbitration Bulletin I. Véase en este mismo sentido M Buhler, ‘Costs of Arbitration: Some Further Considerations’ en *Liber Amicorum in honour of Robert Briner* (ICC Publishing, Publication 693, 2005), p. 183.

¹⁰⁶ R Smit *et al.*, *Cost Awards in International Commercial Arbitration*, p. 273.

de que la distribución de éstas en cada sistema responda a las particularidades de cada uno y, sobre todo, de que a las partes tengan los incentivos adecuados para contribuir a la eficiencia y eficacia del procedimiento, no es recomendable establecer una regla fija. En el arbitraje de inversión se debería estar dispuesto a seguir el sistema inglés o el americano, pero teniendo en cuenta que lo que prevalecerá serán circunstancias de cada caso que determinarán la distribución de costas. En el arbitraje comercial, se debería partir del sistema inglés, pero sujeto igualmente a elementos distorsionantes.

Por último, en cuanto a las razones para adoptar sistemas distintos dependiendo del tipo de arbitraje, claramente hay elementos particulares de cada sistema que deben ser el punto de partida para distribuir costas en cada uno. Así, en el arbitraje de inversión se debe procurar que no se quebrante el sistema, ni se lleguen a resultados injustos, mientras que en el arbitraje comercial sería positivo incentivar a las partes a pactar reglas de distribución de costas y, al mismo tiempo, que eviten crear controversias jurídicas que obstaculicen sus negocios. No obstante, las anotaciones hechas en este trabajo abogan sobre todo por una serie de elementos esenciales que deben ser compartidos en ambos sistemas como el hecho de que los tribunales deben de seguir teniendo cierta discreción para poder manejar el caso y, sobre todo, lograr que las partes se comporten de una forma que garantice mayor eficiencia y eficacia. Lo anterior, debe de aplicar a cualquier sistema de solución de controversias.

El ensayar las respuestas y propuestas anteriores rebasa el mérito puramente intelectual. El arbitraje internacional que involucre a Estado o sólo a entidades privadas necesita de certeza jurídica en cuanto a sus costas para que los actores de cada sistema puedan tomar decisiones con base en la mayor cantidad de información disponible, al mismo tiempo que le resulta conveniente contar con herramientas que lo hagan más barato y profesional, y siga así siendo la opción primaria de solución de controversias jurídicas internacionales.¹⁰⁷

Bibliografía, artículos académicos y recursos electrónicos

- A Gourgourinis, "Investors' Rights qua Human Rights? Revisiting the 'Direct'/'Derivative' Rights Debate" en M Fitzmaurice & P Merkouris, *The Interpretation and Application of the European Convention of Human Rights Legal and Practical Implications* (Martinus Nijhoff, 2012).
- A Pellet, *2013 Lalive Lecture: The Case Law of the ICJ in Investment Arbitration* (2013) 22 ICSID Review 2.
- A Reinisch, *The Role of Precedent in ICSID Arbitration* (2005) Austrian Arbitration Yearbook.

¹⁰⁷ "Arbitration can be made more cost effective if the cost-incurring choices parties make are informed *ex ante* by the factors that the arbitral tribunal will ultimately consider when determining the allocation of costs at the conclusion of the arbitration than if arbitral tribunals wield discretion to reinvent those factors." R Smit *et al.*, *Cost Awards in International Commercial Arbitration: Proposed Guidelines for Promoting Time and Cost Efficiency*, p. 268. M Buhler, *Costs in ICC Arbitration: A Practitioner's View* (1992) 3 AMRev, pp. 116, 151-152.

- B Sabahi, *Compensation and Restitution in Investor-State Arbitration: Principles and Practice*, (OUP, 2011).
- C Espósito Massinni, 'Article 64' en Zimmermann, Tomuschat et al (eds.) *The Statute of the International Court of Justice A Commentary* (2nd edn, Oxford, 2006) S Rossene, *The Law and Practice of the International Court of Justice* (vol. III, Martinus Nijhoff Publishers).
- C Koch, *Is There a Default Principle of Cost Allocation in International Arbitration? – The Importance of the Applicable Provisions and Legal Traditions* (2014) 31 *Journal of International Arbitration* 4.
- C Leben, *La responsabilité internationale de l'État sur le fondement des traités de promotion et de protection des investissements* (2004) 50 *AFDI* 708.
- C N Brower, C H Brower II & J K Sharpe, *The Coming Crisis in the Global Adjudication* (2003) 19 *Arbitration International* 415.
- C Schreuer, L Malintoppi, A Reinisch, A Sinclair, *The ICSID Convention: A Commentary* (CUP, 2009).
- D Caron & L Caplan, *The Uncitral Arbitration Rules, A Commentary (With an Integrated and Comparative Discussion of the 2010 and 1076 UNCITRAL Arbitration Rules)* (2nd Edition, OUP, 2013).
- D Coursey & L R Stanley, *Pre-Trial Bargaining Behaviour within the Shadow of the Law: Theory and Experimental Evidence* (1988) *International Review of Law and Economics*.
- D Smith, *Shifting Sands: Cost-and-Fee Allocation in International Investment Arbitration* (2011) 51 *VJInt'lL* 3.
- D W Rivkin, *Towards a New Paradigm in International Arbitration: The Elder Town Model Revisited* (2008) 24 *Arbitration International* 375.
- E Robine, *What Companies Expect of International Commercial Arbitration* (1992) 9 *JInt'l Arb* 31.
- E Schwartz, *The ICC Arbitral Process – Part IV: The Costs of ICC Arbitration* (1993) 4 *ICC International Court of Arbitration Bulletin*.
- G Born, *International Commercial Arbitration* (Kluwer Law International, 2014).
- G Flecke-Giammarco, 'The Allocation of Costs by Arbitral Tribunals in International Commercial Arbitration' en J Huerta-Goldman, A Romanetti y J X Stirnimann (eds.), *WTO Litigation, Investment Arbitration, and Commercial Arbitration* (Kluwer Law International, 2013).
- I Shihata, *Towards a Greater Depoliticization of Investment Disputes: The Role of ICSID and MIGA en The World Bank in a Changing World* (1991, 309).

- I Uchkunova & O Temnikov, *Allocation of Costs in ICSID Arbitration* (3 de diciembre de 2014) Kluwer Arbitration Blog (Disponible en <http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2014/12/03/allocation-of-costs-in-icsid-arbitration/>).
- I Uchkunova, *Costs allocation – Table 2 – Cases in which the Respondent won* (2014) (Disponible en http://works.bepress.com/inna_uchkunova/1/. Consultado el 18 de diciembre de 2014).
- I Uchkunova, *Costs allocation – Table 1 – Cases in which the Claimant won* (2014) (Disponible en http://works.bepress.com/inna_uchkunova/1/. Consultado el 18 de diciembre de 2014).
- International Institute for Sustainable Development, *5.0 Arbitration Costs Chekoslovenska Obchodni Bnaka, a.s. v. The Slovak Republic* (Award) (ICSID Case No. ARB/97/4) (29 December 2004).
- J Fry, S Greenber, A Mazza 'Articles 37(1) and 37(3)-37(5): The arbitral Tribunal's decision on costs' en J Fry, J Greenberg, A Mazza, *The Secretariat's Guide to ICC Arbitration: A Practical Commentary on the 2012 ICC Rules of Arbitration from the Secretariat of the ICC International Court of Arbitration* (ICC Publishing, 2012).
- J Fry, S Greenberg & F Mazza, *The Secretariat's Guide to ICC Arbitration* (2012) ICC Publication No. 729.
- J Hause, *Indemnity, Settlement and Litigation, or I'll be suing you* (1989) 18(1) Journal of Legal Studies.
- J Power, *Investment Arbitration – Determination of Costs in ICSID Arbitration* en C Klausegger, P Klein et al., 228 Austrian Arbitration Yearbook 351 (2010).
- J Roselt, *Arbitration costs as Relief and/or Damages* (2011) 28(2) Journal of International Arbitration 116.
- J Slacuse & N Sullivan, *Do BITs Really Work?: An Evaluation of Bilateral Investment Treaties and Their Grand Bargain* (2005) 46 HarvardIntlLJ 1.
- J Vargo, *The American Rule on Attorney Fee Allocation: The Injured Person's Access to Justice* (1993) 42 The Am. U. L. Rev.
- J Y Gotanda, *Attorneys' Fees Agonistes: The Implications of Inconsistency in the Awarding of Fees and Costs in international Arbitration* (2009) Villanova University School of Law Public Law and Legal Theory Working Paper No. 2010-01.
- J Y Gotanda, *Awarding Costs and Attorneys' Fees in International Commercial Arbitration* (2000) Villanova University School of Law Public Law and Legal Theory Working Paper No. 2000-2.
- J Y Gotanda, *Consistently Inconsistent: The Need for Predictability in Awarding Costs and Fees in Investment Treaty Arbitrations* (2013) 28 ICSID Review 2.
- J Y Gotanda, *Consistently Inconsistent: The Need for Predictability in Awarding Costs and Fees in Investment Treaty Arbitrations* (2013) 28 ICSID Review 2.
- J Y Gotanda, *Damages in Private International Law* (2007) 326 RCADI 313.
- J Y Gotanda, *Supplemental Damages in Private International Law* (1998, Kluwer Law International, The Hague, The Netherlands).

- K H Bockstiegel, *Commercial and Investment Arbitration: How Different are they Today?* The Lalive Lecture 2012 (2012) 4 Arbitration International 28 p. 579.
- L Reed, *Allocation of Costs in International Arbitration* (2011) 26 ICSID Review 76
- M A Buchanan, *Public Policy and International Commercial Arbitration* (1988) 26 ABLJ 511, p. 512.
- M Buhler, 'Costs of Arbitration: Some Further Considerations' en *Liber Amicorum in honour of Robert Briner* (ICC Publishing, Publication 693, 2005).
- M Buhler, *Awarding Costs in International Commercial Arbitration: An Overview* (2004) 22 ASA Bulletin 2.
- M Buhler, *Costs in ICC Arbitration: A Practitioner's View* (1992) 3 AMRev.
- M Dimsey, *The Resolution of International Investment Disputes: International Commerce and Arbitration* 98 (Ingeborg Schwenzer ed., 2008).
- M O'Reilly, *Provisions on Costs and Appeals: An Assessment from an International Perspective* (2010) Chartered Institute of Arbitrators 76(4) Arbitration 706.
- M O'Reilly, *Rethinking Costs in Commercial Arbitration* (2003) 69 Arbitration 122.
- M Waibel, A Kaushal, K Liz Chung & C Balchin, 'The Backlash Against Investment Arbitration: Perceptions and Reality' en M Waibel, A Kausahl, K Liz Chung & C Balchin (eds.), *The Backlash Against Investment Arbitration: Perceptions and Reality*, (Kluwer Law International, The Netherlands).
- N Rubins, *The Allocation of Costs and Attorney's Fees in Investor-State Arbitration* (2003) 18 ICSID Review.
- N Ulmer, *The Cost Conundrum* (2010) 26(2) Arbitration International 221 (2010)
- P Peters, *Dispute Settlement Arrangements in Investment Treaties* (1991) 22 Netherlands Ybk Intl L 90.
- Power & Konrad, 'The Award – Costs in International Commercial Arbitration – A Comparative Overview of Civil and Common Law Doctrines' en C Klausegger, P Klein et al., *Austrian Arbitration Yearbook* (2007).
- R Cooter & D Rubinfeld, *Economic Analysis of Legal Disputes and their Resolution* (1989) 27 JEconLit.
- R Dolzer & C Schreuer, *Principles of International Investment Law* (2008, OUP)
- R H Smit & T B Robinson, *Cost Awards in International Commercial Arbitration: Proposed Guidelines for Promoting Time and Cost Efficiency*, (2010) 20(3) American Review of International Arbitration 267.
- R Smit & T B Robinson, *Cost Awards in International Commercial Arbitration: Proposed Guidelines for Promoting Time and Cost Efficiency* 20 The American Review of International Arbitration.

- S Schill, *Arbitration Risk and Effective Compliance, Cost-Shifting in Investment Treaty Arbitration* (2006) 7 J World Investment & Trade 653.
- T Oehmke, *Commercial Arbitration* (Clark Boardman Callaghan, 1997).
- T Rudolf Braun, *Globalization-Driven Innovation: The Investor as a Partial Subject in Public International Law – An Inquiry Into the Nature and Limits of Investor Rights* (2013) Jean Monet Working Paper 04/13 NYU School of Law.
- T Yalkin, *Ecuador denounces ICSID : Much about nothing* (2009) EjiTalk ! (Disponible en: <http://www.ejiltalk.org/ecuador-denounces-icsid-much-ado-about-nothing/>. Consultado el 6 de enero de 2014).
- Van Harten/Loughlin, *Investment treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law* (2006) 17 EJIL 121.
- W Pfennigstorf, *The European Experience with Attorney Fee Shifting* (1984) 47 Law & Contemporary Problems.
- Y Derains & E Schwartz, *A Guide to the New ICC Rules of Arbitration* (Kluwer Law International, 1998).
- Y Derains, 'Public Policy and the Law Applicable to the Dispute in International Arbitration' en *Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration* (Pieter Sanders ed., 1986).

Sentencias internacionales y laudos arbitrales

- *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)* [2012] (Compensation owed by the Democratic Republic of the Congo to the Republic of Guinea) ICJ Rep.
- *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)* [2012] (Compensation owed by the Democratic Republic of the Congo to the Republic of Guinea, Opinion Individuelle de M. Le juge *ad hoc* Mahiou) ICJ Rep.
- *Ambiente Ufficio S.p.A. and others v. Argentine Republic* (Decision on Jurisdiction and Admissibility) (ICSID Case No. ARB/08/9) (8 February 2013).
- *Arcambel v. Wiseman* 3 U.S. 3 Dall. 306 306 (1796).
- *Canfor Corporation v. United States of America; Terminal Forest Products Ltd. v. United States of America* (formerly *Canfor Corporation v. United States of America; Tembec et al. v. United States of America; Terminal Forest Products Ltd. v. United States of America*) (Joint Order on the Costs of Arbitration and for the Termination of Certain Arbitral Proceedings) (UNICTRAL) (19 July 2007).
- *Cargill, Incorporated v. United Mexican States* (Award) (ICSID Case No. ARB(AF)/05/2) (18 September 2009).
- *Case Concerning Land Reclamation by Singapore in and Around the Straits of Johor (Malaysia/Singapore)*

(Provisional Measures, 2003) ITLOS Rep 2003.

- *Chemtura Corporation v. Government of Canada* (formerly *Crompton Corporation v. Government of Canada*) (Award) ((UNCITRAL) (2 August 2010).
- *Corn Products International, Inc. v. United Mexican States* (ICSID Case No. ARB (AF)/04/1) (Award, not public) (18 August 2008).
- *Daimler Financial Services AG v. Argentine Republic* (Award) (ICSID Case No. ARB/05/1) (22 August 2012); *Deutsche Bank AG v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka* (Award) (ICSID Case No. ARB/09/2) (31 October 2012).
- *Deutsche Bank AG v Democratic Socialist Republic of Sri Lanka* (Award) (ICSID Case No ARB/09/02) (31 October 2012).
- *Emilio Agustín Maffezini v. Kingdom of Spain* (Award) (ICSID Case No. ARB/97/7) (13 November 2000).
- *Emmis International Holding, B.V., Emmis Radio Operating, B.V., MEM Magyar Electronic Media Kereskedelmi és Szolgáltató Kft. v. The Republic of Hungary* (Award) (ICSID Case No. ARB/12/2) (16 April 2014).
- Final Award No. 3572 (ICC 1982).
- Final Award No. 5946 (ICC 19990).
- Final Award No. 6320 (ICC 1992).
- Final Award No. 6962 (ICC 1992)
- Final Award No. 6248 (ICC 1990).
- Final Award No. 7385 & 7402 (ICC 1992).
- Final Award of November 17 1994 (*Ad-hoc*).
- *Joseph C Lemire v. Ukraine* (Award) (ICSID Case No ARB/06/18) (28 March 2011).
- *Juno Trader Case (Saint Vincent and the Grenadines v Guinea-Bissau)* (Judgment, 2004) ITLOS 128 ILR 267.
- *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)* [2012] ICJ Rep 143.
- *M/V Louisa (Saint Vincent v Spain)* (2011, Dissenting Opinion of Judge Lucky) ITLOS Rep 2011.
- *M/V Saiga case (No.2) (St. Vincent v Guinea)* (1999, Merits) ITLOS.
- *M/V Saiga case (No.2) (St. Vincent v Guinea)* (1999, Merits, Joint Declaration By Judges Caminos,

Yankov, Akl, Anderson, Vukas, Treves And Eiriksson On The Question Of Costs) ITLOS.

- *Methanex Corporation v. United States of America* (Final Award of the Tribunal on Jurisdiction and Merits) (UNCITRAL) (3 August 2005).
- *North Sea Continental Shelf cases (Germany v. Denmark/Netherlands)* [1969] (Merits), ICJ Rep 51.
- *Piero Foresti, Laura de Carli & Others v. The Republic of South Africa* (Award) (ICSID Case No. ARB(AF)/07/01) (4 August 2010).
- *Plama Consortium Consortium Limited v. Republic of Bulgaria* (Award) (ICSID Case No ARB/03/94) (27 August 2008).
- *SAUR International SA v. Republic of Argentina* (Award) (ICSID Case No. ARB/04/4) (22 May 2014).
- *Señor Tza Yap Shum v. The Republic of Peru* (Award) (ICSID Case No. ARB/07/6) (7 July 2011).
- *Société Industrielle des Boissons de Guinée v. Republic of Guinea* (Award) (ICSID Case No. ARB/12/8) (21 May 2014).
- *Southern Bluefin Tuna Cases (New Zealand & Australia/ Japan)* (Provisional Measures, 1999) ITLOS Rep 1999.
- *The “Camouco” Case (Panama v. France), Prompt Release* (Judgement, 2002) ITLOS Rep 2002.
- *The “ARA Libertad” Case (Argentina v. Ghana)* (Order, 2012).
- *The M/V “Virginia G” Case (Panama/Guinea-Bissau)* (Judgement, 2014) ITLOS.
- *The Rompetrol Group N.V. v. Romania* (Award) (ICSID Case No. ARB/06/3) (6 May 2013).
- *Triumph Tankers Ltd. V. Kerr McGee Refining Corp.*, (Final Award No. 2642) (SMA Mar. 28, 1990)

Tratados internacionales, reglas de arbitraje institucionales y legislación doméstica

- ASEAN Comprehensive Investment Agreement (Done at Cha-Am, 26 February 2009. Entry into force July 2012) (Disponible en www.asean.org/documents/FINAL-SIGNED-ACIA.pdf. Consultado el 8 de enero de 2015).
- Código de Comercio.
- Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States (Adoptado el 18 de marzo de 1965, entró en vigor el 14 de octubre de 1966) 17 U.S.T. 1270; T.I.A.S. No.6090, 475 U.N.T.S. 195.
- Energy Charter Treaty (Signed 17 December 1994. Entry into force 16 April 1998) 2080 UNTS 95; 34 ILM 360 (1995).
- England Arbitration Act 1996.
- Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (entró en vigor el 24 de octubre de 1945) 1 UNTS 993.

- Estatuto del Tribunal Internacional para el Derecho del Mar (Anexo VI de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar) 1833 UNTS 3.
- Reglamento de Arbitraje de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional.
- Tratado de Libre Comercio de América Central (Firmado el 5 de agosto de 2004).
- Tratado de Libre Comercio de América del Norte (Adoptado el 17 diciembre 1992, entró en vigor el 1 de enero de 1994) 32 ILM 296.
- United Nations Commission on International Trade Law Arbitration Rules (Adoptado el 8 de abril de 1976, revisado 2010) 330 UNTS 38.

1. Antecedentes

En México, el arbitraje comenzó con las reformas al Código de Comercio en 1989 y con la inclusión en dicho código de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional UNCITRAL en 1993. La posibilidad de someter contratos celebrados con entidades paraestatales, tales como Petróleos Mexicanos (Pemex) o la Comisión Federal de Electricidad (CFE) comenzó en el año de 1993. Sin embargo, fue en 2009 cuando el arbitraje se permitió, sin la necesidad de lineamientos, en la contratación pública a través de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las mismas (LOPSRM) y la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público (LAASSP) con la salvedad de aquello relativo a la rescisión administrativa y a la terminación de los contratos, misma que no se encontraba en las leyes que regían a PEMEX y a CFE. La Ley de Asociaciones Público Privadas (Ley APP) de fecha 16 de enero de 2012 amplía la no arbitrabilidad a cualquier acto de autoridad emitido por una entidad estatal.

La limitación al arbitraje en la LOPSRM, la LAASSP y la Ley APP parece haber sido ocasionada por el caso COMMISA contra PEMEX. En dicho procedimiento el demandante interpuso, de manera paralela al arbitraje, un amparo con la finalidad de obtener la suspensión de la rescisión administrativa y la declaración de la inconstitucionalidad de la rescisión unilateral del contrato por parte de PEMEX. Para lograr la procedencia del amparo tuvo que alegar que la rescisión administrativa del contrato de obra realizada por Pemex era un acto de autoridad mismo que no fue aceptado por el Juzgado de Distrito en primera instancia. En segunda instancia, el Tribunal Colegiado de Circuito turnó la cuestión de la esencia jurídica de la rescisión administrativa y la cuestión de la constitucionalidad a la Suprema Corte de Justicia de la Nación cuya Segunda Sala determinó en 2006 que la rescisión unilateral de una entidad paraestatal era constitucional y dentro de su facultad exorbitante, y que la rescisión administrativa era un acto de autoridad que solamente podía combatirse en juicio ordinario administrativo.

De esta forma, los tribunales mexicanos reconocieron que la rescisión administrativa, hasta ese momento considerada como un acto de naturaleza mercantil *de iure gestionis*, era un acto de autoridad *de iure imperii* con lo que se convirtió inarbitrable *ratione materiae*. El laudo arbitral fue anulado en México debido a la fuerza vinculante del acto de autoridad y el efecto de *res iudicata refleja* del amparo.

¹ Socio de Wöss & Partners en la Ciudad de México y en Washington DC (www.woessetpartners.com), abogado y experto en materia de construcción, APPs y el sector energético, miembro y presidente de dispute boards, testigo social y árbitro internacional; autor de "Damages in International Arbitration under Complex Long-term Contracts" (Oxford University Press, febrero de 2014) junto con su socia Adriana San Román Rivera y dos economistas; se puede contactar al hwoess@woessetpartners.com.

El caso COMMISA es un ejemplo del uso problemático de la institución francesa del “*contrat administratif*” o contrato administrativo utilizado en México y varios países Latinoamericanos como lo observó el profesor Héctor Mairal en Argentina en 2002. Mientras que en Francia la terminación de contratos o acontecimientos que afectan el equilibrio contractual generan obligaciones de indemnización por parte del estado, tales obligaciones son rudimentarias o no-existentes en México y Latinoamérica, como es el caso de los llamados gastos no recuperables. En combinación con la inherente inarbitrabilidad de la rescisión y terminación administrativa, así como del acto de autoridad, se crea un considerable riesgo político y el peligro de arbitrajes en materia de inversión basados en los llamados APPRIs (Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones) por expropiación o por la violación del principio del derecho internacional de trato justo y equitativo.

La Reforma Energética a través de sus leyes secundarias publicadas el 11 de agosto de 2014 hace un cambio radical al abandonar la institución del contrato administrativo a favor de contratos de proyectos basados en el derecho mercantil, con la excepción parcial de la rescisión y terminación administrativa de contratos para la exploración y extracción de petróleo y gas.

2. El régimen arbitral de PEMEX y CFE después de la reforma energética

Bajo la nueva Ley de Petróleos Mexicanos (nueva Ley PEMEX) de fecha 11 de agosto de 2014, los contratos de proyectos se rigen por dicha ley y por el derecho mercantil como se establece expresamente en los artículos 3 y 7, segundo párrafo, de la referida ley. En particular, la nueva Ley PEMEX no contiene referencia alguna a la rescisión o terminación administrativa y expresamente provee el uso de términos comerciales en contratos de proyectos, como son las mejores prácticas y los contratos modelo de la industria lo que reduce el riesgo político y, por ende, afecta favorablemente el costo de financiamiento de proyectos energéticos.

