



The world business organization

PAUTA 95

ARBITRAJE Y MEDIOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS



MARZO 2021

ICC México PAUTA 95

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

Patrocinador:



COMAD, S.C.

Firma de Abogados, Fundada en 1965

Consejo Editorial

Presidente

Claus von Wobeser

Vicepresidentes

Alberto Espinosa Desigaud
Federico Bernaldo de Quirós
Nelly Molina Peralta

Directora General

Yesica González Pérez

Directora de Comisiones y Grupos de Trabajo

Responsable de Pauta: Laura Altamirano López

Creación en Formato electrónico

Rafael Ríos Kunkel

Gerentes de Comisiones y Grupos de Trabajo

Belén Esquivel Llaguno
Rosaura Revueltas Martínez

Gerente de Eventos

Abigail Blanco Rojano

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

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

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

Editor Responsable: Lic. Rosa Laura Altamirano López

Número de certificado de reserva otorgado por el Instituto Nacional del Derecho de Autor: 04-2020-030417361700-203

Especie: Difusión vía red de cómputo. Género: Difusiones periódicas

Domicilio de la publicación y del distribuidor: Maricopa 10 piso 6, Col. Nápoles C.P. 03710, Ciudad de México

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

Título. ICC MEXICO PAUTA BOLETIN INFORMATIVO DEL

CAPITULO MEXICANO DE LA CAMARA INTERNACIONAL DE COMERCIO A.C.

Género: Difusiones Periódicas

ÍNDICE

Carta del Presidente

1

MASC en contratos públicos
de construcción en México:

2

La otra justicia

8

La protección de datos
personales en el arbitraje
comercial

35

Un primer análisis
geoestratégico de las sedes
de Arbitraje ICC.
Centralismo frente a reparto
territorial. México-Madrid-
Miami centros del Arbitraje
en español.

45

La arbitrabilidad y el criterio
de la libre disponibilidad de
los derechos

55

Reflexiones sobre la
admisibilidad de la prueba
ilícita en arbitraje
internacional

61

ABC to the new IBA rules

76

Blindado la emisión de laudos
arbitrables del
Due Process Paranoia.
E(ntre)vadiendo a scylla y
charybdis.

86

Confiemos en las Audiencias
Virtuales

204

El tribunal arbitral hacia su
digitalización

121

Métodos para la determinación de
la ley aplicable al acuerdo arbitral

212

La sede arbitral, el fulcro de una
solución de conflictos exitosa.

144

Medidas cautelares en el
arbitraje comercial

235

Cláusulas de estabilización y su
ejecución mediante arbitraje de
inversión

155

Validez del arbitraje derivado de
aplicaciones electrónicas

259

El arbitraje de emergencia:
sus elementos y regulación en
México

177

El Arbitraje Comercial y la
Mediación: alternativas
eficientes y eficaces para la
resolución de controversias en
tiempos de pandemia

279

Magia financiera:
trucos más comunes en la
valuación de daños

289

Dispute Boards como
mecanismo alternativo
de solución de controversias

350

Uso de la tecnología de la
información en el arbitraje

295

Ejecución de laudos anulados,
concepción internacional y
propuesta de aplicación nacional

369

Arbitrajes Consolidados

311

Más allá de un ojo en llamas

386

El arbitraje financiero

335

Class Arbitration en el arbitraje
de inversión

396

Dispute Boards en Competencia
Económica

414

Carta del Presidente

Estimados socios:

Desde su creación el 19 de enero de 1923, la Corte Internacional de Arbitraje ha sido considerada como uno de los grandes logros de la ICC. Es una instancia que permite soluciones equitativas entre los intereses en juego en caso de controversias, constituyéndose como una alternativa viable, efectiva y costo-eficiente al litigio en cortes y tribunales.

Este número de Pauta 95 contiene análisis y reflexiones sobre distintos temas de Arbitraje y Medios Alternativos de Solución de Controversias, con la colaboración de nuestros socios especialistas en este tema y con la valiosa participación de destacados alumnos del Diplomado de Arbitraje que realizaron un gran esfuerzo para enriquecer estas páginas.



La interrupción de la actividad comercial derivada de la pandemia COVID-19 nos ha dejado expuestos a la generación de posibles demoras e incumplimiento de contratos comerciales internacionales, debido a situaciones como enfermedad de alguna de las partes o imposibilidad de cumplir a causa de las medidas distanciamiento social impuestas para limitar la propagación del coronavirus.