El punto clave de la reforma es el artículo 80 de la nueva Ley PEMEX que establece que todos los actos durante la licitación y hasta la adjudicación de un contrato o proyecto se consideran actos administrativos. Una vez firmado el contrato, cualesquier actos relacionados con el mismo se consideran de naturaleza privada o, en caso de PEMEX, de *iure gestionis*, y se rigen por el derecho mercantil o civil. Lo anterior resulta en que los contratos de proyectos bajo la nueva Ley PEMEX son de naturaleza mercantil. Al constatar que los futuros contratos de proyectos son de índole comercial y omitir cualquier referencia a la rescisión y terminación administrativa, la contingencia provocada por COMMISA al promover un amparo en paralelo al arbitraje ha sido eliminada.

El artículo 115 de la nueva Ley PEMEX expresamente prevé el arbitraje y otros medios de solución amigable de controversias como son los llamados dispute boards que se componen de dos ingenieros y un abogado y se instalan desde el principio de la obra para resolver de manera informal y formal todas las disputas hasta el final de la misma y pueden durar hasta más de 20 años como es el caso de los APPs y de los proyectos al largo plazo. Al arbitraje resulta aplicable el Código de Comercio y los tratados internacionales sin excepción respecto a la arbitrabilidad *ratione materiae*.

El mismo enfoque legislativo se tomó con respecto a la Comisión Federal de Electricidad bajo la nueva ley de la CFE publicada también el 11 de agosto de 2014. Los artículos 3 y 7 de la ley expresamente refieren a la legislación mercantil aplicable a contratos de proyectos. Cualesquier actos de la CFE durante la licitación pública se consideran actos administrativos, sin embargo y de acuerdo con el artículo 82 de la nueva Ley CFE, se aplica el derecho mercantil a los contratos de proyectos. El artículo 118 de la nueva Ley CFE establece la facultad de comprometer en árbitros con la misma redacción que se contempla en la nueva ley PEMEX.

Con las nuevas leyes PEMEX y CFE, el Congreso Mexicano ha tomado pasos importantes para eliminar el riesgo político causado por la sentencia de la Segunda Sala de la Suprema Corte de la Nación en el amparo COMMISA en contra de la rescisión administrativa de PEMEX, al establecer un régimen mercantil y al eliminar el problema de actos no arbitrales en contratos de proyectos.

La nueva Ley de Energía Eléctrica prevé contratos mercantiles entre la Comisión Regulatoria de Energía en su artículo 5, mismos que se basan en el Código de Comercio, salvo donde la ley expresamente prevé la emisión de un acto de autoridad. La ley omite cualquier referencia a la rescisión o terminación administrativa y no menciona el arbitraje, mismo que parece admisible debido al carácter mercantil de los contratos con la Comisión Regulatoria de Energía.

3. Los Contratos para la Exploración y Extracción de Petróleo y Gas

Los contratos para la exploración y explotación de hidrocarburos con la Comisión Nacional de Hidrocarburos se rigen por la nueva Ley de Hidrocarburos, su Reglamento y la legislación mercantil, como se establece en el artículo 22 de dicha ley. Lo anterior se confirma en el artículo 97 de la ley según el cual “se consideran mercantiles los actos de la industria de Hidrocarburos, por lo que se regirán por el Código de Comercio y, de modo supletorio, por las disposiciones del Código Civil Federal.”

Corresponde a la Nación la propiedad de todos los hidrocarburos que se encuentren en el subsuelo del territorio nacional, incluyendo la plataforma continental y la zona económica exclusiva. Por lo tanto, aunque son contratos mercantiles, de acuerdo con el artículo 19, fracción VIII, de la Ley de Hidrocarburos, tales contratos deben incluir las causales de terminación del contrato, como la terminación anticipada y la rescisión administrativa. Las causales de la rescisión administrativa se encuentran en el artículo 20 de la Ley de Hidrocarburos y se refieren al incumplimiento material del contratista.

El artículo 21 de la Ley de Hidrocarburos establece que tratándose de controversias referidas en los contratos para la exploración y extracción de hidrocarburos se podrán prever mecanismos alternativos para su solución, incluyendo acuerdos arbitrales en términos de lo dispuesto en el Título Cuarto del Libro Quinto del Código de Comercio y los tratados internacionales en materia de arbitraje y solución de controversias de los que México sea parte. Sin embargo, lo anterior excluye la rescisión y terminación administrativa del contrato que es inarbitrable *ratione materiae*. Lo anterior significa que cualquier controversia derivada de

la rescisión o terminación administrativa de un contrato de exploración o extracción de hidrocarburos debe litigarse ante el Tribunal Federal de Justicia Federal y Administrativa o un Juzgado de Distrito en Materia Administrativa, mismos que son tribunales excelentes para impuestos, en materia de agua, derecho de competencia económica o propiedad intelectual, pero no necesariamente experimentados en materia de contratos complejos como los que rigen proyectos energéticos.

Aunado a lo anterior, el párrafo 6 del artículo 20 de la Ley de Hidrocarburos establece que, “[c]omo consecuencia de la rescisión administrativa, el Contratista transferirá al Estado sin cargo, ni pago, ni indemnización alguna, el Área Contractual.” Lo anterior podría crear una contingencia y potencial violación con base en los mencionados APPRIIs cuando el contratista deja sustanciosas inversiones que son de utilidad para el estado sin recibir el valor correspondiente, por lo que es probable que los inversionistas afectados acudan a instancias internacionales como lo es el arbitraje en materia de inversión antes que litigar ante tribunales mexicanos. Por lo tanto, aumenta el riesgo político de México y el costo de los proyectos en el sector energético ya que la resolución de controversias juega un rol importante en proyectos complejos como los que se encuentran en el sector energético. Esto se hubiera podido evitar al no excluir el arbitraje comercial en caso de rescisión y terminación administrativa y evitar arbitrajes costosos en materia de inversión bajo tratados internacionales.

4. Conclusiones

Las leyes secundarias de la reforma energética son un paso importante para permitir las mejores prácticas internacionales en lo que se refiere a la solución de controversias a través de mecanismos como los llamados dispute boards o arbitraje comercial, basados en modernos contratos que se utilizan como estándar en la industria, y para resolver el problema causado por el amparo de COMMISA, en lo que respecta a las nuevas leyes PEMEX y CFE, bajo un régimen contractual moderno.

Sin embargo, los efectos de la sentencia de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación todavía se resienten en la LOPSRM, la LAASSP y la Ley APP lo que puede afectar seriamente la inversión sujeta a esas leyes. Una situación particular es la que existe con respecto a la Ley de Hidrocarburos, en donde razones históricas parecen haber motivado la aplicación de la rescisión y terminación administrativa en un régimen mercantil. Lo anterior, lleva a tres diferentes categorías de contratos de proyectos a nivel federal: (a) los contratos administrativos y concesiones, (b) los contratos híbridos basados en el derecho mercantil con la rescisión o terminación administrativa que debe litigarse por la vía ordinaria administrativa, y (c) los contratos mercantiles que son plenamente arbitrables como es el caso de los contemplados en las leyes PEMEX y CFE.

Con respecto a los últimos es importante que en México se adopten las mejores prácticas, utilizando modelos de contratos como los de la FIDIC y los utilizados en la industria del petróleo y gas, combinado con

los mejores mecanismos de manejo de reclamos (claim management) y los dispute boards como mecanismos preventivos y de administración de disputas mismos que han sido reconocidos por el propio Banco Mundial. Finalmente, si las disputas en proyectos complejos no pueden resolverse la alternativa es acudir al arbitraje como el mecanismo más idóneo que permite la elección de árbitros expertos en la materia.

Francisco González de Cossío¹
González de Cossío Abogados, S.C.
Presidente de la Comisión de Competencia Económica ICC México

La mediación² es escasamente vista en la práctica mercantil mexicana. Ello obedece, en mi opinión, a tres motivos. A continuación los expongo resumidamente de manera tal que se abra los ojos a los practicantes sobre cuándo dan valor – y cómo no utilizarlos lastima las relaciones de los comerciantes. De allí que haga alusión a la máxima aplicable a los médicos —*primum non nocere*— que bien podría aplicar a los abogados, dado que los motivos que la subyacen existen en la práctica legal.

I. Motivos de inutilización

Existen tres motivos que explican la escasa utilización de los mecanismos alternativos de solución de controversias (“**MASC**”) en la práctica mercantil mexicana: ignorancia, inconveniencia y las psicologías que se detonan surgida una disputa. Explicaré cada uno.

A. Ignorancia

Los abogados suelen no recomendar la utilización de los MASC primordialmente por ignorancia. Ignoran (ignoramos) cuándo dan valor. Y ello obedece a un defecto de formación. Hasta recientemente, ninguna escuela de Derecho los incluía en su plan de estudios obligatorio. Y los que (recientemente) los han incluido, merecen ser revisitados, pues pueden ser mejorados. Por ejemplo, suelen exponerlos conceptualmente, superficialmente, sin hacer seminarios o simulacros sobre cómo emplearlos. Ello afecta seriamente el que se perciba el valor que dan pues son instrumentos cuya utilidad se entiende cuando se llevan a la práctica. Es decir, los MASC son tanto conceptuales como pragmáticos.

B. Inconveniencia

Los MASC no le convienen a ciertos abogados. El motivo: cobran menos. Una mediación bien puede resolver en una mañana un problema que tomaría años y múltiples recursos legales encausar por la vía judicial. Siendo que dicha área suele cobrarse sea por iguala, por instancia o por hora,³ ello quiere decir que un abogado que encausa un problema a un MASC extrae menos beneficios del mismo, que si lo encausa judicialmente.

Lo anterior hace que exista un incentivo subconsciente (a veces consciente) para sugerir la vía litigiosa para un problema, cuando el mismo pudo haber sido rápidamente resuelto mediante una mediación.

¹ González de Cossío Abogados, SC. (www.gdca.com.mx) Árbitro, mediador y abogado de parte, casos nacionales e internacionales. Observaciones bienvenidas a fgcossio@gdca.com.mx.

² Salvo cuando los distingo expresamente, al aludir a la ‘mediación’ incluyo conciliación. No porque sean iguales —no lo son— sino porque todo lo que aquí expongo es aplicable a ambos.

³ Y aún cuando se cobran montos fijos, sin duda serán superiores si toman tiempo, instancias y recursos, que si se canalizan a una mediación (que suele ser mucho más veloz).

Y como todo incentivo, debe tenerse en cuenta al momento de recibir orientación, a efecto de decidir seguirla o no.

X. Psicologías

Surgido un problema, todo cambia. Cuando sentados de lados distintos de la mesa, los abogados — inclusive otrora amigos— se ven distinto. Ello incluye que si uno de ellos sugiere recurrir a la mediación previo a litigar, la contraparte sospechará. Y con probabilidad inferirá debilidad. Ello es sabido por todos. Y es por sí suficiente para evitar que la sugerencia de mediación ocurra. (Después de todo, nadie desea comunicar debilidad cuando está a punto de pelear.) Ello debe tenerse en cuenta al proponer una solución al problema de la utilización de la mediación, pues de no vencerlo, fracasará en la mayoría de los casos.

II. Motivos para su utilización

En *Arbitraje* (4ª ed., pp. 9 *et seq*) presento lo que llamo la “Teoría de la Naturaleza Diversas de los Problemas Legales” como forma de discernir cuándo usar los MASC. Para ello, postulo que los problemas deben ser palpados como un doctor a un paciente. Y arribada a una prognosis, la diagnosis jurídica debe incluir analizar qué instrumento puede ser de utilidad para atender al mismo de entre las siguientes opciones: litigio, mediación, conciliación, expertise (peritaje), arbitraje, y *dispute boards*. Si siempre se opta por litigio, se estará utilizando una medicina para todos los males. Y el que paga las consecuencias es el paciente (el cliente).

En este contexto no agoto la idea. Me ceñiré a identificar tres escenarios en los que la mediación da un valor que no dan los demás mecanismos enunciados: ante asimetrías de información, relaciones valiosas, o intereses disímboles.

A. Asimetrías de información

Las asimetrías de información obstaculizan encontrar soluciones aceptables a problemas. Existe una asimetría de información cuando una parte tiene información de la que carece la otra. Esta ‘información privada’ puede ser de utilidad para encontrar soluciones a problemas. Si ‘alguien’ pudiera tener acceso a la información privada de cada una de las partes involucradas o interesadas en el problema, podría identificar si hay algo que hacer, un común denominador, un espacio de oportunidad, que pueda explotarse para lograr una solución que no sea suma-cero. Ese ‘alguien’ es el mediador.

B. Relaciones valiosas

Existen relaciones que no pueden fracasar. *Tienen* que existir para que prospere una actividad o negocio.

Sea porque es un proveedor de un insumo esencial, un cliente en una industria monopsonizada⁴ o —algo frecuentemente visto en México— hermanos en una empresa familiar, hay ciertas relaciones que no soportan una disputa. O más puntualmente, que la diferencia que exista en la misma se canalice adversarialmente. Un fallo (sentencia o laudo) que de la razón a **A** por encima de **B** bien puede tener el efecto de condenar al fracaso al negocio sobre la que versan. Para estas relaciones, el método *ideal* para enfrentar diferencias —posiblemente el *único*— es la mediación.

Las partes en disputa siempre tienen intereses disímboles—por lo menos en apariencia (§1). Éstos no siempre son jurídicamente asequibles (§2). Ello, lejos de ser lamentable, puede ser el origen de un entendimiento ganar-ganar (§3).

C. Intereses Disímboles

1. Contradicción aparente

Suele ocurrir que las partes en disputa están menos alejados de lo que parece. Esto puede parecer al lector casuista o no sujeto a una generalización. Sin embargo, la experiencia enseña que los defectos de comunicación se exacerban cuando ante emociones fuertes. Si alguien con la mente fría pudiera intervenir y, con ojos nuevos y un ánimo constructivo, explorar las necesidades de las partes,⁵ bien podría ser el catalizador de un entendimiento no adversarial. Ganar-ganar.

2. Asequibilidad

Lo que una parte quiere y a lo que tiene derecho no siempre coinciden. Por ende, litigar o arbitrar para obtenerlo no es una opción. De hecho, puede no sólo ser inútil, sino obstaculizante: lejos de acercarla, la alejará de la posibilidad de llegar a un acuerdo que le permita obtener lo que le interesa. Ello será obtenible sólo mediante un mecanismo que permita sondear deseos, a efecto de determinar la existencia de espacios de oportunidad —comunes denominadores— que posibiliten llegar a acuerdos que lo procuren.

3. Los intereses distintos posibilitan arreglos

Con frecuencia la diferencia que desemboca en una disputa es producto de intereses disímboles, más que reproche. De manejarse mal, esto puede ser destructivo. Pero de manejarse bien, puede ser constructivo. Puede ser *el* motivo por el cual se generen situaciones, coyunturas, que crean valor; oportunidades de negocio.

⁴ Para entender por qué, véase González de Cossío, COMPETENCIA, Ed. Porrúa, 2ª edición, México, D.F., 2015.

⁵ Tanto sustantivas como emocionales. Es impresionante cuántas veces lo que una parte *en verdad* quiere, consciente o inconscientemente, es simplemente ser reconocida u otras afecciones no materiales. Un mediador diestro puede identificarlas, saciarlas y encausarlas constructivamente a efecto de posibilitar acuerdos otrora imposibles.

La ironía de esto es interesante. Las diferencias son espacios de oportunidad. Alternativas para crear valor. Pero ello requiere un catalizador, que puede ser el mediador. Sin el mismo, bien pueden desembocar en pleito, cuando podrían ser el cimiento de negocios nuevos.

III. Solución: *Primum Non Nocere*

Propongo que exista un “Juramento Hipocrático del Abogado”: *primum non nocere*. Así como los médicos juran utilizar sus conocimientos y privilegiada situación ante un paciente para hacer el bien, los abogados debemos entender que existe una privilegiada situación que tenemos ante nuestros clientes (nos muestran sus vulnerabilidades; nos depositan su confianza), y que nuestros conocimientos pueden ser usados para bien o para mal. Y ante ello nos juremos que (1) en el proceso de toma de decisión, consideremos la opción de mediación; (2) la recomendaremos cuando observemos que puede dar un valor al cliente —inclusive si no nos conviene a nosotros mismos.

Para ello, propongo que tengamos en mente una de las grandes lecciones del análisis económico del derecho sobre el litigio: ocurre porque las partes tienen perspectivas distintas. Para que exista un pleito, no se requiere una persona buena y una persona mala. Se requiere de dos personas con perspectivas distintas. Dichas perspectivas pueden ser incompatibles — en cuyo caso el litigio o arbitraje es la única opción. Pero pueden no serlo. De no efectuar un ejercicio mediatorio, nunca lo sabremos. Nunca podremos discernir. Pueden existir espacios de común denominadores que permitan soluciones constructivas. Y ello, especulo, ocurre con mucha más frecuencia de la que nos damos cuenta. Un universo importante de casos pueden (pudieron) haber sido encausados constructivamente —no adversarialmente— dando valor a los clientes sin infligirles costo. Sin condenarlos a pleitos. Para identificarlos, es necesario que, previo a encausar (condenar) una relación a pleito, se escudriñe si existen circunstancias, escenarios, en los que puedan encontrarse comunes denominadores que creen valor para los involucrados. Para ello, es necesario conllevar un ejercicio mediatorio.

Entendido así, *la mediación debe (debería) ser un paso previo a casi todo pleito*. Para ello, debemos primero jurarnos no hacer daño. Privilegiar los intereses de los clientes por encima de los nuestros: *primum non nocere*.

Ernst Hechenberger

Director General de Contract Administration Associates S.A. de C.V.

Introducción

Una de las razones por las que un demandante no tiene éxito en sus reclamos y controversias en materia de construcción, son las deficiencias en mostrar y soportar un vínculo claro entre las interferencias argumentadas como causas y los efectos reclamados. En nuestra larga experiencia como peritos, hemos observado que en la tarea de establecer un vínculo causa-efecto, a menudo las empresas constructoras no van más allá de mostrar una mera concurrencia entre las interferencias y los retrasos y aumentos de costos. Hacer esto, lo comparo con la relación que se hace entre la aparición de la estrella de Belén y el nacimiento de Jesucristo. Ambas cosas ocurrieron simultáneamente, pero científicamente hablando no se ha probado una relación directa entre ambos hechos. Las deficiencias en el soporte de los reclamos no sólo reducen la posibilidad de acceder al derecho que se tiene; una mala sustentación también disminuye la posibilidad de alcanzar acuerdos justos y daña permanentemente las relaciones entre clientes y contratistas. Es por ello que considero importante e interesante abordar este tema, para que, desde la preparación de un reclamo por condiciones cambiadas, se cuide la forma de establecer y soportar el o los vínculos causa-efecto que sustentan dicho reclamo. Hacer esto evita largas y costosas disputas entre las partes.

Causas

Una causa es un evento o acontecimiento que provoca o tiene como consecuencia algún efecto. El término “causa” presupone cierta dinámica, un cambio de estado. Es el origen de un cambio. En general tendemos a simplificar la complejidad de nuestro mundo y a buscar una causa única para explicar lo que está pasando. En la realidad, es un sinnúmero de causas, condiciones o constelaciones, las que contribuyen a los efectos que se observan. En el campo que nos ocupa, esto es, los proyectos de construcción, solamente aquellas condiciones que hayan sido diferentes a las condiciones esperadas o planeadas pueden considerarse como “causas” de algo.

Una causa puede ser a su vez el efecto de uno o varios eventos o acontecimientos anteriores. Así como un efecto puede constituir una nueva causa de efectos subsecuentes.

Para delimitar lo que se puede considerar como la causa de una interferencia o de un daño producido en un proyecto de construcción, se busca, normalmente, lo que se llama la *causa original*. La causa original es el cambio de la condición esperada, o la que razonablemente se podía esperar, a la firma del contrato. Cuando existen varias causas detonantes de un determinado efecto, la búsqueda de la causa original puede ser complicada, ya que su determinación involucra la combinación de apreciar su nivel de influencia en el efecto analizado y el momento de su ocurrencia, comparado con otras causas invocadas o posibles.

Entre las causas originales frecuentes de retrasos o sobrecostos en proyectos de construcción se encuentran, entre otras, las siguientes:

- Cambios en la ingeniería, u obras adicionales o extraordinarias, solicitados por el cliente.
- Suspensiones formalizadas o no formalizadas, que interrumpen el avance de ciertos trabajos.
- Aprobaciones o respuestas retrasadas a solicitudes de información.
- Falta de toma de decisiones por parte del propietario.
- Entrega tardía del sitio, de derechos de vía o de permisos de trabajo.
- Suministros tardíos por parte del cliente (materiales, insumos, etc.)
- Trabajos paralelos por otros contratistas del propietario.
- Solicitudes o instrucciones (injustificadas) de implementar medidas de aceleración.
- Eventos de fuerza mayor.

Efectos

Un efecto es el resultado provocado por una causa. Los efectos no solamente pueden ser negativos sino también positivos. Así como la posibilidad de que múltiples causas provoquen un efecto, una causa también puede provocar múltiples efectos. Por tal razón es importante evaluar los efectos negativos y positivos en su conjunto, para determinar si hubo un daño o menoscabo a una de las partes de un contrato.

Un error frecuente de las empresas de construcción al elaborar un reclamo, es ver y reclamar en primera instancia solamente los efectos evidentes, sin considerar otros efectos más complejos o difíciles de verificar y de cuantificar. Así, por ejemplo, se reclaman los costos adicionales por la implementación de obra adicional y se olvidan los eventuales efectos disruptivos en la ejecución de los trabajos, los cuales pueden reducir la productividad de los trabajos contractuales. Otro ejemplo es cuando se reclaman los costos adicionales pero se olvidan los impactos en el programa. A medida que va avanzando el proyecto, se acumulan estos efectos (pérdida de productividad, impactos en el programa, etc.), hasta que el contratista ya no los puede compensar o ignorar. A esas alturas, frecuentemente ya existen convenios firmados u opiniones periciales independientes sobre los impactos, sin que se haya considerado y reclamado adecuadamente la afectación en toda su amplitud. Ocurre entonces que por razones jurídicas, tales como “abandono de derecho”, “cosa juzgada”, o simplemente por extemporaneidad del reclamo en el sentido del Artículo 20.1 de los contratos FIDIC, se complica conseguir el reconocimiento adicional de estos efectos secundarios.

Entre los efectos frecuentes causados por interferencias en los proyectos, se tienen, entre otros, los siguientes:

- Costos directos adicionales.
- Retrasos en la obra.
- Costos de extensión de tiempo (Costos indirectos).
- Costos financieros adicionales.
- Daños y perjuicios.

Originados entre otros por:

- Obras (trabajos y/o suministros) adicionales y extraordinarios.
- Incrementos de precios en el mercado.
- Actividades adicionales para mitigar obstáculos o condiciones cambiadas (“work arounds”).
- Tiempos de espera o tiempos improductivos por suspensiones o reasignaciones de personal y maquinaria a otros frentes.
- Menores rendimientos en los recursos empleados por afectaciones (“disruptions”).
- Menores rendimientos en los recursos empleados por la implementación de medidas de aceleración.

En todos los conceptos, con excepción de los daños y perjuicios, normalmente es aplicable la inclusión de una utilidad, a menos que estos hayan sido causados por Fuerza Mayor o Caso Fortuito.

Vínculo entre una causa y un efecto reclamado

A menudo los vínculos alegados entre una causa y un efecto son desestimados por un tribunal por las siguientes razones:

- (a) El vínculo no es más que una concurrencia de eventos.
- (b) El vínculo no apunta a una causa única o predominante.
- (c) Los efectos negativos argumentados ignoran la existencia de posibles efectos positivos.
- (d) En la cuantificación de los efectos no se han descontado las influencias de causas no imputables a la contraparte o las influencias de causas de fuerza mayor.
- (e) La cuantificación de los efectos se realiza de forma global, sin delimitar adecuadamente la afectación que se reclama.

- (f) Los registros contemporáneos utilizados en la cuantificación son incongruentes con la línea de argumentación planteada.

Cadena de pruebas de la causa original hasta el efecto último y los soportes requeridos (pruebas, evidencias e indicios)

En primera instancia la parte reclamante debe probar lo siguiente:

1. Prueba de la ocurrencia de la causa invocada (del evento).
2. Prueba de la imputabilidad del evento a la otra parte o su calidad de fuerza mayor.
3. Bases de derecho de la compensación reclamada (tiempo y dinero).
4. Efecto inmediato sufrido. Por ejemplo: pérdida de productividad, tiempos muertos o retrasos en la actividad afectada, obras adicionales.
5. Vínculo evidente y directo entre la causa y el efecto inmediato.
6. Subsecuentes daños y perjuicios, menoscabos u otras afectaciones (costo de la mano de obra adicional empleada; retrasos de fechas críticas/nuevo programa de obra).
7. Vínculo entre efecto inmediato y efectos subsecuentes (cuantificación y su razonabilidad).

En caso de dudas se pueden requerir además las siguientes pruebas secundarias:

- No haber contribuido al evento invocado como causa.
- Haber empleado el mayor esfuerzo para mitigar los efectos.
- Ausencia de eventuales retrasos concurrentes.
- Cualificación adecuada de los recursos (por ejemplo: mediante avances logrados en fases sin afectaciones).
- La imprevisibilidad del evento.
- Eliminación de causas concurrentes.
- Eliminación de eventuales efectos positivos.

Lo que dificulta mucho la comprobación de vínculos claros y directos entre causa y efecto, es la falta de granularidad, es decir, el nivel de detalle de la información, tanto de lo planeado como de los datos reales. Por ejemplo, si tengo un programa que sólo muestra 5 actividades principales y además sin vínculos entre ellas, sería muy difícil demostrar la intención con la que el contratista tenía planeado ejecutar sus trabajos y cómo se ha visto afectada la ruta crítica. Otro ejemplo: si en un proyecto conozco solamente el incremento en el volumen total de horas hombre, sin discriminar por tipo de trabajo, área, semana o mes, sería muy complicado diferenciar a lo largo del proyecto, los impactos de interferencias causadas por el cliente, de los contratiempos, problemas y re-trabajos del mismo contratista.

Ciertas estipulaciones en la ley de obra pública mexicana son contraproducentes, no favorecen la creación de relaciones contractuales claras, donde cada parte se responsabilice de lo que está bajo su control. Por ejemplo, el artículo 110 del Reglamento establece que el contratista está obligado a realizar sus

trabajos tal como se indica en el programa del contrato: *“La ejecución de los trabajos deberá realizarse con la secuencia y en el tiempo previsto en el programa de ejecución convenido en el contrato.”*. Esta es una estipulación que ignora por completo la esencia de la programación con el método CPM (método de ruta crítica o “critical path method”). ¿Qué motivo tendría un contratista para mostrar holguras en su programa que acompaña a su oferta, si por ley no tiene la libertad de realizar ciertos trabajos más tarde de lo indicado, aunque esto no afecte la fecha de culminación? Esta estipulación ha conllevado que los contratista eviten mostrar, en los programas que acompañan sus ofertas, las duraciones “óptimas” de las actividades, para evitar discusiones infinitas con los funcionarios públicos en relación a si sus trabajos están dentro o fuera del plan.

Lo estipulado en la ley, en el sentido de que los daños reclamados deben ser directos e inmediatos, también ha dado origen a amplias discusiones. Un poco más adelante analizaremos este asunto desde el punto de vista técnico.

Afectaciones comunes y sus causas en proyectos de construcción

A continuación abordaré las causas que comúnmente producen daños, perjuicios, menoscabos u otras afectaciones en los trabajos del contratista. Sobra decir que ante todo evento es muy importante que se notifique al propietario de su ocurrencia, de las consecuencias que éste provoca y de su impacto en el costo/ precio y en el programa del proyecto, antes de emprender acciones e incurrir en costos adicionales.

1) Cambios y errores en pre-ingeniería, especificaciones y documentación.

Cada proyecto es un prototipo y por lo tanto susceptible a cambios. Buscar la perfección de la pre-ingeniería para excluir cualquier necesidad de cambios posterior, prolongaría mucho esta fase, e incrementaría la duración total del proyecto, reduciendo su retorno de la inversión. Es por ello que el cliente debería reservar una contingencia en costo y tiempo para hacer frente a los cambios que surgan durante la ejecución del proyecto. El grado de madurez de la pre-ingeniería (ingeniería conceptual, ingeniería básica e incluso parte de la ingeniería de detalle), suministrada por el cliente, y de la libertad del contratista de realizar ajustes a ella, determina a su vez los costos y el tiempo de ejecución de las obras contratadas. No es posible que los licitantes estimen con precisión los costos y tiempos requeridos de los cambios que resulten necesarios, para incluirlos en su propuesta. De hecho, los cambios o errores en la ingeniería y en las especificaciones, son el factor principal por el cuál las obras a menudo sufren importantes retrasos e incrementos en sus costos.

En este caso el contratista debe demostrar el cambio requerido en la información proporcionada por el propietario. Por tanto, es importante que el intercambio de información se realice con el orden y formalidad pertinente: por escrito, vía transmittals, aplicando índices de revisión y acompañado con una descripción del cambio implementado.

El momento en el que el contratista recibe un cambio también es relevante. Cuando los trabajos en

el área afectada aún no se han iniciado, el cambio puede ser incorporado sin mayores trabajos adicionales, aunque siempre va a ser necesario una revisión de la nueva información requerida y esto puede tener efectos disruptivos en la ingeniería, la procura y la construcción. En algunos casos incluso podría significar una reducción en los trabajos requeridos. Sin embargo, normalmente un cambio requiere corregir trabajos ya ejecutados (re-trabajos), lo cual implica ciertas obras adicionales o extraordinarias. Para establecer el vínculo causa-efecto en este caso, es importante demostrar el cambio realizado por el propietario, la condición en que se encontraban las obras afectadas (ingeniería de detalle, procura, fabricación, construcción/montaje, puesta en marcha) en el momento de la solicitud del cambio, y el listado de acciones a ser realizadas por el contratista, así como una estimación de su impacto en costo y tiempo.

Relacionados con la ingeniería y la documentación, también son causas de pérdida de productividad: los errores en la ingeniería del cliente; las solicitudes de información (RFI - "request for information") para aclarar lagunas o contradicciones en la información proporcionada; retrasos en la aprobación de la ingeniería; cambios solicitados por el cliente. Una pérdida de productividad ocurre tanto en los trabajos de ingeniería, como en la fabricación y en los trabajos de construcción (efecto "stop and go").

Tampoco se debe ignorar el efecto en los costos indirectos, ya que cada cambio requiere, además de la coordinación de los nuevos trabajos resultantes, una replanificación y coordinación especial, con el objeto de insertar los cambios en el proceso ordinario del proyecto. Esto incrementa la complejidad de todo el proyecto. En estos casos, la aplicación simple de precios unitarios establecidos en el contrato, puede ignorar componentes importantes de los costos adicionales causados. Reclamar con posterioridad estos efectos, de forma extemporánea, se vuelve normalmente muy complicado.

Los cambios en la ingeniería reclamables no siempre son fáciles de detectar. Ya que existe un sinnúmero de cambios de ingeniería que son provocados o influenciados por decisiones propias del contratista. Por ejemplo, para optimizar los recursos o los materiales invertidos.

Una forma velada y de práctica muy común para inducir cambios de ingeniería, son las "observaciones" que emite un propietario en un proceso de aprobación de ingeniería. Es recomendable realizar una comparación detallada entre las "observaciones" recibidas y lo definido en el contrato: en la pre-ingeniería, las normas aplicables, las obligaciones implícitas, etc. Esta práctica es altamente recomendable para evitar reclamos extemporáneos o incompletos, que son difíciles de corregir más tarde.

2) Condiciones geológicas adversas

El riesgo de las condiciones del subsuelo es uno de los riesgos más controvertidos. El contratista debe demostrar el cambio en las condiciones encontradas. Es decir, el cambio entre la información proporcionada por el propietario en relación al subsuelo y la situación real encontrada. A menudo el propietario intenta transferir estos riesgos al contratista, con estipulaciones como *"El contratista revisó la información proporcionada por*

el cliente y confirma que es correcta y suficiente.” Sobre todo en relación a las condiciones geológicas, es prácticamente imposible que un licitante verifique, en un periodo de 2 o 3 meses (que es el que tiene normalmente para elaborar su propuesta), los estudios geológicos, que el propietario se tardó quizá un año en realizar,

En la mayoría de los casos, los efectos principales de las condiciones geológicas adversas, son: la pérdida de productividad en el empleo de los recursos, la necesidad de implementar los llamados “work arounds” (trabajos no previstos para enfrentar una situación inesperada), o ciertas obras adicionales o extraordinarias, como por ejemplo la instalación de un mayor número de refuerzos, anclajes, etc. Para establecer el vínculo causa-efecto es importante demostrar, además de la diferencia en las condiciones encontradas, que el listado de acciones a ser realizadas por el contratista, corresponda a lo que la situación requirió. En cualquier caso es importante que se tomen las decisiones correspondientes junto con el propietario, y que éste esté enterado de sus costos e implicaciones en el programa.

Las condiciones geológicas adversas y los obstáculos subterráneos también causan pérdida de productividad en los trabajos de construcción. Tales como el efecto “Stop and go”, la re-movilización de recursos, el menor avance diario, etc. En estos casos, la aplicación simple de precios unitarios establecidos en el contrato (por ejemplo, precio de marcos o anclas adicionales) puede ignorar una componente importante de los costos adicionales. Reclamar este efecto después, de forma extemporánea, se vuelve normalmente complicado.

3) Obstáculos subterráneos

Los obstáculos subterráneos más comunes son subsuelos contaminados, tuberías o cables no indicados en los planos, desechos enterados no identificados, entre otros. Aplica prácticamente lo descrito en los dos puntos anteriores.

4) Condiciones meteorológicas adversas

Aunque la sola presencia de lluvias normalmente no constituye un argumento para reclamar retrasos, si lo es el conjunto de interferencias que hayan retrasado una obra y empujado ciertos trabajos, que estaban planeados realizarse en tiempos templados o de poca lluvia, a la época de lluvias o de congelamiento y nieve. Es decir, en condiciones meteorológicas adversas. En este caso se trata de un efecto causado por los retrasos previos y puede ser reclamado. Sin embargo en la cuantificación de los impactos negativos en el programa y en la productividad de los recursos, deben descontarse asimismo los efectos positivos de los trabajos que estaban planeados para la época de lluvias o de invierno y que ahora se movieron a la época de condiciones más favorables.

5) Retrasos en la entrega de permisos, derechos de vía o del acceso al sitio

Los efectos principales de este tipo de interferencias son retrasos en ciertas actividades, tiempos muertos

y una alteración de la planificación de los trabajos y de la asignación de los recursos. La contratación y movilización de recursos (personal y maquinaria) es un proceso complejo, requiere normalmente una planificación, búsqueda y negociación para poder asegurar su disponibilidad. Los retrasos en las actividades implica repetir parte de estos procesos.

Cuando los recursos ya están en sitio, cada uno tiene asignado un plan de tareas. En cada nueva tarea, los recursos humanos experimentan una curva de aprendizaje. Si ahora, por ejemplo, una actividad se ve afectada por la falta de un permiso, los recursos asignados quedan inactivos, mientras sus supervisores aclaran si la situación es temporal o de una duración más larga que amerite la reasignación de los recursos a otro frente. Se generan entonces tiempos muertos por el tiempo de aclaración y el traslado del personal al frente nuevo. En el nuevo frente de trabajo el personal se tiene que familiarizar con la nueva tarea, estudiar planos y preparar materiales hasta ganar nuevamente el ritmo de trabajo que corresponde a lo planeado. Cuando se resuelve el problema del permiso en el frente previo, los recursos normalmente regresan ahí, debido a que este trabajo era prioritario y se volvió incluso más prioritario por la interrupción. Nuevamente, debido al tiempo de traslado, y una nueva curva de aprendizaje, la productividad de los recursos se ve afectada. Si un proyecto experimenta este tipo de interferencias de forma frecuente se generarán serios sobrecostos por baja productividad.

Aunque es posible establecer la pérdida de productividad comparando la productividad lograda por los recursos empleados en periodos sin interferencias y la productividad en periodos con interferencias de este tipo mediante el método llamado “Milla Medida”, es recomendable registrar y notificar cada uno de los eventos y las medidas correctivas tomadas para enfrentar la situación: tiempos muertos, medidas tomadas, recursos afectados, etc.

6) Retrasos en la aprobación de la ingeniería y en las respuestas a solicitudes de información

Aplica prácticamente lo descrito en la segunda parte del primer punto.

7) Interferencias por terceros trabajando en la misma área, o trabajos con la planta en operación

Trabajar en paralelo en la misma área con otras empresas contratistas del propietario o tener que ejecutar los trabajos bajo lo que se conoce como condiciones “calientes”, es decir con la planta en operación, puede reducir drásticamente el avance en los trabajos y la productividad de los recursos empleados. Por ejemplo, estas condiciones de trabajo ocurren cuando por necesidades de producción no es posible parar la planta en el momento previsto. O cuando un plan de mantenimiento preventivo, sea por falta de coordinación o por retrasos, se traslapa con el programa del proyecto. Estas situaciones deben ser notificadas al propietario para que éste tome la decisión de cambiar la condición o de asumir los costos y consecuencias relacionadas. Es conveniente elaborar un reporte fotográfico, así como estimar y reportar de forma continua, las afectaciones sufridas.

8) Eventos de fuerza mayor

Un evento de fuerza mayor, como es el caso de una inundación, terremoto, manifestación, huelga, etc., normalmente proporciona un derecho a una extensión de tiempo, pero no a un resarcimiento de costos adicionales, con excepción de los costos necesarios para conservar y restablecer el estado de las obras como antes del evento. Es por ello que los contratistas a menudo evitan la notificación de un evento de fuerza mayor e intentan argumentar, una supuesta interferencia imputable al propietario. Esto es desaconsejable, porque pueden perder así su derecho a cualquier reconocimiento por no cumplir con la debida notificación por fuerza mayor.

Al presentarse un caso de fuerza mayor es recomendable informar al propietario sobre las obras afectadas o suspendidas, sobre las medidas que tomará el contratista, como la desmovilización, la conservación, etc., así como los costos adicionales esperados y el previsible impacto en el programa.

9) Pagos retrasados

El principal efecto de pagos retrasados es normalmente un costo financiero. Éste se calcula de forma simple con base en la tasa de interés que se cobra en el mercado financiero. A menos que se haya establecido una tasa de interés específica en el contrato.

También existen, aunque son más complicados de sustentar, los impactos en el programa por pagos retrasados. Esta situación depende de si se puede esperar que el contratista tenga la capacidad de financiar temporalmente la ausencia de los pagos. En cualquier caso es imperativo que se avise al propietario de las consecuencias del retraso de sus pagos: interrupción de ciertos trabajos, desmovilización de recursos, etc., y se le dé un tiempo razonable para subsanar su incumplimiento.

10) Variaciones extraordinarias o imprevisibles en el costo de materiales o insumos.

La posibilidad de solicitar un ajuste de precios por este concepto depende de la existencia de una fórmula polinómica en el contrato, o de la presencia de una situación de imprevisibilidad en el caso de obras públicas. En ausencia de un acuerdo expreso de que los costos de los principales insumos sean ajustables, es fundamental que los incrementos en los costos de insumos tales como hierro, concreto, petróleo/asfalto, aluminio, cobre, hayan sido extraordinarios e imprevisibles y que hayan ocurrido cuando su consumo estaba planeado o se haya realmente efectuado, lo que favorezca mejor al propietario.

En ausencia de una fórmula polinómica el contratista debe mostrar los volúmenes de cada insumo, los precios razonablemente esperados y los precios realmente pagados. Una fórmula polinómica contractualmente pactada facilita normalmente el cálculo, ya que contiene ponderaciones que representan el porcentaje del valor del contrato de cada insumo principal, y se basa en índices publicados en el mercado.

Impactos en el programa

Prácticamente todas las causas antes mencionadas tienen en común que los impactos en el programa no se pueden calcular simplemente sumando los días que duró la afectación. Es muy importante que las afectaciones se consideren en relación a su impacto en la ruta crítica del proyecto en el momento de su ocurrencia. Esto significa también la consideración de posibles retrasos paralelos (concurrentes) no imputables a la contraparte, o bien, de decisiones de ajustarse a una situación dada en el proyecto, conocido como “pacing”. Existe amplia literatura en relación a estos temas, por lo cual no profundizaré en ello en el presente artículo.

Prueba del vínculo causa-efecto en 3 pasos

En el primer paso se identifican las causas que influyeron en el efecto negativo observado y se recaban, de la mejor forma posible, los soportes que permiten demostrar y evaluar la situación. Suponiendo que se trata de eventos no imputables al contratista, el segundo paso consiste en probar el o los efectos “físicos” directos. Por ejemplo, una reducción en el avance de los trabajos, menores rendimientos, la necesidad de invertir recursos y materiales adicionales. El tercer paso consiste en realizar la cuantificación monetaria o de tiempo de estos efectos. A pesar de que en muchos reclamos se puede probar un vínculo indudable entre la causa invocada y los efectos físicos argumentados, estos fracasan frecuentemente cuando se realizan cuantificaciones de forma desvinculada o global.

He observado que muchos contratistas piensan que demostrar solo algunas interferencias y la suma de los gastos y costos realmente incurridos en la obra, es suficiente para liberarles de sus responsabilidades de un contrato a precio alzado. Sólo en casos muy excepcionales se puede argumentar que los cambios son tan grandes que en realidad ya no se trata del mismo proyecto contratado. En la literatura esta situación se conoce como Cambio Capital o “Capital Change”.

Especialmente en situaciones complejas es recomendable buscar la ayuda de un experto en la materia, para asignar adecuadamente la responsabilidades de los retrasos y sobrecostos y realizar una cuantificación justa, antes de entrar en interminables discusiones con el cliente.

En resumen

El reto principal para alcanzar el éxito en los reclamos de condiciones cambiadas, radica en la capacidad de darse cuenta, registrar y reaccionar en el momento de los hechos. Si en el momento de la interferencia o cambio de condiciones, se notifica a la contraparte, se cuantifica y reporta el impacto esperado (por ejemplo mediante la elaboración de una oferta adicional) y no se libera al propietario de su responsabilidad de decidir sobre las medidas a realizar ante esta situación, tendríamos muchísimas menos controversias y las obras se realizarían con un costo considerablemente menor.

Epílogo

¿Qué sucede con la estipulación de que los daños compensables deben ser directos e inmediatos?

En varias presentaciones que he dado en los últimos meses he invitado al público a realizar un experimento mental, para aclarar las creencias en relación a lo estipulado en varias jurisdicciones sobre que los daños compensables deben ser directos e inmediatos. Sin entrar en consideraciones jurídicas, ni en la jurisprudencia que existe en relación a esta pregunta, me permito compartirles aquí este experimento mental.

Imagínense una mesa de reunión muy larga. Alrededor ponemos fichas de dominó paradas verticalmente a una distancia de 1 cm una de la otra. Si empujo la primera y ésta se cae, provocará la caída de la siguiente: una por una irán cayendo sucesivamente y después de cierto tiempo caerá la última ficha. Pregunta al auditorio: “¿Consideran que la caída de la última ficha es un efecto directo e inmediato de haber tirado la primera ficha?” Más del 90% dice que no.

Entonces les pido que se imaginen construir con naipes una casa de 4 o 5 pisos. Si jalo una carta del primer piso, toda la bonita casa colapsa. Pregunto nuevamente “¿Consideran que el colapso de toda la casa haya sido el efecto directo e inmediato de que yo haya jalado uno de los naipes inferiores?” Todos dicen que sí. Entonces les pido que se imaginen que hubiéramos gravado el colapso de la casa con una cámara de alta velocidad. Si reproducimos la grabación en cámara lenta, podríamos observar como al jalar el primer naipe inferior, el que se apoyaba en él queda inestable y se cae. Esto hace caer el naipe que constituyó el techo encima de los naipes ahora faltantes, lo cual a su vez hace caer los naipes de encima, hasta que naipe por naipe quedan todos inestables y caen por gravedad buscando colocarse sobre la superficie de la mesa. A la velocidad de la cámara lenta quizás ya no se ve el efecto tan directo e inmediato como se veía en tiempo real. Surge la pregunta válida: “¿En caso de efectos en cadena puede ser que la interpretación de que un efecto sea directo e inmediato dependa de si estamos hablando de milisegundos, segundos o minutos?”

Al menos yo, no conozco ninguna definición en este sentido, y sería muy difícil, ya que la inercia que existe para producir un efecto varía enormemente entre procesos a nivel atómico, medibles solamente con la ayuda de alta tecnología, y los procesos que somos capaces de captar con nuestros 5 sentidos, y más aún, entre los procesos a nivel interestelar, en donde estamos hablando de que un acontecimiento produce efectos en una estrella vecina en tiempos medido en años luz.

¿Por qué es interesante este experimento mental? Porque la estipulación de que los daños compensables tienen que ser directos e inmediatos depende de la escala de tiempo de observación. Como expertos independientes nos hemos topado frecuentemente con la posición de los abogados de la parte demandada, de que los efectos dominó o efectos tipo onda no se pueden reclamar bajo las leyes mexicanas, ya que, según su interpretación, no son directos e inmediatos. Si esta posición fuera cierta todos los análisis

de causa-efecto se tendrían que realizar a nivel atómico o incluso subatómico, ya que una onda no es otra cosa que el empuje sucesivo de una partícula a su partícula vecina.

¿Cuándo se aplica entonces la limitante de que los daños deben ser directos e inmediatos? Hablando nuevamente en términos técnicos la pregunta podría reformularse de la siguiente manera: ¿Dónde están los límites del sistema dentro del cual se deben de interpretar los vínculos causa-efecto? Einstein señaló la importancia de definir sistemas inerciales dentro de los cuales nuestras las observaciones son correctas y válidas. Si caminas dentro de un tren que va a 300 km/h, en su misma dirección, te estás moviendo quizás a 305 km/h visto desde tierra firme. Pero tu percepción es que te estás moviendo a 5 km/h, lo cual es correcto dentro del sistema inercial, en este caso el tren. Definir el sistema inercial es necesario, de otra forma tendríamos que incluir la velocidad con la cual rota la tierra, la velocidad con la cual la tierra se traslada alrededor del sol, la velocidad con la cual nuestro sistema solar se traslada alrededor del hoyo negro que está en el centro de nuestra vía láctea, la velocidad de la expansión del universo, etc. En el caso de un proyecto de construcción, diré que el sistema inercial es el proyecto con todos sus componentes y “stake holders”. La causa en nuestro sistema inercial tiene que haber contribuido de forma predominante en el efecto o en el efecto secundario que se alega.

A fin de cuenta dependerá de la calidad y profundidad de los análisis efectuados el éxito en demostrar en qué medida se puede adjudicar un efecto observado con la causa reclamada. Son los honorables árbitros quienes aceptarán o cuestionarán uno u otro análisis ofrecido.

Edgardo Muñoz¹

Profesor de Derecho en la Universidad Panamericana, Guadalajara

En años recientes, varias instituciones arbitrales han adoptado las llamadas 'reglas sobre árbitros de emergencia'. Dichas reglas permiten a las partes solicitar el nombramiento de un árbitro de emergencia antes de que se constituya el tribunal arbitral. El autor sostiene que aunque los árbitros de emergencia consideran los mismos requisitos sustantivos para otorgar medidas provisionales que un tribunal arbitral, el estándar necesario para cumplir con cada requisito debe ser distinto. Además, el autor explora el poder de los árbitros de emergencia para otorgar medidas cautelares ex parte y un escenario en particular en donde los árbitros de emergencia podrán aportar un valor agregado al procedimiento arbitral.