La Corte Internacional de Arbitraje de ICC, se ha mantenido abierta a lo largo de la emergencia sanitaria, proveyendo herramientas procesales para las partes, abogados y tribunales, con el fin de mitigar los retrasos generados por las perturbaciones causadas por la pandemia. A través de audiencias virtuales se ha logrado el avance de arbitrajes pendientes e incluso a lo largo del confinamiento han sido aceptados nuevos casos.

En el camino a la nueva normalidad, el arbitraje y los servicios de solución de controversias de la ICC se consolidan como uno de los principales mecanismos para dirimir conflictos en el mundo, así lo abordan nuestros colaboradores con temas como las audiencias virtuales, el uso de tecnologías de la información y aplicaciones electrónicas en procesos de arbitraje.

Esperamos que encuentren de gran interés los artículos de nuestros socios con reflexiones sobre distintos temas arbitraje y mediación y confiamos que prosiga la tendencia observada en los últimos años, marcados por la expansión del arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional como forma de solución de las controversias, que se ha convertido en un mecanismo altamente valorado por las empresas comerciales. Confiamos en que una vez superada la pandemia prosiga esa tendencia, ahora con el impulso de las nuevas tecnologías.

Saludos,
Claus von Wobeser

MASC en contratos públicos de construcción en México: *el paso necesario*



[Mtro. Roberto Hernández García¹](#)

I. EL PROBLEMA DE LA SOLUCION DE CONTROVERSIAS EN LOS CONTRATOS PÚBLICOS EN MÉXICO ²

Para ninguno de los amables lectores de este artículo, que haya tenido la experiencia de representar en una disputa a contratistas y/ o proveedores en contratos públicos, será motivo de sorpresa el que afirmemos sin cortapisas, que los medios de solución de controversias previstos en las leyes de contratación pública y en los contratos de esta naturaleza, no cumplen con las complejas necesidades elementales de celeridad, certeza, o privilegio de las relaciones entre las partes contratantes: Estado y particulares.

Es por eso que, por muchos años, ICC México por conducto de sus grupos de trabajo, incluido el comité de contratación pública y la comisión de anticorrupción, (en los que he tenido el placer de participar activamente), hemos hecho patente la necesidad imperiosa de que existan medios de resolución de disputas que sean eficientes, eficaces, transparentes y que privilegien los proyectos.

Ello en virtud de que, como organización que promueve las mejores prácticas a nivel internacional, se preocupa y ocupa porque nuestro país cuente con herramientas que han demostrado globalmente sus beneficios y vemos como necesario para mejorar las condiciones de mercado.

¹ Abogado y Maestro en Derecho. Socio director de COMAD, Firma de Abogados. Dispute Board Internacional registrado en centros de solución de controversias en El Salvador, Costa Rica y Perú. y Arbitro en Materia de conflictos de ingeniería y construcción bajo reglas internacionales. Fue Presidente del Comité de Solución de Controversias en Infraestructura de ICC México. Autor de los libros "Derecho de la Construcción en México: perspectivas y retos", y "COVID-19 y Construcción: retos y necesidades para la industria", de Editorial Bosch. Consejero y Miembro de la Comisión Ejecutiva de ICC México. Presidente de la Sociedad Mexicana del Derecho de la Construcción, A.C.

² Para efectos de simplificar el presente artículo, nos referimos genéricamente como "contratos públicos", a los contratos celebrados entre la administración pública (federal, local y/o municipal) con los particulares (proveedores y contratistas), en términos del artículo 134 Constitucional (y/o sus equivalentes constitucionales locales), y la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, y/ o la Ley de Adquisiciones Arrendamientos y Servicios del Sector Público (o su equivalente en las legislaciones locales) para satisfacer fines del Estado. En este caso excluimos figuras como Asociaciones Público Privadas y/o Concesiones que tienen naturaleza distinta.

Es claro que un sistema en el que la solución de controversias no cumpla con los cometidos básicos de fortalecer las instituciones, asegurar el Estado de Derecho y preservar las relaciones comerciales, no atiende a las necesidades que el mundo requiere actualmente ante evento que nos rebasan y requieren ópticas adecuadas, tales como es el caso de la pandemia de COVID-19 y/o las crisis financieras globales.

En este artículo planteamos la necesidad urgente de que, se introduzcan los Medios Alternativos de Solución de Controversias los contratos públicos, en beneficio de ambos, Gobierno y Particulares para transparentar la solución de controversias, y detonar la confianza en los contratos públicos.