I. Introducción

Las medidas cautelares dictadas por árbitros de emergencia son un capítulo relativamente reciente en las leyes de arbitraje. Sólo hace unas pocas décadas, los árbitros carecían de la potestad para conceder medidas cautelares o provisionales en diversas jurisdicciones.² En aquel entonces, los tribunales estatales eran el único órgano judicial facultado para otorgar dichas medidas.³ Cuando existía la necesidad, las partes en un arbitraje tenían que recurrir a los tribunales estatales para recibir asistencia. Hoy en día, sin embargo, la mayoría de las leyes nacionales de arbitraje facultan a los árbitros para conceder medidas cautelares.⁴ Este es el caso en las jurisdicciones que han adoptado la Ley Modelo de la *United Nations Commission on International Trade Law* sobre Arbitraje Comercial Internacional (Ley Modelo de la UNCITRAL)⁵ y en las sedes de arbitraje más importantes tales como Reino Unido,⁶ Francia,⁷ Alemania,⁸ Suiza,⁹ los Estados Unidos,¹⁰ etc.

1 Edgardo Muñoz es Profesor de Derecho en la Universidad Panamericana, Guadalajara, México (Dr. Universidad de Basel, Suiza; LL.M. UC Berkeley, Estados Unidos; LL.M. Universidad de Liverpool, Reino Unido; Lic. Universidad Iberoamericana, México).

2 Ali Yesilirmak, *Provisional Measures in International Commercial Arbitration* (Primera edición., International Arbitration Law Library Series Set; The Hague: Kluwer Law International, 2005) págs. 42-43; Gary B. Born, *International Commercial Arbitration*, 3 vols. (1; The Hague: Kluwer Law International, 2014) págs. 2431 & 32; Jason Fry, Simon Greenberg, y Francesca Mazza, *The Secretariat's Guide to Icc Arbitration* (Paris: International Chamber of Commerce, 2012) págs. 288.

3 Yesilirmak, *Provisional Measures in International Commercial Arbitration* págs. 42 & 43.

4 Born, *International Commercial Arbitration* págs. 2433; Jean Francois Poudret y Sebastien Besson, *Comparative Law of International Arbitration* (2nd edn.: Thomson, 2007) págs. 521 & 22.

5 La Ley Modelo de la UNCITRAL contiene disposiciones detalladas en los Arts. 17 – 17J; Born, *International Commercial Arbitration* págs. 2434 & 35.

6 Sec. 38(3) (4) y (6) Ley de Arbitraje Inglesa.

7 Art. 1468 y Art. 1506(3) Código Francés de Procedimientos Civiles.

8 Art. 1041 Código Alemán de Procedimientos Civiles.

9 Art. 183 Ley Federal Suiza de Derecho Internacional Privado.

10 Born, *International Commercial Arbitration* at 2436 & fn 61: "In the United States, the text of the FAA is silent on the arbitrators' powers to order provisional measures. Nonetheless, U.S. courts now recognize broad authority on the part of arbitral tribunals to grant interim relief, again, absent contrary agreement" ... "Toyo Tire Holdings of Ams.

Las medidas cautelares dictadas por árbitros han venido a ser un nuevo capítulo en las leyes de arbitraje, con la excepción de la ley de algunos países.¹¹

A pesar de ser un capítulo relativamente nuevo en el arbitraje, y por lo tanto menos común que las medidas cautelares en el contexto de los procedimientos en tribunales del estado, las medidas cautelares han adquirido una importancia creciente en la práctica del arbitraje. De acuerdo con la encuesta White & Case 2012 *International Arbitration Survey: Current and Preferred Practices in the Arbitral Process* ("Encuesta White & Case 2012"), 77% de los participantes contestaron que han tenido experiencia con medidas cautelares ordenadas por tribunales arbitrales en un cuarto de sus arbitrajes.¹² Además, 89% de los participantes contestaron que han tenido experiencia con medidas cautelares concedidas por cortes nacionales en asistencia a un procedimiento arbitral en un cuarto de sus arbitrajes.¹³

Se espera que el uso y la importancia de las medidas cautelares aumente con la reciente adopción de las reglas de árbitros de emergencia por destacadas instituciones arbitrales. El precursor de las reglas modernas sobre medidas de urgencia es el artículo 9 del Reglamento de la *London Court of International Arbitration* ("LCIA") de 1988. Esta disposición previó la formación expedita del tribunal arbitral en casos de urgencia excepcional.¹⁴ El artículo 9 del Reglamento de la LCIA ha evolucionado desde entonces a una versión de 2014 que permite hacer una petición ante la Corte de la LCIA para el nombramiento inmediato de un árbitro de emergencia previo a la constitución o a la formación expedita del tribunal arbitral.¹⁵

El artículo 37 (1) del Reglamento del *International Centre for Dispute Resolution of the American Arbitration Association* ("ICDR") de 2006 fue el primero en su clase.¹⁶ Desde su edición de 2006, el Reglamento del ICDR autoriza a las partes en un arbitraje para nombrar a un árbitro de emergencia que conocerá de las solicitudes de medidas cautelares o provisionales previo a la formación del tribunal arbitral.¹⁷ El Reglamento

Inc. v. Cont'l Tire N. Am., Inc., [609 F.3d 975](#) (9th Cir. 2010); *Arrowhead Global Solutions, Inc. v. Datapath, Inc.*, 166 F.Appx. 39, 44 (4th Cir. 2006) ("arbitration panels must have the power to issue temporary equitable relief in the nature of a preliminary injunction"); *Banco de Seguros del Estado v. Mut. Marine Office, Inc.*, [344 F.3d 255](#) (2d Cir. 2003); *Island Creek Coal Sales Co. v. City of Gainesville*, [729 F.2d 1046](#), 1049 (6th Cir. 1984)".

11 Las leyes de arbitraje en Italia, Tailandia, Argentina y China todavía le dan a las cortes estatales el poder exclusivo para dictar medidas provisionales en apoyo a procedimientos arbitrales; véase Art. 818 Código Italiano de Procedimientos Civiles; Art. 68 Ley de Arbitraje China; Sec. 16 Ley Tailandesa de Arbitraje; Art. 753 Código Nacional de Procedimientos Civiles y Comerciales de Argentina; En relación con Italia véase Ferdinando Emanuele & Milo Molfa, 'Chapter VII. Interim Measures', en Ferdinando Emanuele & Milo Molfa (ed.), *Selected Issues in International Arbitration: The Italian Perspective* (Cleary Gottlieb Steen & Hamilton LLP: Thomson Reuters 2014) pág. 159.

12 White and Case, *2012 International Arbitration Survey: Current and Preferred Practices in the Arbitral Process* (London: Queen Mary University, 2012) pág. 2.

13 Ibid.

14 Art. 9.1 Reglamento LCIA 1998; Marie Öhrström, 'Chapter XII: SCC Rules', en Rodolf A. Schütze (ed.), *Institutional Arbitration - Article-by-Article Commentary* (1st edn; München: C.H. Beck . Hart . Nomos, 2013) págs. 445 & 46.

15 Art. 9.4 Reglamento LCIA 2014

16 Born, *International Commercial Arbitration* pág. 2452.

17 Art. 37(1) Reglamento del ICDR 2006.

del ICDR y sus reglas sobre medidas cautelares fueron modificadas en una versión de 2014 integrando avances recientes en la práctica del arbitraje.¹⁸ Otras instituciones han seguido el paso en la adopción de reglas de árbitros de emergencia. El *Hong Kong International Arbitration Centre* ("HKIAC")¹⁹ y el Centro de Mediación y Arbitraje de la Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México ("CANACO") en 2008.²⁰ El *Singapore International Arbitration Centre* ("SIAC"),²¹ la *Stockholm Chamber of Commerce* ("SCC") en 2010.²² Por último, la *Swiss Chambers Arbitration Institution* ("SWISS")²³ y la Cámara Internacional de Comercio ("CCI") en 2012.²⁴ Este artículo se enfocará en el Reglamento de la LCIA 2014, el Reglamento del SIAC 2013, el Reglamento de la ICC 2012, el Reglamento Suizo 2012 y el Reglamento del HKIAC 2008.

La adopción de las reglas sobre medidas de emergencia es un intento por mejorar el funcionamiento y los beneficios prácticos de los reglamentos institucionales mencionados.²⁵ Bajo el principio de jurisdicción concurrente de los tribunales arbitrales y las cortes nacionales (véase Parte II), la parte que buscaba el otorgamiento de medidas cautelares antes de la constitución del tribunal arbitral tenía solamente una opción: solicitar la medida ante los tribunales estatales. ¿Por qué? Porque generalmente le toma a las partes o a la institución arbitral de uno a cinco meses, desde la notificación del arbitraje, para constituir un tribunal arbitral; en el mejor de los casos.

Las reglas sobre medidas cautelares de emergencia fueron previstas para responder a la demanda de las partes de tener la opción de evitar dirigirse a los tribunales estatales con solicitudes de medidas cautelares antes de la constitución del tribunal arbitral.²⁶ Se ha reportado que las partes tienen en algunas ocasiones un interés en evitar los tribunales estatales aún antes de la constitución del tribunal arbitral por cuestiones de confidencialidad y rapidez.²⁷ También se ha señalado que, previo a la formación del tribunal

18 Art. 6 Reglamento del ICDR 2014.

19 Art 38 Reglamento HKIAC 2008.

20 Arts. 36 y 50 Reglamento de la CANACO 2008.

21 Art. 26(2) y Apéndice I Reglamento de la SIAC 2010. Actualizadas en 2013.

22 Apéndice II Reglamento SCC 2010.

23 Arts. 42 y 43 Reglamento Suizo 2012.

24 Art. 29(1) Apéndice V Reglamento ICC 2012.

25 Andreas Respondek, 'Five Proposals to Further Increase the Efficiency of International Arbitration Proceedings', *Journal of International Arbitration*, 31/4 (2014), 7 págs. 508 & 10; Miguel Oural y Edgardo Muñoz, 'The 2012 Swiss Rules of International Arbitration – More Efficiency and Effectiveness of Arbitration Proceedings', *Latin American Journal of International Trade Law*, 1/1 (2013), 15 págs. 452-54; Christian Aschauer, 'Use of the Icc Emergency Arbitrator to Protect the Arbitral Proceedings', *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, 23/2 (2012), 7 pág. 5; Louise Barrington, 'Emergency Arbitrators: Can They Be Useful to the Construction Industry?', *Construction Law International*, 7/2 (June 2012 2012), 7 pág. 7; Raja Bose e Ian Meredith, 'Emergency Arbitration Procedures: A Comparative Analysis', *International Arbitration Law Review*, /5 (2012), 9 pág. 186; Johan Lundstedt, 'Scc Practice: Emergency Arbitrator Decisions', (2014), 26 pág. 1.

26 Born, *International Commercial Arbitration* pág. 2451; Fry, Greenberg, y Mazza, *The Secretariat's Guide to Icc Arbitration* pág. 289 & 94.

27 Andrea Carlevaris, 'Pre-Arbitral Interim Relief: Different Models and the Icc Experience', *Interim Relief: What, Why, When, How?* (New York University School of Law, 2013). Programa disponible en: <http://blogs.law.nyu.edu/transnational/wp-content/uploads/2013/09/Interim-Measures-Brochure-Oct-7-2013.pdf>

arbitral, las partes generalmente encuentran dificultades en identificar el tribunal estatal competente para emitir medidas cautelares;²⁸ en particular cuando el lugar del arbitraje no se conoce aún. Darle a las partes la opción de tener un árbitro de emergencia para decidir estas peticiones resuelve el problema.

Asimismo, en la mayoría de las leyes de arbitraje, el catálogo de medidas cautelares es más amplio para los árbitros que para los jueces en cortes nacionales (véase Parte III).²⁹ En consecuencia, las medidas cautelares son concebidas como más adecuadas para manejar algunos de los escenarios de hecho de hoy en día que dan lugar a la solicitud de medidas cautelares. La volatilidad de los mercados es uno de ellos. Como consecuencia de la crisis económica del 2009, una nueva ola de miedo y especulación invadió a los participantes de los mercados internacionales. El valor de las mercaderías sujetas a una controversia podía fluctuar hasta un 100% por encima o por debajo del precio contractual en cuestión de días mientras una de las partes había comenzado un arbitraje y aún no se constituía el tribunal arbitral. Nuevos medios de comunicación también suponen que la conducta de las partes puede tener un impacto inmediato y transnacional en los bienes de la otra parte o en su imagen de negocios. En consideración de la velocidad con la que las cosas pueden evolucionar en una relación contractual, se volvió esencial permitir el acceso inmediato al derecho de protección de las partes en el arbitraje. La indemnización por daños en un laudo final no siempre resarce el daño plenamente o no lo resarce en lo absoluto. En algunas ocasiones, la constitución del tribunal arbitral puede tomar demasiado tiempo como para habilitarlo para adoptar una medida cautelar efectiva; el solicitante pudiera ya haber sufrido daño irreparable.

Además de la percepción de la necesidad de tener una protección inmediata contra daños externos por medio de medidas cautelares de emergencia,³⁰ opiniones recientes sugieren que la anticipación debería ser promovida y asegurada en el procedimiento arbitral.³¹ En particular, cuando el cumplimiento específico de las obligaciones contractuales de una de las partes parece ser el remedio apropiado, la orden de mantener el *status quo* en algunas ocasiones no debería esperar hasta la constitución del tribunal arbitral, y mucho menos hasta el pronunciamiento del laudo arbitral.³² El peligro de dictar un laudo final ineficaz debería entonces ser reducido en la medida de lo posible.

Por otra parte, la necesidad de obtener evidencia contemporánea se ha de igual manera incrementado en la práctica del arbitraje.³³ Los árbitros de emergencia fueron pensados para mejorar el procedimiento arbitral en este sentido (véase Parte VII). Dado que la efectividad de un argumento básicamente depende

28 Ibid; Fry, Greenberg, y Mazza, *The Secretariat's Guide to Icc Arbitration* págs. 294.

29 Id Carlevaris, 'Pre-Arbitral Interim Relief: Different Models and the Icc Experience'.

30 Massimo Benedettelli, 'Interim Measures between Party Autonomy and State Powers', *Interim Measures Between Party Autonomy and State Powers* (New York University School of Law, 2013). Programa disponible en: <http://blogs.law.nyu.edu/transnational/wp-content/uploads/2013/09/Interim-Measures-Brochure-Oct-7-2013.pdf>

31 Ibid.

32 Born, *International Commercial Arbitration* pág. 2451.

33 Benedettelli, 'Interim Measures between Party Autonomy and State Powers'.

de la existencia de evidencia adecuada, una parte podría tener gran interés en obtener una orden contra la otra parte para conservar documentos o cualquier tipo de evidencia, incluso antes de que el tribunal se encuentre constituido. Y por último, pero no por ello menos importante, un tipo más amplio de controversias son ahora arbitrables bajo las leyes de arbitraje modernas.³⁴ Por ejemplo, las controversias sobre competencia económica, controversias deportivas, controversias laborales, etc. Por lo tanto, las medidas cautelares son más necesarias que nunca.³⁵ Y el otorgamiento de una medida cautelar puede hacer la diferencia en algunos sectores. Las disputas deportivas son probablemente el mejor ejemplo en el que una de las partes solicita una orden para restaurar el *status quo* que existía antes de la disputa. En la mayoría de las apelaciones contra decisiones disciplinarias, los atletas inmediatamente presentan una solicitud de una medida cautelar consistente en la levantamiento de una sanción (principalmente suspensiones) impuesta por la federación deportiva correspondiente. Muchas de estas solicitudes de medidas cautelares son tratadas por paneles arbitrales constituidos bajo el Código de la *Court of Arbitration for Sports* ("CAS") que decide en última instancia sobre el fondo.³⁶ Pero los atletas se encuentran de igual manera facultados para solicitar medidas cautelares previo a la constitución del panel arbitral. Estas solicitudes son resueltas en cuestión de días por el Presidente de la división correspondiente de la CAS.³⁷

El presente artículo aborda el poder de un árbitro de emergencia de ordenar medidas cautelares [I] y los tipos de medidas que un árbitro de emergencia puede otorgar [III]. Además, analiza los requisitos formales [IV] y sustantivos para el otorgamiento de una medida de urgencia [V]. También, debate algunas preocupaciones válidas en relación con la *potestas* de un árbitro de emergencia para otorgar una medida cautelar *ex parte* [VI]. Finalmente, explora un escenario *de facto* en donde los árbitros de emergencia podrían añadir un valor considerable al proceso arbitral en el contexto de las controversias sobre compraventa internacional [VII].

II. La facultad de un árbitro de emergencia para otorgar medidas cautelares de urgencia

La competencia de un árbitro para dictar medidas cautelares o provisionales no le es exclusiva por virtud de ley. Los jueces estatales mantienen su competencia para ordenar medidas cautelares en asistencia a procedimientos arbitrales bajo la mayoría de las leyes arbitrales.³⁸ Se dice que existe poder y jurisdicción

34 Dominico Dipietro, 'Interim Measures in International Arbitration: Practical Approaches', *Interim Relief: What, Why, When, How?* (New York University School of Law, 2013). Conferencia del Programa disponible en: <http://blogs.law.nyu.edu/transnational/wp-content/uploads/2013/09/Interim-Measures-Brochure-Oct-7-2013.pdf>

35 Ibid.

36 Regla 37 CAS 2013.

37 Regla 37 CAS 2013.

38 Véase por ejemplo, Sec. 44 Ley de Arbitraje Inglesa (permite a las cortes dictar órdenes preliminares en asistencia a arbitrajes; incluso cuando la sede del arbitraje se encuentre fuera de Inglaterra y Gales); Art. 1425 del Código de Comercio Mexicano el cual sigue al Art. 17 de la UNCITRAL MAL 1985 (estableciendo la jurisdicción concurrente de las cortes nacionales en los arbitrajes); Yesilirmak, *Provisional Measures in International Commercial Arbitration* págs. 66-68.

concurrente tanto para los árbitros como para las cortes nacionales respecto de las medidas cautelares.³⁹ Sin embargo, las leyes arbitrales asumen que esta facultad se otorga a un 'tribunal arbitral' propiamente constituido para pronunciarse sobre una controversia en un laudo final y capaz de manejar una solicitud para otorgar medidas provisionales.⁴⁰ Por lo tanto, como una cuestión del derecho por omisión, solamente la cortes nacionales tienen jurisdicción para otorgar medidas cautelares antes de que haya sido constituido un tribunal arbitral.

Por consiguiente, la pregunta es la siguiente: ¿bajo todas esas leyes arbitrales las partes son libres para convenir un procedimiento para el otorgamiento de medidas cautelares antes del nombramiento de los árbitros y de la constitución del tribunal arbitral? La respuesta es afirmativa. Esta posibilidad debe ser entendida como parte de la libertad de las partes para conferir facultades adicionales a los árbitros en términos de medidas cautelares.⁴¹ El acuerdo de arbitraje de las partes puede especificar que los árbitros tendrán poderes más amplios que los poderes generales para adoptar medidas provisionales bajo las disposiciones de la *lex arbitri*. Esto sucede por medio de la elección de uno de los reglamentos institucionales considerados aquí.⁴² Esta elección hará posible la designación de un árbitro de emergencia antes de la constitución del tribunal arbitral.⁴³

39 Como fue mencionado, en algunas jurisdicciones las cortes nacionales mantienen jurisdicción exclusiva para dictar medidas provisionales e.g. Art. 818 Código Italiano de Procedimientos Civiles; Art. 68 Ley de Arbitraje China; Sec. 16 Ley Tailandesa de Arbitraje; Art. 753 Código Nacional de Procedimientos Civiles y Comerciales de Argentina.

40 Born, *International Commercial Arbitration* págs. 2450 & 51. Esto pudiera ser inferido de la mayoría de las disposiciones, véase por ejemplo Art. 183 Ley Federal Suiza de Derecho Internacional Privado y Art. 1433 Código de Comercio Mexicano.

41 Es ampliamente aceptado que las partes en un arbitraje pueden ampliar o restringir la jurisdicción concurrente de las cortes nacionales o de los tribunales arbitrales, cf. Yesilirmak, *Provisional Measures in International Commercial Arbitration* pág. 59.: "Arbitrating parties are free to design the terms of their arbitration agreement as they see fit due to party autonomy. Consequently, the arbitrating parties are free to exclude or amend the power of arbitrators to grant provisional measures".

42 Las disposiciones Reglamento Suizo 2012 sobre árbitros de emergencia aplicarán a todos los procedimientos iniciados durante o después del 1 de junio del 2012, salvo acuerdo en contrario de las partes. Véase Art. 1(3) y 43(1) Reglamento Suizo 2012. En contraste, el Art. 29(6)(a) Reglamento ICC 2012 y el Art. 37(1) Reglamento del ICDR 2014 establecen que los procedimientos de emergencia sólo aplican a los acuerdos de arbitraje concluidos después de la entrada en vigor de las disposiciones sobre medidas de emergencia, el Reglamento Suizo no dispone tal disposición transitoria. El procedimiento de emergencia está sujeto a la regla general en el Art. 1(3) Reglamento Suizo 2012 y por lo tanto aplica a todos los procedimientos arbitrales en los cuales la Solicitud de Arbitraje fue presentada durante o después del 1 de junio de 2012, salvo pacto en contrario. Véase Fry, Greenberg, y Mazza, *The Secretariat's Guide to ICC Arbitration* pág. 295; Philipp Habegger, 'The Revised Swiss Rules of International Arbitration – an Overview of the Major Changes', *ASA Bulletin*, 30/2 (2012), 47 págs. 295 & 96.

43 Chester Brown, 'The Enforcement of Interim Measures Ordered by Tribunals and Emergency Arbitrators in International Arbitration', en Albert Jan van Den Berg (ed.), *International Arbitration: The Coming of a New Age?* (17; The Hague: ICCA Congress Series, 2013) págs. 283 & 84; Born, *International Commercial Arbitration* pág. 253.: "Because the 2012 ICC, NAI, SCC, SIAC, Swiss and ICDR Rules do not require a separate agreement by the parties to this mechanism, they have enjoyed greater usage than previous efforts (particularly the ICC Pre-Arbitral Referee Rules) and are likely to continue to grow in popularity."; Öhrström, 'Chapter Xii: Scc Rules', págs. 844 & 58.

Esta posibilidad implica una novedad positiva: la jurisdicción concurrente de los árbitros y los jueces nacionales no tiene restricciones de tiempo, ni siquiera antes de haber presentado una solicitud de arbitraje. En otras palabras, las partes podrán solicitar medidas provisionales a un árbitro de emergencia o a un tribunal estatal, sin importar que el tribunal no haya sido constituido aún. Sin embargo, una vez que el tribunal ha sido constituido, los árbitros de emergencia pierden la potestad para conocer de cualquier solicitud de medidas de urgencia.⁴⁴

Si una de las partes decidiera solicitar medidas cautelares ante un juez estatal a pesar de que existe la posibilidad de solicitarlas a un árbitro de emergencia, un principio bien establecido indica que dicha solicitud no será incompatible con el acuerdo arbitral y no deberá ser considerada como un sometimiento de la sustancia del caso a los tribunales estatales.⁴⁵ Asimismo, la elección de reglas arbitrales que contemplen la posibilidad del otorgamiento de medidas de emergencia no será entendida, *per se*, como un restricción a la facultad de las cortes nacionales para otorgar medidas cautelares en cualquier momento,⁴⁶ salvo que las reglas institucionales elegidas restrinjan expresamente esta facultad.⁴⁷ De hecho muchas reglas institucionales establecen expresamente la jurisdicción concurrente de las cortes nacionales.⁴⁸ Por otra parte, de acuerdo con el reglamento de arbitraje conforme al cual se encuentren disponibles medidas de emergencia,

44 Art. 2(2) Apéndice V Reglamento ICC 2012; Art. 1(2) Apéndice II Reglamento SCC 2010; Art. 20 Apéndice 4 Reglamento de la HKIAC 2008; Art. 9.8 Reglamento LCIA 2014; Art. 43(10)(11) Reglamento Suizo 2012; Art. 7 Apéndice Reglamento SIAC 2013.

45 Art. 29(7) Reglamento ICC 2012: “Cualquier solicitud de tales medidas a una autoridad judicial no contraviene al acuerdo de arbitraje ni constituye una renuncia a éste.” Este principio fue primeramente establecido en el Art. VI (4) de la Convención Europea de Arbitraje 1961; Fry, Greenberg, y Mazza, *The Secretariat's Guide to Icc Arbitration* pág. 293; Öhrström, 'Chapter Xii: Scc Rules', pág. 844; René-Alexander Hirth, 'Chapter Ix: Siac Rules', *ibid.* pág. 655; Poudret y Besson, *Comparative Law of International Arbitration* pág. 525.

46 Art. 29(6) Reglamento ICC: “Las Disposiciones sobre el Árbitro de Emergencia no impiden que cualquier parte solicite medidas cautelares o provisionales urgentes de una autoridad judicial competente en cualquier momento antes de la solicitud de dichas medidas, y en circunstancias apropiadas aun después, de conformidad con el Reglamento”; Art. 22 Apéndice 4 Reglamento HKIAC 2008; Art. 9.12 Reglamento LCIA 2014. Poudret y Besson, *Comparative Law of International Arbitration* págs. 524 & 25.

47 Art. R37(1) del Código CAS 2013 contiene una renuncia expresa de cualesquiera solicitudes de medidas cautelares presentadas ante cortes nacionales en relación con procedimientos arbitrales de apelación. Esta renuncia fue considerada válida y vinculante por una decisión de un Tribunal de Primera Instancia en Zúrich (Suiza) el 16 agosto de 2005 (Bezirksgericht de Zúrich, 16.8.2005, párrafo 6.2, no publicado). Además, en el Art. 28(2) Reglamento ICC 2012 dispone que después de que el expediente ha sido remitido al tribunal arbitral las partes pueden solicitar medidas cautelares ante cualquier autoridad competente solo “*en circunstancias apropiadas*”. Esto ha sido interpretado como una limitante a la jurisdicción de las cortes nacionales desde el momento en que se remite el expediente al árbitro. Sin embargo, el calificativo importado por la frase “*en circunstancias apropiadas*” pudiera suscitar más problemas de los que pretende resolver en la práctica.; Fry, Greenberg, y Mazza, *The Secretariat's Guide to Icc Arbitration* at 293.: sugiriendo que las “*circunstancias apropiadas*” suceden cuando “*the tribunal is not in a position to provide suitable relief to the requesting party [...] where third parties are involved, where measures will be effective only if granted ex parte, or where the court's enforcement is required*”.

48 Art. 28(2) Reglamento ICC 2012; Art. 26 Reglamento UNCITRAL 2010, Art. 26 Reglamento Suizo 2012; Art. 23.9 Reglamento HKIAC 2008.

las partes pueden pactar la exclusión voluntaria a acudir al árbitro de emergencia.⁴⁹

III. Tipos de medidas que pueden ser otorgadas por árbitros de emergencia

La característica principal de las medidas cautelares es que éstas no tienen un carácter definitivo y final y su naturaleza es temporal o provisional.⁵⁰ Son otorgadas o rechazadas previo un análisis sumario de la solicitud. Pueden ser retiradas por la parte solicitante, modificadas o revocadas por el tribunal arbitral durante el procedimiento arbitral.⁵¹ Dado que las medidas cautelares no son finales, no son vinculantes para otros tribunales estatales o arbitrales, a diferencia de una decisión final sobre el fondo. Dado que son temporales en esencia, la decisión de otorgarlas está vigente solamente por un periodo limitado de tiempo, *i. e.* durante el procedimiento, hasta que la decisión final sobre el fondo sea emitida por el árbitro. Aunque la medida cautelar pueda ser la misma en el laudo final, el otorgamiento de la medida cautelar será efectivo solamente durante el procedimiento arbitral.

La decisión de un árbitro de emergencia tiene la misma naturaleza provisional que una decisión sobre medidas cautelares dictada por un tribunal arbitral. La decisión puede ser modificada, suspendida o revocada por el árbitro de emergencia (o dejar de ser vinculante una vez culminado el procedimiento de emergencia si el solicitante no ha presentado su Solicitud de Arbitraje bajo algunas reglas).⁵² Una vez constituido, el tribunal arbitral puede mantener, modificar o revocar la medida de emergencia dictada después de que la orden le haya sido remitida.⁵³ Si la orden es confirmada por el tribunal arbitral posteriormente constituido, las medidas cautelares dictadas por el árbitro de emergencia dejan de ser vinculantes para las partes una vez rendido el laudo arbitral final o cuando se da por terminado el procedimiento por dicho tribunal arbitral.⁵⁴

La mayoría de las leyes y reglas de arbitraje no establecen un listado del tipo de medidas que los ár-

49 Véase por ejemplo el Art. 29 y el Apéndice V Reglamento ICC 2012; Art. 9.14 Reglamento LCIA 2014; Art. 43(1) Reglamento Suizo; Fry, Greenberg, y Mazza, *The Secretariat's Guide to Icc Arbitration* pág. 295.

50 Art. 17(2) Ley Modelo de la UNCITRAL 2006 define una medida cautelar como cualquier medida temporal por medio de la cual un tribunal arbitral ordena a una de las partes algo necesario para proteger el derecho de la otra parte o para evitar daño irreparable que pueda ocurrir durante el curso del procedimiento hasta que el laudo final, por el que la controversia es dirimida finalmente, sea emitido; Art. 183 de la Ley Federal Suiza de Derecho Internacional Privado: *"Unless the parties have otherwise agreed, the arbitral tribunal may, on motion of one party, order provisional or conservatory measures"*; Art. 1468 del Código Francés de Procedimientos Civiles; *"The arbitral tribunal may order upon the parties any conservatory or provisional measures that it deems appropriate, set conditions for such measures and, if necessary, attach penalties to such order"*.

51 Véase Art. 1468(2) Código Francés de Procedimientos Civiles y Art. 17D UNCITRAL MAL 2006.

52 Art. 6(8) Apéndice V Reglamento ICC 2012; Art. 18 Apéndice 4 Reglamento HKIAC 2008; Art. 43(8) Reglamento Suizo 2012; Art. 9(2) Apéndice II Reglamento SCC 2010.

53 Art. 29(3) Reglamento ICC 2012; Art. 23(5) Reglamento HKIAC 2008; Art. 9.11 Reglamento LCIA 2014; Art. 43(8) Reglamento Suizo.

54 Art. 9(4)(ii) Apéndice II Reglamento SCC 2010; Art. 6(6)(c) Apéndice V Reglamento ICC 2012; Art. 19(b) Apéndice 4 Reglamento HKIAC 2008; Art. 43(10) Reglamento Suizo 2012.

bitros pueden dictar, y hacen bien.⁵⁵ Las leyes de arbitraje y los reglamentos de arbitraje modernos⁵⁶ tienden a conferir a los árbitros amplia discreción para otorgar cualquier tipo de medidas que ellos consideren apropiadas o necesarias para optimizar el proceso arbitral y lograr un laudo eficaz.⁵⁷ Las medidas pueden ser emitidas para proteger los derechos (procedimentales o sustantivos) de una parte.⁵⁸ Otras pueden tener la finalidad de gestionar la relación entre las partes durante el procedimiento arbitral con el propósito de reducir o prevenir daños a la parte solicitante o al proceso arbitral donde dicha reducción o prevención es necesaria por cuestión de urgencia.⁵⁹ Diferentes tipos de medidas pueden ser dictadas por los árbitros para alcanzar diferentes propósitos. El catálogo de medidas cautelares es sin duda más amplio en el contexto del arbitraje que en el contexto del litigio en tribunales estatales.⁶⁰

Los árbitros de emergencia están facultados para adoptar cualquier medida provisional que el tribunal arbitral está facultado para dictar.⁶¹ Un árbitro de emergencia puede en principio otorgar una medida provisional que el tribunal estatal del lugar del arbitraje dictaría en circunstancias similares. Sin embargo, un árbitro de emergencia no debe necesariamente ceñirse al tipo de medidas cautelares disponibles para el juez estatal en el lugar del arbitraje. Por otro lado, los árbitros de emergencia podrían estar impedidos por la ley del lugar del arbitraje para dictar cierto tipo de medidas provisionales las cuales son competencia exclusiva de los tribunales estatales del lugar del arbitraje.⁶² Por ejemplo, un árbitro cuya sede está en Francia no tiene poder para otorgar medidas cautelares consistentes en el embargo de bienes.⁶³ Más restricciones al tipo de medidas cautelares disponibles a los árbitros de emergencia pudieran ser encontradas en el reglamento institucional convenido por las partes. No obstante, la mayoría de los reglamentos institucionales

55 Hay, sin embargo, algunas excepciones en derecho comparado como la sección 38(3), (4) y (6) Ley de Arbitraje Inglesa y el Art. 17(2) de la Ley Modelo de la UNCITRAL 2006 la cual contiene una lista no exclusiva de tipos de medidas cautelares.

56 Art. 28(1) Reglamento ICC 2012; Art. 26 Reglamento SIAC 2012; Art. 24.1 Reglamento HKIAC 2008; Art. 32 Reglamento SCC 2010; Art. 25 Reglamento LCIA 2014; Fry, Greenberg, y Mazza, *The Secretariat's Guide to Icc Arbitration* pág. 289.

57 Born, *International Commercial Arbitration* pág. 2464.

58 Art. 17(2)(a) Ley Modelo de la UNCITRAL 2006.

59 Art. 17(2)(b)(c) Ley Modelo de la UNCITRAL 2006.

60 Carlevaris, 'Pre-Arbitral Interim Relief: Different Models and the ICC Experience'.

61 Thomas Webster y Michael Buhler, *Handbook of Icc Arbitration* (3rd edn; London: Sweet & Maxwell, 2014) 974 at 448; Art. 29(1) ICC Rules 2012; Art. 32(5) Reglamento SCC 2010 y Art. 1(2) Apéndice II SCC Rules 2010; Art. 16 Apéndice 4 Reglamento HKIAC 2008; Art. 43(1)(8) Reglamento Suizo 2012.

62 Arbitraje de Emergencia SCC 057/2013 en Lundstedt, 'Scc Practice: Emergency Arbitrator Decisions', (at 24.: "the Emergency Arbitrator reviewed the specific relief requested by the Claimant to order the various interim measures 'under forfeiture of a penalty'. In this regard the Emergency Arbitrator found that according to Swedish arbitration law (the *lex arbitri*), arbitrators (including the emergency arbitrator) do not have the power to impose any fine or penalty in the context of an interim decision, and, as a consequence, declared that the Claimant's request for the ordering of penalties must be rejected for lack of jurisdiction".

63 Art. 1468(1) del Código de Procedimientos Civiles de Francia establece que la ejecución de una prenda en garantía requiere recurrir a la fuerza pública y por lo tanto no deberá ser ordenada por árbitros. Ver también Poudret y Besson, *Comparative Law of International Arbitration* págs. 522 & 23: señalando que las órdenes de incautación, congelamiento u órdenes *Mareva* son de igual manera controversiales en muchas jurisdicciones.

también establecen que un árbitro de emergencia puede otorgar cualquier medida cautelar que considere apropiada⁶⁴ o necesaria.⁶⁵ Otras reglas institucionales como el Reglamento de la ICC⁶⁶ no establecen expresamente qué tipo de medidas cautelares pueden ser emitidas por los árbitros de emergencia. Sin embargo, se entiende que un árbitro de emergencia puede emitir cualquier orden o laudo que el tribunal arbitral puede dictar bajo el acuerdo arbitral,⁶⁷ como se encuentra expresamente establecido en el Reglamento de la LCIA⁶⁸ y el Reglamento Suizo.⁶⁹

La práctica internacional muestra una variedad de medidas provisionales consideradas u otorgadas por los árbitros. Los tipos generales de medidas fueron recientemente 'codificados' en el Artículo 17 (2) de la Ley Modelo de la UNCITRAL (2006) y el Artículo 26 (2) de las Reglas de la UNCITRAL (2010). Estos incluyen:⁷⁰

- Ordenar preservar la materia del arbitraje durante el procedimiento;
- Ordenar mantener la relación legal que existe entre las partes durante el procedimiento;
- Ordenar cumplir provisionalmente obligaciones contractuales;
- Ordenar preservar evidencia;
- Ordenar la emisión de una garantía de los costos del procedimiento arbitral;
- Ordenar mantener la confidencialidad del procedimiento.

En casos reportados por la SIAC y la SCC, los árbitros de emergencia han considerado los siguientes tipos de medidas de emergencia. Un peticionario solicitó al árbitro de emergencia dictar una medida cautelar restringiendo a la demandada de reclamar una fianza por incumplimiento sin base alguna.⁷¹ Algunos

64 Art. 1 Apéndice II Reglamento SCC 2010.

65 Art. 23.2 Reglamento HKIAC 2008; Art. 1 Apéndice 1 Reglamento SIAC 2014.

66 Art. 29(2) Reglamento ICC.

67 Webster y Buhler, *Handbook of Icc Arbitration* pág. 448.

68 Art. 9.8 Reglamento LCIA 2014: exceptuando los costos legales y de arbitraje Arts. 28.2 y 28.3 Reglamento LCIA y, además, dictar cualquier orden aplazando la consideración de toda o alguna parte de la solicitud de medidas de emergencia al procedimiento conducido por el tribunal arbitral (una vez formado).

69 Art. 43.1 en conjunto con el Art. 26(1) Reglamento Suizo: el árbitro de emergencia puede otorgar las mismas medidas provisionales que el tribunal arbitral bajo el Reglamento, i.e. cualquier medida provisional que él o ella estime necesaria o apropiada.

70 Fry, Greenberg, y Mazza, *The Secretariat's Guide to Icc Arbitration* pág. 289. La lista de tipos comunes de medidas provisionales mencionada por la Secretaría ICC coincide con la lista de medidas del Art. 17(2) de la Ley Modelo de la UNCITRAL (2006) y del Art. 26(2) Reglamento UNCITRAL (2010); véase también Poudret y Besson, *Comparative Law of International Arbitration* pág. 538.

71 Bose y Meredith, 'Emergency Arbitration Procedures: A Comparative Analysis', (p. 189; Arbitraje de Emergencia SCC 0139/2010 en Lundstedt, 'Scc Practice: Emergency Arbitrator Decisions', (p. 6-8.: en una disputa sobre

peticionarios han solicitado medidas cautelares de emergencia consistentes en órdenes para restringir a la demandada de incumplir con las disposiciones de confidencialidad en su contrato.⁷²

En una disputa sobre la calidad de un cargamento, el peticionario (comprador) solicitó un árbitro de emergencia para conseguir un permiso para vender el cargamento con bienes que estaban deteriorándose.⁷³ En una disputa distinta sobre un contrato de distribución, un peticionario solicitó un árbitro de emergencia para que ordenara a la demandada mantener el contrato durante el transcurso del procedimiento arbitral.⁷⁴

Un peticionario solicitó una orden para prohibir a la demandada enajenar, dar en prenda, gravar, vender o disponer de cualquier otra manera de las acciones de una compañía vendidas a la demandada y cuyo pago continuaba pendiente.⁷⁵ En una disputa surgida en relación con un pacto entre accionistas, la demandante solicitó un árbitro de emergencia para ordenar a la demandada no vender, adjudicar, transferir o disponer de cualquier otra manera cualesquiera de las acciones de la compañía X (en este caso la demandante también era accionaria).⁷⁶

Algunos peticionarios también han solicitado el otorgamiento de medidas de emergencia en la forma de medidas para congelar fondos en cuentas bancarias.⁷⁷ Otros han solicitado medidas de emergencia que instruyen a la otra parte para que se desista de sus reclamaciones ante tribunales estatales y de abstenerse de cualquier acción futura frente a los tribunales estatales mientras esté pendiente la emisión del laudo final por el tribunal arbitral a ser constituido.⁷⁸ En un caso distinto, un peticionario solicitó medidas de emergencia consistentes en una orden a la otra parte para cumplir con sus obligaciones contractuales bajo el contrato de compraventa de productos haciendo entrega inmediata de algunos bienes y documentos a la demandante.⁷⁹

Después de solamente algunos años de la promulgación de las reglas sobre medidas de emergencia, la práctica muestra que los árbitros de emergencia son abordados para considerar (pero con ojos distintos) el mismo tipo de solicitudes de medidas promovidas frente a tribunales arbitrales. La jurisprudencia arbitral indica que éstas incluyen órdenes provisionales restringiendo a una parte de actuar en incumplimiento de

un proyecto de construcción, la demandante solicitó a un árbitro de emergencia una orden provisional ordenando a la demandada abstenerse de cobrar cantidad alguna bajo las garantías bancarias provistas por la demandante.

72 Bose y Meredith, 'Emergency Arbitration Procedures: A Comparative Analysis', pág. 189.

73 Ibid.: El día siguiente a su designación, el árbitro de emergencia permitió al vendedor vender el cargamento y ordenar a la demandada (el comprador) cooperar con permitir que el cargamento partiera del puerto. Reportado también en Hirth, 'Chapter IX: Siac Rules', pág. 655.

74 Bose y Meredith, 'Emergency Arbitration Procedures: A Comparative Analysis', (p. 190.: La demandada consintió voluntariamente a no rescindir el contrato hasta que el tribunal se pronunciara sobre la disputa.

75 Arbitraje de Emergencia SCC 064/2010 en Lundstedt, 'Scc Practice: Emergency Arbitrator Decisions', págs. 3-5.

76 Arbitraje de Emergencia SCC 187/2010 en *ibid.*, págs. 10-12.

77 Arbitraje de Emergencia SCC 70/2011 en *ibid.*, págs. 12-15.

78 Arbitraje de Emergencia SCC 91/2011 en *ibid.*, págs. 15 & 16.

79 Arbitraje de Emergencia SCC 10/2012 en *ibid.*, págs. 16-19.

un contrato, por ejemplo, ejecutando una garantía bancaria,⁸⁰ vendiendo productos en incumplimiento de un contrato de licencia,⁸¹ moviendo bienes de un lugar determinado.⁸² Ciertas medidas provisionales buscan asegurar el cumplimiento de deberes contractuales, por ejemplo, las órdenes restringiendo a una parte de comunicar información confidencial a terceros⁸³ o; exigiendo a una parte proceder con la manufactura de ciertos productos y cumplir estrictamente con las especificaciones técnicas dadas por la otra parte⁸⁴ u órdenes provisionales concediendo una *anti-suit injunction*.⁸⁵ Otros pudieran buscar obtener el reembolso de la mitad de los costos del arbitraje⁸⁶ o pudieran buscar que la otra parte realice un pago provisional.⁸⁷ Las órdenes concebidas para preservar cierta evidencia han incluido conceder acceso a una parte a ciertas máquinas.⁸⁸

Ic. Requisitos formales para la solicitud de medidas de emergencia

Todos los reglamentos institucionales establecen requisitos formales para la solicitud de medidas cautelares de emergencia. Estos requisitos son más o menos uniformes bajo todos los reglamentos de arbitraje. Se recomienda a los peticionarios que revisen las particularidades de las reglas institucionales involucradas. En general, las solicitudes para medidas de emergencia deben incluir los nombres y datos de contacto completos de las partes, una síntesis de la disputa, y una declaración de las pretensiones.⁸⁹ Además, la solicitud de medidas de emergencia debe estar acompañada por una copia o descripción del acuerdo arbitral bajo el cual la disputa deberá ser dirimida y la prueba del pago de los costos del procedimiento de emergencia.⁹⁰ En caso de que no sea aparente en el acuerdo arbitral, algunas reglas institucionales requieren a la parte solicitante proveer comentarios sobre la sede del procedimiento de emergencia, la ley o normas aplicables a la sustancia y el idioma con el cual se conducirá el procedimiento.⁹¹ Bajo el Reglamento de la ICC, la solici-

80 Véase un tribunal ICC (sede del arbitraje: Ginebra) en Didier De Montmollin, 'Les Mesures Provisionnelles Et Conservatoires Dans L'arbitrage', *ASA Bulletin*, 12/112 1 (1994) pág. 160.

81 Véase un tribunal ICC (sede del arbitraje: Ginebra), *ibid.*

82 Véase un tribunal ICC (sede del arbitraje: Ginebra), *ibid.*

83 Véase un tribunal ICC (sede del arbitraje: Ginebra), *ibid.*

84 Véase un tribunal ICC (sede del arbitraje: Ginebra), *ibid.*, págs. 142-45.

85 Véase, 'ICC CASE NO. 8307 (PLACE OF ARBITRATION: GENEVA)', EN EMMANUEL GAILLARD (ED.), *ANTI-SUIT INJUNCTIONS IN INTERNATIONAL ARBITRATION* (IAI, 2005), 372 PÁGS. 307-15; Véase también la medida provisional ordenada en un arbitraje ICC en 2005, citada por MATTHIAS SCHERER Y WERNER JAHNEL, 'ANTI-SUIT AND ANTI-ARBITRATION INJUNCTIONS IN INTERNATIONAL ARBITRATION: A SWISS PERSPECTIVE', *INTERNATIONAL ARBITRATION LAW REVIEW*, 12/4 (2009), 7 PÁG. 72.

86 Véase un Laudo Interino ICC, 21 ASA BULLETIN 802, 802-809 (2003).

87 Véase un arbitraje *ad hoc* (sede del arbitraje: Ginebra), 12 ASA BULLETIN 157, 157-159 (1994).

88 Véase un Laudo Parcial ICC en el Caso No. 10040 (sede del arbitraje: Londres), 11 ICC ARBITRATION COURT BULLETIN 118-119 (1/2000).

89 Art. 1(3) Apéndice V Reglamento ICC 2012; Arts. 2 y 10 (1)(2) Apéndice II Reglamento SCC 2010; Art. 2 Apéndice 4 Reglamento HKIAC 2008; Art. 9.5 Reglamento LCIA 2014; Art. 43(1)(b)(c) Reglamento Suizo.

90 Art. 1(3) Apéndice V Reglamento ICC 2012; Arts. 2 y 10 (1)(2) Apéndice II Reglamento SCC 2010; Art. 2 Apéndice 4 Reglamento HKIAC 2008; Art. 9.5 Reglamento LCIA 2014; Art. 43(1)(b)(c) Reglamento Suizo.

91 Art. 1(3) Apéndice V Reglamento ICC 2012; Arts. 2 y 10 (1)(2) Apéndice II Reglamento SCC 2010; Art. 2 Apéndice 4 Reglamento HKIAC 2008; Art. 9.5 Reglamento del LCIA 2014; Art. 43(1)(b)(c) Reglamento Suizo.

tud deberá ser hecha en el idioma del arbitraje si alguno hubiere sido convenido o en el idioma del acuerdo arbitral.⁹²

Por otra parte, la mayoría de los reglamentos institucionales requieren que la parte solicitante haga un escrito explicando las razones por las cuales el solicitante necesita la medida cautelar de manera urgente o el por qué no puede esperar a la constitución del tribunal arbitral.⁹³ Este requisito formal está correlacionado con el requisito sustantivo de probar la urgencia en obtener la medida solicitada (véase Parte V).

La solicitud de medidas de emergencia se presenta ante el órgano de administración de la institución involucrada (secretariado, instituto, secretaría general, Corte, etc.). Previa recepción de una solicitud conforme, la institución nombrará un árbitro de emergencia y posteriormente le enviará el expediente, en cuestión de horas o días.⁹⁴

5. Requisitos sustantivos para el otorgamiento de medidas provisionales de emergencia

De acuerdo con la Encuesta de White & Case 2012, únicamente 35% de todas solicitudes de medidas provisionales dirigidas a un tribunal arbitral son concedidas.⁹⁵ Este porcentaje de solicitudes exitosas es bajo. Esto puede explicarse por la preferencia natural de los árbitros de estudiar las consideraciones de fondo del caso antes de ordenar cualquier medida que afecte a alguna de las partes, a menos que las circunstancias así lo requieran. A pesar del hecho de que las leyes de arbitraje generalmente no establecen los requisitos que deben actualizarse para poder otorgar medidas de emergencia,⁹⁶ algunas reglas institucionales y la práctica del arbitraje sujetan el otorgamiento de dichas medidas a los mismos requisitos que son generalmente aplicados en procedimientos ante cortes nacionales en la mayoría de las jurisdicciones (aunque pueden ser expresados con distintas fórmulas)⁹⁷ – reduciendo las posibilidades de éxito en la solicitud. Los requisitos que se aplican generalmente son los siguientes:

- i. Jurisdicción del árbitro. El árbitro debe tener jurisdicción para pronunciarse sobre el derecho a ser protegido por la medida provisional solicitada por el peticionario.
- ii. Apariencia de buen derecho sobre el fondo. El solicitante debe demostrar que existe una posibilidad razonable de que su demanda sobre el fondo del litigio prospere (*fumus boni juris*).

92 Art. 3 Apéndice V Reglamento ICC 2012.

93 Art. 1(3)(e) Apéndice V Reglamento ICC 2012; Art. 2(d) Apéndice 4 Reglamento HKIAC 2008; Art. 1 Apéndice 1 Reglamento SIAC 2013; Art. 43.1(e) Reglamento Suizo.

94 Art. 1(5) y 2(1) Apéndice V Reglamento ICC 2012; Arts. 4, 6, 7, 8 Apéndice II Reglamento SCC 2010; Arts. 5 y 12 Apéndice 4 Reglamento HKIAC 2008; Art. 9.8 Reglamento LCIA 2014; Art. 43(2) Reglamento Suizo.

95 Véase White and Case, *White & Case 2012 International Arbitration Survey* pág. 17.

96 Con la notable excepción del Art. 17A de la Ley Modelo de la UNCITRAL 2006.

97 Jeff Waincymer, *Procedure and Evidence in International Arbitration* (The Hague: Kluwer Law International, 2012) págs. 626 & 27; Born, *International Commercial Arbitration* págs. 2467 & 68; Fry, Greenberg, y Mazza, *The Secretariat's Guide to Icc Arbitration* pág. 290.

111. Daño irreparable producido o probabilidad de que se produzca un daño irreparable. El solicitante está sufriendo o va a sufrir un daño no resarcible por un laudo definitivo compensatorio de daños a menos que se dicte la medida solicitada.
112. Urgencia. La medida de emergencia es solicitada por razón de urgencia para evitar más daño o el daño futuro.⁹⁸
113. Balance of convenience / proporcionalidad. El *balance of convenience* (con frecuencia llamado 'proporcionalidad' en jurisdicciones de derecho civil) se encuentra a favor del solicitante.

Salvo pacto en contrario o disposición en la *lex arbitri*, estos requisitos aplicarán solamente sí, y en la medida en que, el árbitro los estime aplicables como expresión de un principio general del proceso.⁹⁹ En la práctica, la mayoría de los árbitros los aplica y son considerados tanto tribunales arbitrales como por árbitros de emergencia.¹⁰⁰ Dicho esto, su aplicación por un árbitro de emergencia podrá ser distinta de la aplicación de estos mismos requisitos por un tribunal arbitral. En particular, con relación al estándar necesario para reunir cada requisito. Esta tesis se apoya en la opinión ampliamente aceptada de que los árbitros solamente aplicarán los requisitos anteriores de manera razonable y con el grado de flexibilidad que las circunstancias ameriten.¹⁰¹

98 La urgencia puede ser considerada como un requisito *sine qua non* para el otorgamiento de medidas de emergencia salvo que el principio de proporcionalidad aplique. La mayoría de los reglamentos institucionales establece que en consideración de una solicitud de medidas de emergencia, los árbitros de emergencia deberán tomar en cuenta la urgencia inherente en dichos procedimientos; véase el Art. 43(6) Reglamento Suizo 2010; Art. 5(2) Apéndice V Reglamento ICC 2012; Art. 7 Apéndice II Reglamento SCC 2010; Art. 11 Apéndice 4 Reglamento HKIAC 2008.

99 Fry, Greenberg, y Mazza, *The Secretariat's Guide to Icc Arbitration* págs. 290 & 304; Arbitraje de Emergencia SCC 70/2011 en Lundstedt, 'Scc Practice: Emergency Arbitrator Decisions', (pp.12-15.: después de identificar que la Ley Sueca de Arbitraje no establece ningún requisito a ser aplicado en la determinación de si debería otorgarse o no una medida provisional, el árbitro de emergencia estuvo de acuerdo con lo afirmado por un tribunal anterior con sede en Suecia, sosteniendo que "*the requirements under Swedish procedural law for granting interim measures in essence can be reduced to the two criteria that the petitioner prima facie must have proved his case and that there must be an urgent need for the requested interim relief*". El árbitro de emergencia sostuvo que "*this statement reflects the universal consensus with regard to the requirements that need to be present when granting interim measures, e.g. prima facie establishment of a case; urgency; and, irreparable harm, or serious or actual damage if the measure requested is not granted*"; Poudret y Besson, *Comparative Law of International Arbitration* pág. 537.

100 Poudret y Besson, *Comparative Law of International Arbitration* pág. 536; Arbitraje de Emergencia SCC 10/2012 en Lundstedt, 'Scc Practice: Emergency Arbitrator Decisions', (pp. 16-19.: el árbitro de emergencia determinó primeramente que "*the SCC Rules do not expressly set out the standards to be met by a request for interim measures to an Emergency Arbitrator. Whilst not fully agreed by the Parties, the Emergency Arbitrator exercised his discretion under Article 32 (1) of the SCC Rules by reference to several factors listed by the Claimant in its application. The factors considered by the Emergency Arbitrator included urgency, risk of dissipation, irreparable harm and proportionality*".

101 Born, *International Commercial Arbitration* págs. 2468 & 69.

1. Estándar para las medidas otorgadas por tribunales arbitrales

Jurisdicción del árbitro: Al respecto, una prueba de jurisdicción *prima facie* pudiera no siempre ser suficiente para reunir este requisito. Un estándar más alto de prueba o ‘razonabilidad’¹⁰² de jurisdicción puede ser exigido donde el tribunal arbitral acaba de ser constituido y la demandada ha impugnado la competencia general del tribunal arbitral sobre la sustancia cuya decisión sobre dicha impugnación se encuentra pendiente aún. El estándar pudiera de alguna manera ser más bajo en casos en donde la jurisdicción *prima facie* ha sido declarada por la institución arbitral o por un tribunal estatal y la demandada no ha dado seguimiento a su impugnación frente al tribunal arbitral o cuando la demandada no impugnó en ningún momento la jurisdicción del tribunal arbitral. Dicho lo anterior, el hecho de que el tribunal arbitral pudiera finalmente carecer de jurisdicción sobre la disputa no le impide dictar propiamente medidas provisionales con antelación.¹⁰³

Apariencia de buen derecho sobre el fondo (*fumus boni iuris*): Este requisito también requiere una probabilidad razonable o posibilidad de que la demanda del solicitante prospere en el fondo.¹⁰⁴ Sin embargo, de hecho, el otorgamiento de una medida cautelar implica estudiar el fondo y en la práctica es difícil que el tribunal arbitral cambie su perspectiva una vez que el fondo ha sido abordado. En consecuencia, esto requiere del tribunal arbitral bastante cuidado en el análisis y examen de la evidencia disponible en ese momento y pertinente al fondo del caso.¹⁰⁵ El hecho de si el solicitante tiene posibilidad real de que su demanda prospere en el fondo es una cuestión que no gobierna la *lex arbitri*, sino la ley aplicable al fondo de la disputa, *i.e.* la *lex contractus* o cualquier otra ley relevante. Cuando la *lex contractus* no fue convenida por las partes o no ha sido determinada aún (porque una decisión al respecto no ha sido tomada o la ley aplicable está en disputa), un árbitro será aun más cauteloso con el otorgamiento de la medida y podrá solicitar evidencia que pruebe que bajo los términos del contrato el solicitante podría ganar el caso, dado que el riesgo de tener una medida cautelar que sea incompatible en el laudo final pudiera aumentar.

Daño irreparable producido o probabilidad de que se produzca un daño irreparable: bajo este requisito dos elementos deben de ser distinguidos: Uno de daño sustancial o riesgo de daño y, otro de imposibilidad de resarcimiento de dicho daño con un laudo final. En relación con el primer elemento, una prueba *prima facie* de daño sustancial o *probabilidad* de riesgo del mismo debería ser suficiente para reunir este requisito. En lo que al segundo elemento respecta, la cuestión es más de “tiempo” que de “fondo” para obtener suficiente indemnización en el laudo. El solicitante deberá demostrar que la probabilidad de riesgo de daño sustancial

102 Fry, Greenberg, y Mazza, *The Secretariat's Guide to Icc Arbitration* pág. 291.

103 Born, *International Commercial Arbitration* at 2482., señalando que “*arbitral tribunals have not infrequently ordered provisional relief notwithstanding the existence of an unresolved, and therefore possibly well-founded, jurisdictional challenge*”; Fry, Greenberg, y Mazza, *The Secretariat's Guide to Icc Arbitration* at 291.

104 Waincymer, *Procedure and Evidence in International Arbitration* at 626 & 27.

105 *Ibid.*, pág. 627; Fry, Greenberg, y Mazza, *The Secretariat's Guide to Icc Arbitration* pág. 290.: afirmando que “*the requirement of a prima facie arguable case on the merits must be treated with more caution in arbitration. In principle, the requested measures should not reflect the relief sought on the main case. However, in practice, cases exist in which both forms of relief are closely related*”.

o que el daño por sí mismo no podrá ser reparado al tiempo de ser emitido el laudo compensatorio de daños si el árbitro niega la solicitud de la medida cautelar.¹⁰⁶

Urgencia: Este requisito está íntimamente ligado con el requisito anterior. En el contexto de las medidas cautelares solicitadas a un tribunal arbitral, el peticionario deberá probar que no es razonable esperar una determinación en el laudo final a la luz de la evidencia del riesgo de sufrir daño irreparable o daño sustancial. El estándar es uno de razonabilidad de tomar medidas rápidas para evitar o prevenir un daño futuro.¹⁰⁷

Balance of convenience / proporcionalidad: Bajo este requisito el peticionario deberá demostrar que su interés en la medida supera la inconveniencia que pudiera ser causada a la otra parte.¹⁰⁸ No se necesita de ningún estándar más allá de la prueba de que después de comparar los intereses del peticionario con las desventajas para la otra parte, parece apropiado otorgar la medida solicitada.¹⁰⁹

11. **Estándar exigido para el otorgamiento de medidas provisionales por árbitros de emergencia**

Jurisdicción del árbitro de emergencia: Una prueba de jurisdicción *prima facie* deberá ser suficiente para reunir este requisito frente a un árbitro de emergencia.¹¹⁰ El Reglamento de la ICC 2014 requiere la presentación del acuerdo arbitral firmado por las partes (o por sus sucesores).¹¹¹ Por lo tanto, la demostración de la jurisdicción es clara en dicha instancia. Además, la mayoría de las instituciones arbitrales harán una primera revisión de la legitimación en la causa del solicitante para la emisión de medidas cautelares antes de nombrar a un árbitro de emergencia.¹¹²

Esto facilita la tarea del árbitro de emergencia de pronunciarse sobre su propia jurisdicción en cuestión de horas o días. Situaciones de ausencia de jurisdicción *prima facie* de los árbitros de emergencia pueden

106 Born, *International Commercial Arbitration* pág. 2473.: “the better view is that the relevant standard does not require mechanical application of particular levels of probability. Rather, tribunals properly adopt a pragmatic inquiry that subsumes the likelihood of harm, the degree and character of harm, the balance of hardships and other factors. The issue is not so much whether, on a balance of probabilities, serious harm will occur but whether the risks of grave harm are sufficiently substantial to justify any burden that provisional measures would impose on the respondent”.

107 Yesilirmak, *Provisional Measures in International Commercial Arbitration* pág. 179.

108 Ibid., pág. 182.

109 Véanse los laudos CAS: Laudo CAS 98/200, págs. 38-41; Laudo CAS 2004/A/780, SD págs. 1, 7 y 8; Laudo CAS 2005/A/916 ES1 págs. 1 y 2. Para acceder a estos laudos favor de visitar la base de datos de Jurisprudencia del CAS en <http://jurisprudence.tas-cas.org/sites/search/advanced.aspx>

110 Arbitraje de Emergencia SCC 0139/2010 en Lundstedt, 'Scc Practice: Emergency Arbitrator Decisions', (pp. 6-8.: el árbitro de emergencia sostuvo que solamente podía llevar a cabo una valoración *prima facie* de su jurisdicción y no una detallada dado que el tribunal arbitral una vez constituido deberá de hacer dicho análisis.

111 Art. 29(5) Reglamento ICC 2012.

112 Art. 1(5) Apéndice V Reglamento ICC 2012; Art. 4(2) Apéndice II Reglamento SCC 2012; Art. 5 Apéndice 4 Reglamento HKIAC 2008; Art. 9.6 Reglamento LCIA Rules 2014; Art. 43(2)(a)(b) Reglamento Suizo 2012; Fry, Greenberg, y Mazza, *The Secretariat's Guide to Icc Arbitration* pág. 307 & 08; Öhrström, 'Chapter XII: SCC Rules', pág. 858.

incluir órdenes prohibiendo a terceros (no partes del acuerdo arbitral) tales como bancos, órganos estatales, compañías, etc. de realizar o abstenerse de ciertas acciones.¹¹³ Aplicando también un criterio *prima facie* para establecer su jurisdicción, un árbitro de emergencia determinó que la única interpretación pronta y racional disponible de una cláusula arbitral que establecía que todas las controversias serían “*resueltas exclusivamente por la Corte Internacional de Arbitraje en Estocolmo, Suecia*” era que la intención de las partes era establecer que las controversias que se suscitarán en torno a su contrato serían remitidas a arbitraje de acuerdo con el Reglamento de la SCC y en consecuencia, que tenía jurisdicción para actuar como árbitro de emergencia.¹¹⁴

Apariencia de buen derecho sobre el fondo (*fumus boni juris*): En relación con la solicitud de medidas urgentes, el estándar de prueba sobre la probabilidad de que la demanda del peticionario prosperará en el fondo será, en la mayoría de los casos, intrínsecamente más bajo que en la solicitud frente a un tribunal arbitral por las razones siguientes. Primero, un árbitro de emergencia no corre ningún riesgo de emitir un laudo final futuro que pueda verse afectado por el prejuicio causado por haber valorado preliminarmente el fondo del asunto. La jurisdicción de un árbitro de emergencia termina con la constitución del tribunal arbitral y el árbitro de emergencia será excluido de la posibilidad de fungir como miembro del tribunal o árbitro único en la misma disputa bajo la mayoría de los reglamentos institucionales.¹¹⁵ Segundo, por razones de eficiencia, un árbitro de emergencia no puede realizar una valoración profunda sobre el fondo del asunto. Bajo todos los reglamentos institucionales un árbitro de emergencia deberá pronunciarse sobre el otorgamiento de una medida cautelar en cuestión de días después de recibido el expediente ¹¹⁶ y dejar al tribunal arbitral la decisión de mantener, modificar o revocar dicha decisión dictada en urgencia.¹¹⁷ Cuando la ley aplicable al fondo aún no ha sido convenida, un árbitro de emergencia podrá simplemente recurrir a los términos del contrato y a los principios generales del derecho y no deberá estar obligado a determinar la ley aplicable al fondo antes de tomar una decisión sobre la medida de emergencia (salvo que la determinación sobre la ley aplicable sea un ejercicio sencillo y directo o que la cuestión ya haya sido argumentada exhaustivamente por las partes en sus escritos sobre la medida de urgencia). En un procedimiento de emergencia bajo el Reglamento de la SCC 2010, un árbitro de emergencia concedió la medida de urgencia solicitada ya que el peticionario había

113 Arbitraje de Emergencia SCC 064/2010 en Lundstedt, 'Scc Practice: Emergency Arbitrator Decisions', págs. 3-5; estableciendo que las medidas de emergencia no son vinculantes para terceros, por ejemplo para una institución financiera en poder de bienes sobre la cual el árbitro de emergencia no tiene jurisdicción.

114 Arbitraje de Emergencia SCC 70/2011 en *ibid.*, págs. 12-15..

115 Art. 2(6) Apéndice V Reglamento ICC 2012; Art. 4(4) Apéndice II Reglamento SCC 2010; Art. 21 Apéndice 4 Reglamento HKIAC 2008; Art. 43(11) Reglamento Suizo 2012.

116 Art. 6(4) Apéndice V Reglamento ICC 2012 (plazo de quince días); Art. 8(1) Apéndice II Reglamento SCC (plazo de cinco días); Art. 12 Apéndice 4 Reglamento HKIAC 2008 (plazo de quince días); Art. 9.8 Reglamento LCIA (plazo de catorce días); Art. 43(7) Reglamento Suizo 2012 (plazo de quince días). Todos los plazos son prorrogables en circunstancias especiales. En los casos analizados en los siguientes artículos, los árbitros de emergencia se pronunciaron dentro de un promedio de cinco días, cf. Bose y Meredith, 'Emergency Arbitration Procedures: A Comparative Analysis', pág. 189; Lundstedt, 'Scc Practice: Emergency Arbitrator Decisions', pág. 2.

117 Fry, Greenberg, y Mazza, *The Secretariat's Guide to Icc Arbitration* pág. 306.

demostrado méritos razonables para su caso.¹¹⁸ En particular, el peticionario había sometido un listado de los supuestos incumplimientos del contrato por la otra parte y esta no presentó respuesta alguna a tales acusaciones, otra que una negación general de incumplimiento.¹¹⁹

Daño irreparable producido o riesgo de que el solicitante sufra un daño irreparable: Un peticionario de medidas de urgencia deberá demostrar con el mismo grado de evidencia que frente a un tribunal arbitral, el daño sustancial o el riesgo de daño y la imposibilidad de reparar dicho daño con un laudo final. En un caso bajo el Reglamento de la SCC 2010, el peticionario solicitó una orden prohibiendo a la demandada enajenar, dar en prenda, gravar, vender o disponer de cualquier otra manera las acciones de una compañía vendidas a la demandada, cuyo pago de la cantidad total permanecía pendiente.¹²⁰ El árbitro de emergencia negó esta solicitud de medidas de urgencia dado que el solicitante no estableció que el daño que debía ser prevenido por el árbitro de emergencia era irreparable o de una naturaleza urgente.¹²¹ En el caso concreto, la parte solicitante no estableció que ninguna venta o disposición de las acciones en disputa sería demasiado perjudicial para ella, en el sentido de que el producto de dicha venta o disposición no podría ser eventualmente recuperado en su calidad de acreedor.¹²² En un caso distinto, un árbitro de emergencia rechazó la solicitud dado que no había evidencia de daño irreparable el cual no podría ser compensado con un laudo.¹²³ En particular, el árbitro de emergencia señaló que considerando el tamaño y la reputación de la sociedad matriz, un laudo a favor del peticionario, incluso por una cantidad importante, sería muy probablemente cumplido o ejecutado con éxito contra la demandada.¹²⁴

Urgencia: La mayoría de los reglamentos institucionales establecen que en consideración de la solicitud de medidas de urgencia, los árbitros de emergencia deberán tomar en cuenta la urgencia inherente en dichos procedimientos.¹²⁵ El estándar de la urgencia exigida para emitir una medida cautelar de urgencia es intrínsecamente superior frente a un árbitro de emergencia. El estándar requiere medidas que son tan urgentes que no pueden esperar a la constitución del tribunal arbitral, y mucho menos a la emisión de un laudo final.¹²⁶ En consecuencia, el peticionario de una medida de emergencia deberá demostrar que es inconveniente esperar hasta la constitución del tribunal arbitral para obtener la medida cautelar a la luz de la evidencia del riesgo de daño irreparable o sustancial. El estándar es de extrema urgencia de tomar medidas inmediatas

118 Arbitraje de Emergencia SCC 187/2010 Lundstedt, 'Scc Practice: Emergency Arbitrator Decisions', págs. 10-12.

119 Arbitraje de Emergencia SCC 187/2010 *ibid.*

120 Arbitraje de Emergencia SCC 064/2010 en *ibid.*, págs. 3-5.

121 Arbitraje de Emergencia SCC 064/2010 en *ibid.*

122 Arbitraje de Emergencia SCC 064/2010 en *ibid.*

123 Arbitraje de Emergencia SCC 10/2012 en *ibid.*, págs. 16-19.

124 Arbitraje de Emergencia SCC 10/2012 en *ibid.*

125 Art. 43(6) Reglamento SIAC 2012; Art. 5(2) Apéndice V Reglamento ICC 2012; Art. 7 Apéndice II Reglamento SCC 2010; Art. 11 Apéndice 4 Reglamento HKIAC 2008.

126 Born, *International Commercial Arbitration* pág. 2451; Fry, Greenberg, y Mazza, *The Secretariat's Guide to Icc Arbitration* pág. 294.

para impedir mayores daños o prevenir daño futuro. En un caso sobre bienes especiales que debían ser manufacturados por el vendedor, un árbitro de emergencia encontró que la medida solicitada, consistente en una orden al vendedor de entregar los bienes, era urgente en vista de que no había una fuente alternativa de suministro disponible para el peticionario (comprador) y su propio plazo de entrega bajo un contrato con un tercero.¹²⁷

En un caso distinto, un árbitro de emergencia señaló que los requisitos de daño irreparable y urgencia se encuentran interconectados con frecuencia y que esta interconexión aplica particularmente en situaciones en que existen razones para asumir que la otra parte está tomando medidas para disipar o disponer de bienes relacionados en caso de un laudo adverso.¹²⁸ El árbitro de emergencia indicó que el solicitante estaba obligado a demostrar, al menos *prima facie*, que la demandante ha tomado medidas específicas para frustrar la disposición de bienes contra la parte que solicita la medida.¹²⁹ En un arbitraje bajo el Reglamento de la SCC 2010, un árbitro de emergencia desechó la solicitud de la demandante dado que no estaba persuadido de que dicha solicitud fuera de una naturaleza urgente o de que hubiera riesgo de sufrir daño irreparable.¹³⁰ La demandante había solicitado un árbitro de emergencia para que dictara una orden prohibiendo a la demandante cobrar cualesquiera cantidades bajo las garantías bancarias que la demandante había aportado de manera colateral a su obligación de completar un proyecto de construcción. En el caso concreto, el árbitro de emergencia consideró que incluso si se probara que la decisión de la demandada de cobrar una garantía bancaria era incorrecta, no había urgencia bajo las circunstancias dado que la solicitante, de prosperar sus pretensiones de fondo, podría después recuperar el monto de la garantía como daños en un laudo final.¹³¹

Balance of convenience / proporcionalidad en el contexto de medidas de emergencia: Esta doctrina, ampliamente desarrollada en el arbitraje Deportivo,¹³² debería ayudar al árbitro de emergencia a disminuir el elevado estándar exigido para demostrar la urgencia de impedir o prevenir un daño irreparable, en algunas circunstancias. En particular, cuando la inconveniencia causada al peticionario al tener que esperar la constitución del tribunal arbitral para solicitar la misma medida es mucho mayor comparada con la inconveniencia que le genera a la otra parte el tener cumplir con la medida del árbitro de emergencia. En este sentido, la interacción entre el árbitro de emergencia y el tribunal arbitral es muy importante. Si el tiempo u otras circun-

127 Arbitraje de Emergencia SCC 10/2012 en Lundstedt, 'Scc Practice: Emergency Arbitrator Decisions', págs. 19-16.

128 Arbitraje de Emergencia SCC 70/2011 en *ibid.*, págs. 12-15.

129 Arbitraje de Emergencia SCC 70/2011 en *ibid.*: “*While the applicant certainly cannot be required to provide full proof of such action on the part of the respondent entity and its lack of any good faith motive, it will still need to provide a probable cause that such an improper intent is a driver of the particular conduct.*”

130 Arbitraje de Emergencia SCC 0139/2010 en *ibid.*, págs. 6-8.

131 Arbitraje de Emergencia SCC 0139/2010 en *ibid.*

132 Véanse los Laudos CAS: Laudo CAS 98/200, pp., 38-41; Laudo CAS 2004/A/780, SD pp., 1, 7 y 8; Laudo CAS 2005/A/916 ES1. pp., 1 y 2. Para acceder a estos laudos favor de visitar la base de datos de Jurisprudencia del CAS en <http://jurisprudence.tas-cas.org/sites/search/advanced.aspx>

stancias modifican el estatus de conveniencia considerado por el árbitro de emergencia, el tribunal arbitral deberá ser capaz de adaptar o revocar las medidas de emergencia tomando en cuenta dicha circunstancia. En una disputa suscitada en torno a un pacto de accionistas sujeto a arbitraje bajo el Reglamento de la SCC 2010, el árbitro de emergencia sostuvo que el único requisito para otorgar medidas cautelares era que las anteriores se consideraran apropiadas.¹³³ Desde la perspectiva del árbitro de emergencia aquello implicaba que el solicitante debía establecer una causa probable para su caso y que la medida era necesaria para salvaguardar sus derechos sustantivos.¹³⁴ El árbitro de emergencia determinó que la oferta de la demandada de vender acciones a otros accionistas en incumplimiento *prima facie* del contrato era prueba suficiente de una necesidad de medidas de emergencia para proteger la posición del solicitante.¹³⁵

En un caso diferente, un peticionario solicitó un árbitro de emergencia para ordenar a la demandada cumplir con sus obligaciones contractuales bajo un contrato de compraventa.¹³⁶ La demandada arguyó que el cumplimiento potencial del contrato sería ilegal bajo normas imperativas del país Y así como del país Z y que la terminación del contrato estaba legalmente justificada. En observancia del principio de proporcionalidad, el árbitro de emergencia aceptó que existía el riesgo de que dicha orden pudiera exponer a la demandada a responsabilidad civil y penal bajo las leyes de los países Y y Z y por lo tanto rechazó la solicitud de medidas de urgencia.¹³⁷

çI. Medidas otorgadas *ex parte* por Árbitros de Emergencia

De acuerdo con la Encuesta de White & Case 2010, no existe consenso entre los participantes sobre si los árbitros deberían tener el poder para ordenar medidas cautelares *ex parte*. Es decir, basadas en la solicitud de una parte y sin escuchar a la otra parte antes de conceder la medida provisional. Sólo más de la mitad de los participantes (51%) consideran que los árbitros deberían tener dicho poder, mientras 43% consideran que no deberían (6% estaban indecisos).¹³⁸

El resultado de esta encuesta podría haber sido diferente si se le hubiera preguntado a los participantes sobre si los árbitros de emergencia en particular deberían tener dicho poder. La existencia de urgencia bajo las circunstancias es con frecuencia considerada por los tribunales estatales y por los tribunales arbitrales cuando se otorgan medidas *ex parte*,¹³⁹ la existencia de urgencia es un requisito sujeto a un estándar elevado que deberá ser considerado de cualquier manera para el otorgamiento de las medidas de urgencia

133 Arbitraje de Emergencia SCC 187/2010 en Lundstedt, 'Scc Practice: Emergency Arbitrator Decisions', págs. 10-12.

134 Arbitraje de Emergencia SCC 187/2010 en *ibid.*

135 Arbitraje de Emergencia SCC 187/2010 en *ibid.*

136 Arbitraje de Emergencia SCC 10/2012 en *ibid.*, págs. 16-19.

137 Arbitraje de Emergencia SCC 10/2012 en *ibid.*

138 Véase White and Case, *White & Case 2012 International Arbitration Survey* págs. 18 & 19.

139 Yesilirmak, *Provisional Measures in International Commercial Arbitration* págs. 223.

por los árbitros de emergencia.¹⁴⁰

La cuestión de si los árbitros de emergencia tienen el poder para dictar medidas *ex parte* puede ser resuelta desde dos perspectivas. Las medidas cautelares *ex parte* pudieran ser entendidas como un poder adicional conferido a los árbitros por las partes o, alternatively, como un tipo de medida generalmente permitida bajo la *lex arbitri*. Desde una primera perspectiva, la *lex arbitri* no se los prohibiría, pero podría exigir el consentimiento mutuo de las partes para investir a un árbitro con el poder de otorgar medidas cautelares de emergencia *ex parte*. Un árbitro podría estar facultado con dicho poder por la elección de algunas reglas institucionales. El Reglamento de la SWISS contiene disposiciones sobre medidas provisionales solicitadas *ex parte*.¹⁴¹

Desde una segunda perspectiva, bajo la *lex arbitri* no sería necesario el acuerdo de las partes para que un árbitro se encuentre facultado para dictar medidas provisionales o medidas provisionales de urgencia *ex parte*. La mayoría de las leyes de arbitraje no estipula pero tampoco prohíbe a los árbitros el otorgamiento de medidas provisionales *ex parte*.¹⁴² En este contexto, un árbitro podría dictar dichas medidas de considerarlo apropiado o necesario, *i.e.* cuando la urgencia de las circunstancias así lo amerite; salvo que las partes hubieran hecho una exclusión a dicho poder seleccionando reglas arbitrales que prohíben a los árbitros aplicaciones *ex parte*.¹⁴³

En la opinión del autor, los árbitros de emergencia tienen el poder para otorgar medidas de urgencia *ex parte* no sólo en instancias en donde el acuerdo de las partes les confiere dicho poder, si no como un poder general para otorgar cualquier tipo de medida que se consideren necesaria o apropiada bajo la circunstancia, salvo que la *lex arbitri* o el acuerdo de las partes establezcan lo contrario.¹⁴⁴ La preocupación principal sobre las medidas *ex parte* es el debido proceso, es decir, el principio de que los árbitros deberían dar a las dos partes oportunidad de presentar sus casos sobre si las medidas son adecuadas o meritorias.¹⁴⁵

140 Art. 43(6) Reglamento Suizo 2012; Art. 5(2) Apéndice V Reglamento ICC 2012; Art. 17(2) Apéndice II Reglamento SCC 2010; Art. 11 Apéndice 4 Reglamento HKIAC 2008; Art. 9.7 Reglamento LCIA 2014.

141 Art. 26(3) Reglamento Suizo 2012.

142 Excepciones notables son, por una parte, el Art. 17C de la Ley Modelo de la UNCITRAL una orden preliminar puede ser otorgada *ex parte* por el tribunal arbitral dentro de un plazo de 20 días, por otra parte, la sección 18B de la Ley Australiana de Arbitraje prohíbe expresamente el dictado de medidas *ex parte* por los árbitros.

143 El Reglamento ICC 2102 prohíbe el otorgamiento de medidas *ex parte*, véase Fry, Greenberg, y Mazza, *The Secretariat's Guide to Icc Arbitration* pág. 291.

144 Los reglamentos de arbitraje requieren expresamente que el árbitro de emergencia se asegure que cada parte tenga una oportunidad razonable de ser oído en la solicitud: Art. 43(6) Reglamento Suizo 2012; Art. 5(2) Apéndice V Reglamento ICC 2012; Art. 17(2) Apéndice II Reglamento SCC 2010; Art. 11 del Apéndice 4 Reglamento HKIAC 2008. Sin embargo, en la opinión del autor, esto no debe ser interpretado como una exclusión del poder de los árbitros de emergencia de dictar medidas de emergencia *ex parte*. Compartiendo la opinión del autor en relación con el Reglamento ICC 2012, ver Fry, Greenberg, y Mazza, *The Secretariat's Guide to Icc Arbitration*, pág. 298.: "Depending on the circumstances, granting the responding party an opportunity to comment after the initial order has been rendered might still be considered as reasonable within the meaning of Article 5(2) of Appendix V".

145 Waincymer, *Procedure and Evidence in International Arbitration* pág. 628.

Sin embargo, podría ser necesario o apropiado para el árbitro de emergencia solamente escuchar a una parte en casos de urgencia o de riesgo de que la otra parte tome medidas para frustrar la medida mientras se presentan posturas.¹⁴⁶ Dado que la medida de urgencia otorgada por el árbitro de emergencia no es ni final ni vinculante para el tribunal arbitral posteriormente constituido, cualquier orden dictada por un árbitro de emergencia *ex parte* cumplirá con principio del debido proceso; siempre y cuando se le dé a la demandada una oportunidad razonable para pedir el levantamiento de la medida en cuestión dentro de un periodo de tiempo razonablemente corto una vez otorgada la medida de emergencia ya sea frente al árbitro de emergencia o frente al tribunal arbitral.¹⁴⁷

çII. El uso de las Medidas de Urgencia en el Contexto de la Compraventa Internacional

Desde su entrada en vigor, varios autores han contribuido a la diseminación y a la comprensión de la figura del árbitro de emergencia y, en particular, han explorado situaciones específicas¹⁴⁸ o industrias¹⁴⁹ en donde se espera que las medidas de urgencia sean útiles. En los párrafos siguientes, el autor intenta contribuir a este debate con un escenario específico en donde los árbitros de emergencia podrán agregar un valor importante al proceso del arbitraje en el contexto de las disputas sobre compraventa internacional.

El caso hipotético incluye un comprador que se rehúsa a hacer el pago del precio acordado o que pretende cobrar una garantía bancaria provista por el vendedor basándose en la supuesta entrega de bienes no conformes bajo la ley aplicable o el contrato. El comprador ha notificado la supuesta inconformidad pero no ha examinado los bienes o al menos el vendedor considera que el examen llevado a cabo por el comprador no fue adecuado conforme a derecho. Las acusaciones de inconformidad carecen de evidencia fáctica desde la perspectiva del vendedor. En tal escenario, el vendedor estará interesado en hacer que el comprador o un tercero examinen los bienes lo antes posible y de acuerdo con un método apropiado. La obligación del comprador de examinar los bienes está estipulada en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980 (CISG)¹⁵⁰ y muchas otros dere-

146 El Art. 9.7 Reglamento LCIA 2014 confirma la posibilidad de otorgar medidas *ex parte* estableciendo que el “Emergency Arbitrator may conduct the emergency proceedings in any manner determined by the Emergency Arbitrator to be appropriate in the circumstances, taking account of the nature of such emergency proceedings, the need to afford to each party, **if possible**, an opportunity to be consulted on the claim for emergency relief [énfasis añadido]”

147 Aceptando esta postura a pesar del hecho de que el Art. 5(2) Apéndice V Reglamento ICC 2012 requiere expresamente que el árbitro de emergencia se asegure de dar a cada parte una oportunidad razonable de ser oído en la solicitud, véase Fry, Greenberg, y Mazza, *The Secretariat's Guide to Icc Arbitration* pág. 298.: “While no expressly mentioned in the Rules, it is conceivable that the emergency arbitrator might issue an initial order (e.g. freezing order or an order otherwise maintaining the status quo) before the responding party has filed its response. Depending on the circumstances, granting the responding party an opportunity to comment after the initial order has been rendered might still be considered as reasonable within the meaning of Article 5(2) of Appendix V”.

148 Aschauer, 'Use of the Icc Emergency Arbitrator to Protect the Arbitral Proceedings'.

149 Barrington, 'Emergency Arbitrators: Can They Be Useful to the Construction Industry?'.

150 Art. 38 CISG. Esta Convención ha sido firmada y ratificada por más de 80 países. Véase el estatus de los Estados Contratantes en www.uncitral.org

chos internos.¹⁵¹ No obstante que la obligación de examinar los bienes es considerada bajo la mayoría de las leyes como un deber que no es accionable pues su falta no resulta en responsabilidad por daños (sino que en cambio supone la pérdida de las acciones legales para el comprador),¹⁵² cumplir con dicha obligación es del interés de las dos partes y conforme con la necesidad de promover la observancia de la buena fe en el comercio internacional.¹⁵³ La obligación de examinar los bienes, y de notificar cualquier inconformidad descubierta después de un examen adecuado, tiene por objeto el colocar al vendedor en una posición en la cual podría, de ser posible, reparar la falta de conformidad mediante, por ejemplo, la entrega de bienes faltantes o bienes sustitutos, reparación, o reducir la pérdida del comprador y su propia pérdida de otra manera.¹⁵⁴ El examen adecuado de las mercaderías que deber realizar el comprador (y la notificación de cualquier inconformidad de los mismos) está pensado también para darle al vendedor la oportunidad de preparar cualquier negociación o litigio con el comprador en relación con la falta de conformidad y para permitir al vendedor tomar las medidas necesarias al respecto, por ejemplo, asegurando evidencia.¹⁵⁵ Asimismo, el vendedor podría verse obligado a preparar una demanda contra su propio proveedor, lo cual sería idóneo una vez teniendo el resultado del examen de los bienes en sus manos.

Si dicho contrato de compraventa internacional contuviera un acuerdo arbitral bajo los reglamentos de arbitraje aquí comentados, el vendedor en nuestro caso hipotético podría promover una solicitud de medidas de urgencia para conseguir su objetivo. El árbitro de emergencia podría entonces decidir si otorgar la medida de emergencia por medio de una orden al comprador de examinar los bienes en disputa. El solicitante podría pedir al árbitro de emergencia que ordene al comprador examinar, o hacer que un tercero examine, los bienes dentro de un plazo establecido por el árbitro de emergencia. Este último podría también ordenar el examen de los bienes bajo un método específico que considere apropiado para proteger los intereses del vendedor, *i.e.* estableciendo los bienes o muestras de bienes a ser examinados, concediendo un permiso para manipular los bienes o realizar pruebas al azar.

De cumplir el solicitante los requisitos de forma (véase Parte IV arriba), el árbitro de emergencia procederá a determinar si los requisitos sustantivos bajo los estándares mencionados son reunidos (véase Parte V arriba). En lo que a su jurisdicción respecta, el árbitro de emergencia revisará la existencia *prima facie* de un acuerdo de arbitraje bajo alguno de los reglamentos institucionales mencionados con anterioridad. El requisito de apariencia de buen derecho sobre el fondo no es realmente relevante en este caso. El árbitro

151 Pascal Hachem, Ingeborg Schwenzer, Christopher Kee, *Global Sales and Contract Law* (London: OUP, 2011) págs. 428-30; Christiana Fountoulakis, Ingeborg Schwenzer, Mariel Dimsey, *International Sales Law, a Guide to the Ciscg* (Hart Publishing, 2012) 842 págs. 294-96.

152 Ingeborg Schwenzer, 'Article 74', en Ingeborg Schwenzer (ed.), *Schlechtriem & Schwenzer: Commentary on the Un Convention on the International Sale of Goods* (London: OUP, 2010a), 1028 pág. 1003; Ingeborg Schwenzer, *Global Sales and Contract Law* pág. 440-42.

153 Como es establecido en el Art. 7(1) CISG.

154 Schwenzer, 'Article 38', pág. 609.(Ed.)

155 Ibid.

de emergencia no valorará el fondo, *i.e.* si los bienes se encuentran conformes o no, sino que ordenará al comprador cumplir con el deber legal de examinar los bienes, mitigar daños o conducirse con buena fe.

En relación al requisito de urgencia y la necesidad de impedir o prevenir un daño sustancial, el alto estándar podría actualizarse si los bienes son perecederos o sujetos a fluctuaciones en el precio del mercado. En cuyo caso, una medida de urgencia ordenando el examen de los bienes dentro de un plazo corto que sea factible en las circunstancias debería estimarse necesario. La urgencia también será establecida y la emisión de la medida también será apropiada cuando su propósito sea preservar evidencia sobre la calidad de los bienes o su condición en los días siguientes a su entrega al comprador.

Respecto al principio de proporcionalidad, parece más probable que el derecho y el interés del vendedor de saber si los bienes están conforme al contrato durante el tiempo relevante sobrepasan los costos en los que el comprador pudiera incurrir en cumplimiento de una orden de un árbitro de emergencia de examinar los bienes.

§III. **Conclusión**

La adopción de reglas sobre medidas de urgencia intenta mejorar el funcionamiento y los beneficios prácticos de los reglamentos institucionales de arbitraje. Las disposiciones sobre medidas de urgencia están pensadas para responder a la demanda de las partes de tener la opción de evitar recurrir a los tribunales estatales con solicitudes de medidas provisionales antes de la constitución del tribunal arbitral. Estas disposiciones implican que la concurrencia en la jurisdicción entre árbitros y jueces estatales para dictar medidas cautelares ya no tiene restricciones de tiempo. Las partes pueden solicitar medidas provisionales de los árbitros de emergencia o de los tribunales estatales hasta que el tribunal arbitral esté constituido.

Una decisión del árbitro de emergencia tiene la misma naturaleza provisional que una decisión sobre medidas cautelares hecha por un tribunal arbitral. Los árbitros de emergencia están facultados para otorgar cualesquiera medidas provisionales que un tribunal arbitral estaría facultado para otorgar. En pocos años, la jurisprudencia internacional muestra que los árbitros de emergencia son abordados para considerar (pero con perspectiva distinta) el mismo tipo de solicitudes de medidas promovidas ante tribunales arbitrales.

Los árbitros han sujetado el otorgamiento de medidas cautelares a los mismos requisitos sustantivos que se aplican de manera amplia en procedimientos ante tribunales del estado en la mayoría de las jurisdicciones, *i.e.* existencia de jurisdicción, apariencia de buen derecho sobre el fondo, daño sustancial o riesgo del mismo, urgencia y proporcionalidad (*balance of convenience*). Estos requisitos son igualmente considerados por los árbitros de emergencia. No obstante, su aplicación por un árbitro de emergencia pudiera ser diferente que la aplicación de estos mismos requisitos por un tribunal arbitral. En particular, en relación con el estándar exigido para reunir cada requisito. Por ejemplo, el estándar de apariencia de buen derecho pudiera ser, en la mayoría de los casos, intrínsecamente menor en una solicitud de medidas de urgencia ante un

árbitro de emergencia que en una solicitud frente a un tribunal arbitral.

En contraste, el estándar de la urgencia requerida para poder admitir una medida provisional de urgencia es intrínsecamente mayor frente a un árbitro de emergencia. Por último, el principio de proporcionalidad, podrá ayudar al árbitro de emergencia a bajar el alto estándar requerido para demostrar urgencia de impedir o prevenir daño irreparable, en algunas circunstancias.

Por último, los árbitros de emergencia deberán tener el poder de otorgar medidas de urgencia *ex parte*; no solamente en instancias en donde el acuerdo de las partes les confiera ese poder, sino como un poder general de dictar cualquier tipo de medida que se estime necesaria o apropiada bajo las circunstancias, salvo que la *lex arbitri* o el acuerdo de las partes establezcan lo contrario.

BIBLIOGRAFÍA

- ICC (2005), 'ICC Case No. 8307 (place of arbitration: Geneva)', in Emmanuel Gaillard (ed.), *Anti-Suit Injunctions in International Arbitration* (IAI), 372.
- Aschauer, Christian (2012), 'Use of the ICC Emergency Arbitrator to Protect the Arbitral Proceedings', *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, 23 (2), 7.
- Barrington, Louise (2012), 'Emergency arbitrators: can they be useful to the construction industry?', *Construction Law International*, 7 (2), 7.
- Benedettelli, Massimo (2013), 'Interim Measures Between Party Autonomy and State Powers', *Interim Measures Between Party Autonomy and State Powers* (New York University School of Law).
- Born, Gary B. (2014), *International Commercial Arbitration*, 3 vols. (1; The Hague: Kluwer Law International).
- Bose, Raja and Meredith, Ian (2012), 'Emergency Arbitration Procedures: A Comparative Analysis', *International Arbitration Law Review*, (5), 9.
- Brown, Chester (2013), 'The Enforcement of Interim Measures Ordered by Tribunals and Emergency Arbitrators in International Arbitration', in Albert Jan van den Berg (ed.), *International Arbitration: The Coming of a New Age?* (17; The Hague: ICCA Congress Series).
- Carlevaris, Andrea (2013), 'Pre-Arbitral Interim Relief: Different Models and the ICC Experience', *Interim Relief: What, Why, When, How?* (New York University School of Law).
- DiPietro, Dominico (2013), 'Interim Measures in International Arbitration: Practical Approaches', *Interim Relief: What, Why, When, How?* (New York University School of Law).
- Fry, Jason, Greenberg, Simon, and Mazza, Francesca (2012), *The Secretariat's Guide to ICC Arbitration* (Paris: International Chamber of Commerce).
- Habegger, Philipp (2012), 'The Revised Swiss Rules of International Arbitration – An Overview of the

Major Changes', *ASA Bulletin*, 30 (2), 47.

- Hirth, René-Alexander (2013), 'Chapter IX: SIAC Rules', in Rodolf A. Schütze (ed.), *Institutional Arbitration - Article-by-Article Commentary* (1st edn.; München: C.H. Beck . Hart . Nomos).
- Ingeborg Schwenzer, Christiana Fountoulakis, Mariel Dimsey (2012), *International Sales Law, A Guide to the CISG* (Hart Publishing) 842.
- Ingeborg Schwenzer, Pascal Hachem, Christopher Kee (2011), *Global Sales and Contract Law* (London: OUP).
- Lundstedt, Johan (2014), 'SCC Practice: Emergency Arbitrator Decisions', 26.
- Molfa, Ferdinando Emanuele & Milo (2014), 'Chapter VII. Interim measures', in Ferdinando Emanuele & Milo Molfa (ed.), *Selected Issues in International Arbitration: The Italian Perspective* (Cleary Gottlieb Steen & Hamilton LLP: Thomson Reuters).
- Montmollin, Didier de (1994), 'Les mesures provisionnelles et conservatoires dans l'arbitrage', *ASA Bulletin*, 12 (112 1).
- Öhrström, Marie (2013), 'Chapter XII: SCC Rules', in Rodolf A. Schütze (ed.), *Institutional Arbitration - Article-by-Article Commentary* (1st edn.; München: C.H. Beck . Hart . Nomos).
- Oural, Miguel and Muñoz, Edgardo (2013), 'The 2012 Swiss Rules of International Arbitration – More Efficiency and Effectiveness of Arbitration Proceedings', *Latin American Journal of International Trade Law*, 1 (1), 15.
- Poudret, Jean Francois and Besson, Sebastien (2007), *Comparative Law of International Arbitration* (2nd edn.: Thomson).
- Respondek, Andreas (2014), 'Five Proposals to Further Increase the Efficiency of International Arbitration Proceedings', *Journal of International Arbitration*, 31 (4), 7.
- Scherer, Matthias and Jahnel, Werner (2009), 'Anti-suit and Anti-arbitration Injunctions in International Arbitration: A Swiss Perspective', *International Arbitration Law Review*, 12 (4), 7.
- Schwenzer, Ingeborg (2010a), 'Article 74', in Ingeborg Schwenzer (ed.), *Schlechtriem & Schwenzer: Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods* (London: OUP), 1028.
- --- (2010b), 'Article 38', in Ingeborg Schwenzer (ed.), *Schlechtriem & Schwenzer: Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods* (London: OUP), 1028.
- Waincymer, Jeff (2012), *Procedure and Evidence in International Arbitration* (The Hague: Kluwer Law International).
- Webster, Thomas and Buhler, Michael (2014), *Handbook of ICC Arbitration* (3rd edn.; London: Sweet & Maxwell) 974.
- White and Case (2012), *2012 International Arbitration Survey: Current and Preferred Practices in the*

Arbitral Process (London: Queen Mary University).

- Yesilirmak, Ali (2005), *Provisional Measures in International Commercial Arbitration* (1st edn., International Arbitration Law Library Series Set; The Hague: Kluwer Law International).

Francisco González de Cossío¹

González de Cossío Abogados, S.C.

Presidente de la Comisión de Competencia Económica ICC México

La contumacia en arbitraje suscita dilemas interesantes. A continuación comparto reflexiones suscitadas por una trilogía de casos en los que ocurrió y donde fungí como árbitro (en dos como árbitro único).

A. Yerro infrecuente

Lo primero a hacer notar es que la rebeldía es infrecuente. Ello posiblemente se explique porque la ausencia de voluntad implícita en la rebeldía suele ser contraria a la naturaleza voluntaria del arbitraje.

Otro motivo puede ser las consecuencias: estratégicamente, no hay nada peor que faltar al deber de participar en un proceso. Se pierde la oportunidad de contribuir a la formación de opinión del juzgador. Ello incrementa la posibilidad de un fallo en contra o de error. En contra pues se desconocerá la versión de los hechos de una de las partes. De error por el simple hecho que errare humanum est. Y siendo que los recursos disponibles para atacar un fallo incorrecto son de poca efectividad dada la finalidad del arbitraje, las partes deben —y suelen— pensar dos veces antes de adoptar la postura procesal de contumacia.

Pero cualquiera que sea el motivo, la experiencia enseña que la rebeldía ocurre – lo cual justifica tener en mente ciertas precauciones.

B. Carga de la prueba

La sola rebeldía de una de las partes no exime a las partes de cumplir con su carga de la prueba. La aseveración corta de ambos lados: actor incumbit probatio no sólo significa que el demandante debe presentar todos los elementos de su acción, sino también que el demandado tiene la carga de la prueba de presentar sus objeciones, defensas y excepciones.

El corolario de lo anterior es que la ausencia de una de las partes no implica per se que el laudo automáticamente será a favor de la parte que sí comparece. Pero tampoco significa que la parte que no comparece merecerá trato especial. Después de todo, habrá incumplido su deber de litigar de buena fe – incluyendo el deber de cumplir con el efecto positivo del acuerdo arbitral: arbitrar.

Aceptado lo anterior, surge un dilema delicado e interesante cuando, ante la rebeldía de la demandada, la pretensión del actor es imperfecta. Por ejemplo:

¹ Árbitro. Observaciones bienvenidas a fgcossio@gdca.com.mx.

- Si no se observa el calendario procesal (v.gr., no se presenta un escrito).
- No se presentan argumentos apropiados o exhaustivos.
- Las pruebas ofrecidas son cuestionables, o discutibles en su sentido probatorio.

Entre otros. La flaqueza de un actor puede ostentar varias caras. Pero la constante que deseo permear es ¿quid iuris? ¿Cómo se conjuga ello ante la postura procesal adoptada por la parte que decidió no comparecer?

Diferentes mentes toman posturas distintas ante dicho escenario. Mientras que algunos consideran que existe un mínimo que el actor debe satisfacer para que su acción prospere, otros consideran que lo que procede es comparar la acción con la excepción, y decidir con base en el expediente a quién asiste el Derecho. Algo así como un análisis de balanceo. Lo que pese más ganará – una aproximación consistente con el estándar probatorio estadounidense: “preponderance of the evidence”. Si el éxito en un caso debe ir a quien ha presentado el caso en forma “preponderante”, el que exista un yerro en la acción no le resta preponderancia cuando cotejado con la negativa tabula rasa del contumaz.

Esta visión ha atraído crítica: hay quien considera que desdice el principio que la sola ausencia de una parte no es suficiente para que prospere la otra. Pero a su vez esta crítica no carece de detractores. Hay quien considera que tomar la postura contraria sería ‘hacerle la tarea’ a la parte que faltó al deber de apersonarse en el proceso.

Y de entre las posturas presentadas, existen variantes. Desde quienes consideran que no existe una regla para manejar el dilema (por lo que el árbitro debe ejercer discernimiento caso por caso), hasta quienes admiten matices atendiendo a la gravedad del yerro visible en la pretensión. (No será lo mismo ser omiso en un elemento nuclear de la acción, que en un aspecto secundario.)

Cualquiera que sea la postura que tome el lector, le pregunto: ¿es distinta su respuesta cuando la cuestión a decidir versa sobre fondo que sobre jurisdicción?

C. Retos

El impacto en el proceso de la rebeldía de una de las partes puede ser serio. Puede complicar, a veces desequilibrar. Lo que no puede hacer es restar.

Complica el proceso de toma de decisión pues ex hypothesi falta una de las versiones de lo acontecido, lo cual hace nacer la preocupación en la mente de todo juzgador imparcial de tomar una decisión incorrecta por el simple hecho que se le ha privado de toda la información que podría ser relevante.

Puede desequilibrar pues la presentación por una parte de su visión (incluyendo argumentos y pruebas, con el giro deseado) sin que exista la versión de la otra parte es no solo subóptimo, sino que va en sentido contrario a lo que se prefiere que sea un proceso ‘debido’.

Sin embargo, lo que no debe hacer es restar validez al proceso. Por ese solo motivo, el proceso no deja de ser un “proceso”. Un acto jurídico cuyo resultado vincula, con efectos jurídicos, haciendo nacer o extinguir derechos u obligaciones en el patrimonio de las partes involucradas en el mismo. Para que ello ocurriera, tendría que caerse en algunos de los pecados capitales contenidos en los artículos 1457 y 1462 del Código de Comercio. Mientras ello no ocurra, per se, la contumacia no resta efectos al acto jurídico procesal.

Pero además, existe un motivo importante para no cuestionar la validez del proceso (o su resultado) por virtud de la contumacia: hacerlo pondría en bandeja de plata a toda parte recalcitrante una táctica efectiva para librarse del cumplimiento de obligaciones – algo lamentable desde la perspectiva de Estado de Derecho.

D. Precauciones

Propongo las siguientes precauciones dirigidas al árbitro y al juez que ventile la validez del laudo (sea en juicio de nulidad o en ejecución).

1. Al árbitro: ante el reto propiciado por un proceso en rebeldía, el árbitro no debe perder de vista su objetivo: emitir un laudo válido y ejecutable. Para ello, el árbitro debe usar su arsenal de facultades en forma cauta, pero asertiva. Sus facultades no varían ante la contumacia: el árbitro no se reduce —pero tampoco se crece— en sus facultades cuando ante un proceso contumaz.

Siendo que falta la versión de una de las partes, es natural que el árbitro desee indagar con miras a procurar decidir bien. Aunque conforme al derecho arbitral el árbitro tiene facultades para indagar, al hacerlo debe proceder con cautela. Debe procurar no suplir la deficiencia de una de las partes. ¿Cuál? ¡La que sea! Ambas partes siguen vinculadas por el deber de sustanciar sus acciones y excepciones. Si una falta, siguiendo las normas de la carga de la prueba, su acción o excepción sufrirá.

2. Al juzgador: El estándar contenido en los artículos 1457(l)(b) y 1462(l)(b), in fine, del Código de Comercio no varía cuando ante contumacia.² Los alcances de la oportunidad para hacer valer derechos no mudan por la rebeldía de una parte. La obligación contenida en el artículo 1434 del Código de Comercio de dar oportunidad de hacer valer sus derechos se satisface con dar una oportunidad. Dada la oportunidad, si

² Así como artículo V(1)(b) de la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958 y Artículo 5(1)(b) de la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional.

no es aprovechada por una parte, el derecho procesal caduca.³ Y ello no le resta validez al proceso y fallo que éste arroje.

Me interesará conocer la opinión de colegas expertos.

3 Que encuentra su símil arbitral en el artículo 1420 del Código de Comercio.

Orlando F. Cabrera Colorado¹
Abogado de la firma Ibáñez Parkman

La solución de controversias es un aspecto fundamental de los contratos de construcción y en particular de los contratos llave en mano, en especial por la complejidad de los proyectos así como su prolongada duración en la cual puede haber cambios económicos y políticos. Por esta razón, es deseable resolver cualquier controversia de forma pronta, efectiva y adecuada. Es claro que en los contratos internacionales por lo general existe una preferencia obvia por el arbitraje como medio de solución de controversias. En igual forma, el arbitraje se convierte como un mecanismo, aún más deseable cuando la contraparte del contratista es un Estado. Asimismo, es frecuente encontrar en este tipo de contratos medios alternativos de solución de controversias, a través de cláusulas escalonadas que van de la negociación, pasando por uno o dos medios alternativos, hasta llegar a los medios jurisdiccionales o el arbitraje.

Los mecanismos alternativos de solución de controversias se presentan como una necesidad cuando se advierte que el proyecto debe ser ejecutado dentro de un plazo y conforme a un presupuesto, por lo cual será vital que los litigios se resuelvan de forma rápida y tomando en consideración las peculiaridades del caso. Entre los procedimientos alternativos no jurisdiccionales más utilizados en los contratos de construcción encontramos: el peritaje, los *Dispute Boards*, la conciliación y la mediación, mismos que trataremos brevemente.

A. Conciliación y mediación

La mediación es un procedimiento flexible para solución de controversias en el que un tercero llamado mediador asiste a las partes para alcanzar un acuerdo voluntario y negociado de sus diferencias. Las partes tienen el control final de su decisión para transigir los términos de la solución. El mediador utiliza una variedad de herramientas y técnicas para que las partes alcancen un acuerdo, pero no tiene facultades para tomar una decisión, las partes serán quienes finalmente decidan. Por lo general la mediación es confidencial.²

La conciliación con frecuencia se entiende como una especie de mediación donde un tercero neutral llamado conciliador intenta avenir a las partes, inclusive aportándoles alternativas de solución. Al igual que en la mediación el conciliador no impone las soluciones, sólo asiste a las partes y en su caso, propone solu-

¹ Abogado de la firma Ibáñez Parkman, se graduó de la Universidad de las Américas Puebla con la distinción *magna cum laude* y complementó sus estudios en la Université de Montréal. Comentarios a: ocabrera@iparkman.com.

² Lukasz Rozdeiczer y Alejandro Álvarez de la Campa, *Alternative Dispute Resolution Manual: Implementing Commercial Mediation*, The World Bank Group, USA, 2006, p. 16.

ciones. Tanto en la mediación como en la conciliación, la solución surge de la voluntad de las partes y basta que una de ellas no quiera asistir al proceso o continuar con él para que se dé por terminado el procedimiento.³ Con frecuencia estos contratos remiten a ciertos reglamentos como la UNCITRAL, la CCI y la AAA.

En México, la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con los Mismos (Ley de Obras) prevé la solución de controversias a través de los procedimientos de conciliación administrados por la Secretaría de la Función Pública.⁴ Estos procedimientos se ven favorecidos ante cualquier conciliación privada, por la posibilidad que tiene las partes de solicitar a la Unidad de Normatividad de dicha Secretaría que emita interpretaciones respecto de la Ley.⁵ Este tipo de resoluciones brinda mayor certidumbre sobre la actuación y decisión de las partes.

B. Peritaje

A través del peritaje o determinación por experto neutral las partes acuerdan someter sus diferencias, en principio de carácter técnico, a la opinión cualificada, aunque no siempre vinculante, de un perito. El hecho que la mayor parte de los contratos internacionales de construcción enfrentan dificultades del orden técnico, justifica el papel que desempeña el peritaje. Además, el peritaje ofrece una solución rápida por un experto en la materia.⁶ Existen ciertos reglamentos como los del CAIC,⁷ y FIDIC,⁸ especializados en construcción.

Conforme al Reglamento de Peritaje de la CCI⁹ existen tres modalidades distintas de sometimiento a este procedimiento. Así puede ser (i) facultativo donde las partes pueden optar por resolver sus controversias por esta vía; (ii) obligatorio cuando las partes acuerdan someter sus disputas al peritaje, pudiendo o no tener efecto vinculante las decisiones del perito y (iii) sometimiento al peritaje seguido de arbitraje en caso de ser necesario.¹⁰ El peritaje también es requerido durante un procedimiento de conciliación, mediación, arbitral o judicial para el auxilio y resolución de puntos técnicos, aunque dentro de un procedimiento arbitral

3 Al parecer el término conciliación parece más familiar a las jurisdicciones de derecho civil y el vocablo mediación a aquéllas de *common law*. Cecilia Azar Manzur, "Conciliación" y "Mediación", en Flores Rueda, Cecilia, (ed.), *Diccionario Enciclopédico de Arbitraje Comercial*, México, Themis, 2010, pp. 101-102 y 194-195 Dependiendo del país, los términos a veces se utilizan como sinónimos.

4 Artículos 95-97.

5 Artículo 8.

6 Hernández Rodríguez, Aurora, *Los contratos internacionales de construcción "Llave en Mano"*, Granada, Comares, 1999, p. 227.

7 Reglamento de Peritaje del Centro de Arbitraje de la Industria de la Construcción.

8 Conditions of Contract for Works of Civil Engineering Construction, Red Book. Las funciones que desempeña este ingeniero – perito, son muy criticadas por la dudosa imparcialidad del ingeniero que es previamente contratado por el cliente, quien a su vez paga sus servicios; igualmente, se puede utilizar como una táctica dilatoria cuando alguna de las partes no tiene intención de atacar la decisión del ingeniero. Rodríguez Hernández, Aurora, *op. cit.*, nota 4, pp. 243-245.

9 Reglamento de Peritaje de la Cámara de Comercio Internacional vigente a partir del 1 de enero de 2003.

10 Medrano Colomé, Marcela, "Peritaje", en Flores Rueda, Cecilia (ed.), *op. cit.*, nota 123, p. 233.

o judicial, el peritaje será más un medio de prueba que permita resolver el conflicto.

X. **Comités de solución de controversias (Dispute Boards)**

Otra modalidad del peritaje técnico se encuentra en los Comités de solución de controversias (*Dispute Boards*).¹¹ Si bien existen diferencias entre los comités, Aurora Hernández identifica ciertos puntos en común. Por regla general se integran por tres miembros y en condiciones excepcionales por uno solo, quienes deben ser personas cualificadas e independientes cuyos honorarios se pagan por partes iguales. Pueden constituirse desde la celebración del contrato y hasta antes que se ejecute la obra pues su principal meta es presenciar la ejecución del proyecto. Su actuar en la resolución de controversias es de peritos, no de árbitros. En igual forma deberán asesorar y aconsejar a las partes en su solicitud. También, deben realizar visitas y mantener reuniones en el sitio.¹² Será conveniente que desde la licitación se anuncie la existencia del comité para que los licitantes presenten sus ofertas considerando estos costos y pueda constituirse el *Dispute Board* a la brevedad posible a fin de tener inmediato conocimiento del proyecto.

Δ. **Arbitraje**

En este tipo de contratos existe una preferencia clara por el arbitraje frente al litigio, como medio de solución de controversias, en particular por sus ventajas: i) la posibilidad de elegir a los árbitros, neutrales, especializados y no sujetos a la jurisdicción de un Estado; y ii) la posibilidad de ejecutar un laudo arbitral en diversas jurisdicciones debido a diversos tratados internacionales.

La presencia de limitaciones al arbitraje con entes públicos es frecuente en diversas jurisdicciones como Colombia, Francia, México, Perú, Venezuela también presentan restricciones derivadas de la influencia de la doctrina del contrato administrativo inserto en esos respectivos órdenes jurídicos. Por ejemplo, Francia sólo permite el arbitraje cuando sea celebrado el contrato con efectos para el comercio internacional.¹³ En México, la Ley de Obras en su artículo 98 contiene disposiciones muy desfavorables al arbitraje ya que excluye del mismo la rescisión administrativa y la terminación anticipada.

Por lo general al establecer una cláusula escalonada, se requiere que se agoten otros procedimientos antes del arbitraje. No obstante, se puede recurrir directamente al arbitraje cuando existe una renuncia expresa o implícita de las partes al mecanismo anterior previsto en el contrato.

11 También conocidos como *Dispute Adjudication Board* por el libro naranja de FIDIC y por el *Standard Bidding Documents for Procurement of Works* del Banco Mundial.

12 Hernández Rodríguez, Aurora, *op. cit.*, nota 1, pp. 255-259.

13 Audit, Mathias, *Contrats publics et arbitrage international*, Bruylant, 2011.

Las reclamaciones en materia de construcción involucran una gran cantidad de documentos que va desde planos, comunicaciones, bitácoras, informes, etc. Cabe señalar que dadas las peculiaridades de las controversias en materia de construcción se han desarrollado diversos reglamentos especializados, para atender este tipo de asuntos encontramos lo siguiente: *Construction Industry Arbitration Rules and Mediation Procedures (Including Procedures for Large, Complex Construction Disputes)*,¹⁴ *Institution of Civil Engineers (ICE) Arbitration Procedure*,¹⁵ y el Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje de la Industria de la Construcción (CAIC).¹⁶ Sin embargo, con frecuencia las partes de estos contratos pactan los reglamentos tradicionales de la CCI, la LCIA o inclusive las reglas de UNCITRAL.

Con frecuencia ante la falta de resolución de un conflicto, las partes pueden requerir de una medida cautelar, que puede ser para proteger las obras, impedir la ejecución abusiva de una garantía o incluso ordenar un pago. La CCI consciente de estas necesidades ha desarrollado en su Reglamento la figura de árbitro de emergencia, que es un tercero imparcial para la determinación de diversas medidas cautelares antes del inicio del arbitraje. El árbitro de emergencia resuelve en una orden, misma que no es vinculante para el tribunal arbitral, quien podrá modificar, dejar sin efecto o anular la orden.¹⁷

El árbitro de emergencia es designado por el Presidente de la Corte en el menor tiempo posible. El árbitro de emergencia tiene como única misión decretar o no la providencia solicitada, debe permanecer parcial e independiente de las partes y no puede ser designado para analizar el fondo del asunto.¹⁸

E. La reconfiguración de la Refinería Lázaro Cárdenas

Uno de los reclamos más recientes de la historia de México ha sido el Proyecto de Reconfiguración de la Refinería “Lázaro Cárdenas” en Minatitlán, Veracruz que se resolvió a través de una conciliación ante la Secretaría de la Función Pública. Para la realización de este Proyecto se contrató un paquete de construcción y cinco paquetes de ingeniería, procura y construcción (IPC), cuatro en la modalidad de condiciones de pago a precio alzado, uno mixto y uno a precios unitarios. Se incluyó también, la construcción de un hidrogenoducto

14 Reglas modificadas y en vigor desde el 1 de octubre de 2009. Consulta del 20 de mayo de 2013. Disponibles en internet en http://www.adr.org/aaa/ShowPDF?url=/cs/groups/construction/documents/document/dgdf/mda0/~edisp/adrstg_004243.pdf

15 Revisadas al 30 de abril de 2012. Consulta del 20 de mayo de 2013. Disponibles en <http://www.ice.org.uk/getattachment/ef34a67c-3fc5-4cf5-85a8-4db4db838637/ICE-Arbitration-Procedure.aspx>.

16 En los artículos 80 a 84 del Reglamento de Arbitraje se prevén un procedimiento para atender arbitrajes complejos que involucren controversias técnicas, distintas a cuestiones jurídicas. Previo a la audiencia el tribunal arbitral y/o las partes elaborarán un documento en el que plasmará las cuestiones técnicas relacionadas con la controversia. En igual medida se prevé el Retiro y deliberación previa a la audiencia (*Reed Retreat*). Una vez concluida la audiencia el tribunal circulará una lista de cuestiones en las que desea que las partes enfoquen sus alegatos.

17 Artículo 29 del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional vigente a partir del 1° de enero de 2012.

18 Artículos 2 y 4, del Apéndice V – Reglas de Árbitro de Emergencia del Reglamento de Arbitraje de la CCI.

(HD) en la modalidad de precios mixtos.¹⁹

Estos “paquetes” son ejemplos de contratos llave en mano. Los IPC 2 y 5 se describen como: “*Obras y servicios para el desarrollo de la ingeniería de detalle, procura de equipo y materiales de construcción, pruebas, capacitación, preparativos de arranque, arranque y pruebas de comportamiento y entrega de la documentación de la Planta...*” De forma muy similar se describen los IPC 3 y 4 así como el HD.

Durante la ejecución del Proyecto se presentaron acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, en particular debidos a la crisis hipotecaria *subprime* de los Estados Unidos que generó una crisis internacional en el sector financiero y de la construcción. Estos acontecimientos imprevisibles incrementaron los precios de los insumos y derivaron en una mayor permanencia en el sitio de la obra.²⁰ Además estos acontecimientos estuvieron fuera del alcance de las partes y no fueron imputables a ellas.

Dado que estos contratos son de tracto sucesivo, es decir, no se agotan de forma inmediata, sino se ejecutan de forma sucesiva, periódica o diferida, fue posible conforme al artículo 59 de la Ley de Obras reconocer incrementos ante estas circunstancias económicas de tipo general ajenas a la responsabilidad de las partes.²¹

A finales de 2005 los contratistas solicitaron a Pemex Refinación el reconocimiento de circunstancias imprevisibles en el mercado de la refinación que ocasionó un alza en los precios de los equipos y materiales de instalación. Después de un análisis, la Secretaría de la Función Pública publicó en 2007 los lineamientos para la revisión y justificación del cobre, aluminio y acero.²²

Durante las audiencias de conciliación (i) se designó a ISA Ingeniería como perito para que emitiera su opinión sobre puntos pendientes y conciliara posturas entre Pemex Refinación y ciertos contratistas; (ii) se acordó la devolución y suspensión de las penas convencionales por atrasos realizados en ciertos contratos. Con la metodología acordada entre las partes y aprobada por la Secretaría se celebraron convenios conciliatorios finales.

19 PEMEX Refinación, *Reconfiguración de la Refinería Lázaro Cárdenas en Minatitlán Veracruz*, México, 2012, p. 6. Consulta del 28 de abril de 2013. Disponible en: <http://www.pemex.com/files/content/REF01.pdf>.

20 *Ibid.* Lo anterior fue confirmado por la Secretaría de la Función Pública mediante oficio UNCP/309/AC/0384/2010.

21 *Ibidem.* p. 30.

22 Acuerdo que establece los Lineamientos para efectuar la revisión y ajuste del precio del cobre, aluminio y acero en los contratos formalizados al amparo de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 8 de enero de 2007. Disponible en http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=4945042&fecha=08/01/2007

En el año 2010, durante la ejecución de los trabajos, ciertos contratistas presentaron reclamos para el reconocimiento y pago de la pérdida económica originada por la paridad cambiaria, afectaciones sufridas por prórrogas a la fecha de terminación y aumento de los trabajadores del Sindicato de Trabajadores Petrolero de la República Mexicana. De nueva cuenta Pemex Refinación solicitó una conciliación. Gracias a este procedimiento y diversas consultas formuladas ante la Secretaría se solucionaron estos reclamos a través de (i) la designación de un perito para la evaluación de los conceptos objeto de los reclamos y para que emitiera dictámenes parciales hasta la determinación de su dictamen final. Para ello contó con las órdenes de cambio solicitadas por Pemex Refinación a las contratistas, (ii) la posibilidad de celebrar convenios parciales de pago con el objeto de disponer recursos para continuar los trabajos, (iii) la facultad normativa para que Pemex Refinación celebrara con las contratistas convenios generales y específicos para la entrega-recepción de sus trabajos concluidos y Pemex tuviera dominio pleno de la operación de las obras y equipos.²³

El anterior procedimiento nos permite ilustrar la eficiencia que tienen los medios alternativos de solución de controversias como la conciliación y el peritaje incluso frente al arbitraje, en particular por los tiempos y el costo que implica este último.

Φ. Comentario Final

Dependiendo la complejidad de un contrato de construcción será necesario poner atención e introducir los mecanismos más adecuados que permitan resolver controversias eficientemente y en el menor tiempo posible. La decisión de un perito con carácter vinculante puede ser una opción ideal para ayudar a disminuir los tiempos, así como los costos. Lograr un acuerdo en la conciliación igualmente puede ser muy provechoso, pero si esto no es posible, el arbitraje será un mecanismo eficiente que permita lograr poner fin a las disputas. Ciertamente por la sofisticación de estos proyectos se desaconseja recurrir al litigio en proyectos de naturaleza privada. No obstante, las limitaciones que contiene la Ley de Obras en cuanto a la inarbitrabilidad de la rescisión administrativa y terminación anticipada en los contratos públicos es un detractor del arbitraje.

23 Pemex Refinación, *op. cit.*, nota 137, pp. 22-36.

Sobre la International Chamber of Commerce (ICC)

La ICC es la organización mundial de las empresas cuya misión es fomentar la apertura del comercio y la inversión internacional, así como ayudar a las empresas a enfrentarse a los retos y las oportunidades que surgen con la globalización.

Con intereses que abarcan todos los sectores de la empresa privada, la red global de la ICC comprende más de 6 millones empresas, cámaras de comercio y asociaciones empresariales en más de 130 países. Los comités nacionales trabajan con las empresas miembro de la ICC en sus propios países para abordar sus preocupaciones e intereses, y haciéndoles llegar a sus respectivos gobiernos las posturas empresariales formuladas por la ICC.

La ICC transmite sus prioridades a través de una estrecha colaboración con las Naciones Unidas, la Organización Mundial del Comercio, el G-20 y otros foros intergubernamentales.

Cerca de 3,000 expertos procedentes de las empresas miembros de la ICC alimentan con su conocimiento y experiencia los puntos de vista de la ICC sobre cuestiones específicas que afectan directamente a la actividad empresarial.

www.iccwbo.org

International Chamber of Commerce México (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 ecológica, y auspiciar una mayor certidumbre para las operaciones empresariales, con la firme convicción de que el intercambio comercial promueve la prosperidad y la paz entre las naciones.

www.iccmex.mx