II. Medios de Solución de controversias reconocidos por la Ley Mexicana en los contratos públicos de carácter federal.

Las leyes Mexicanas Federales de contratación pública, a las que nos referiremos como ejemplo de la situación actual, reconocen esencialmente los siguientes medios de solución de controversias:

1. Tribunales Federales.
2. Conciliación en términos de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas (LOPSRM) y de la Ley de Adquisiciones Arrendamientos y Servicio del Sector Público (LAASSP) y sus respectivos reglamentos.
3. Arbitraje en términos de la LOPSRM, LAASSP y de las leyes especiales que rigen a las entidades, dependencias o bien a las Empresas Productivas del Estado.
4. Otros medios de solución de controversias,

A continuación, comentaremos brevemente los medios anteriormente señalados:

1. Tribunales Federales

Por muchos años, los Tribunales Federales (Poder Judicial de la Federación y Tribunal Federal de Justicia Administrativa), literalmente han enloquecido a los litigantes y consecuentemente a los clientes que representan.

Actualmente es claro que el Tribunal Federal de Justicia Administrativa es la autoridad competente para conocer de las controversias relacionadas con contratos públicos federales.

No obstante, la aparente “seguridad de ello”, dicha competencia devino de un criterio judicial como consecuencia de múltiples vaivenes de casos; como si ello no fuese poco, hace unos cuantos meses, nuevos criterios han ido “aclarando” la competencia de los tribunales, con lo cual las definiciones continúan, y consecuentemente las indefiniciones de la justicia.

Cabe señalar que antes del criterio que definió al Tribunal Federal de Justicia Administrativo como competente para conocer de estos casos, cuando los Tribunales del Poder Judicial de la Federación conocían ya de este tipo de asuntos, la situación no era menos compleja: Como olvidar cuando se disputaba la competencia entre juzgados en materia administrativa y materia civil, obligando a los tribunales unitarios a resolver caso por caso cuando procedía una causa en uno u otro tribunal. Y esto era en los años 90’s.

¡Y todo lo anterior es simplemente para que se admita un asunto por un tribunal!

Y la pregunta es

“¿Cómo podemos los abogados asegurarle a un cliente que su asunto será siquiera admitido cuando existen tantos cambios de criterios indefiniciones y faltas de seguridad jurídica?”

Con ello queremos demostrar que, por años, el acceso a la justicia por contratistas y proveedores ha sido una verdadera pesadilla, aunada al régimen natural exorbitante del Estado frente a los particulares en sus relaciones contractuales, que son materia del fondo del asunto... claro, cuando el mismo ha sido admitido por haber pasado todos los obstáculos de los juzgados que se declaran competentes o no, bajo condiciones inciertas para los particulares.

2. Conciliación en términos de la LOPSRM y de la LAASSP.

La conciliación es un medio de solución de controversias que regula tanto la LOPSRM como la LAASSP.

Su característica principal es que la Secretaría de la Función Pública, directamente o por conducto de los órganos internos de control, «coadyuva» en su calidad de «tercero» a la solución de controversias existentes entre contratistas y las dependencias y/o entidades contratantes.

Existen múltiples opiniones y comentarios sobre la conciliación tal y como está prevista en las leyes vigentes. La mayoría de ellas denota la gran falta de eficacia de la conciliación auspiciada por la SFP, que históricamente ha actuado bien o mal dependiendo de las personas que manejan las conciliaciones en calidad de conciliadores. Ello es porque, en cierto sentido, carecemos de una política pública en materia de prevención de litigios en contratos públicos, y por lo tanto no se entiende la gran importancia de las conciliaciones.

Para contratistas y proveedores (y los litigantes que lo representan por supuesto) es altamente frustrante entrar de buena fe a un procedimiento conciliatorio que puede terminar simplemente porque el funcionario no quiere estar ahí.

Recuerdo claramente una ocasión en la que tuve una conciliación con un funcionario de la extinta Pemex Gas y Petroquímica Básica, que me dijo: “No me parece la forma en que me está usted observando”.

Acto seguido se levantó de la mesa y abandonó el proceso sin una razón justificada, obligando al cliente a demandar en la vía judicial.

Otro inconveniente es que los servidores públicos no aceptan fácilmente acudir a la conciliación y simplemente se oponen sin causa alguna, con lo cual los contratistas y proveedores muchas veces no tienen más opción que acudir a un litigio... o bien quedarse con la pérdida ante el miedo de enfrentar al Gobierno.

3. Arbitraje términos de la LOPSRM y de la LAASSP.

En muy contadas ocasiones, en los contratos públicos se encuentran cláusulas arbitrales. En general, podemos decir que ha existido una lenta aceptación al arbitraje en los contratos públicos salvo los casos de la Comisión Federal de Electricidad y Petróleos Mexicanos, inclusive siendo organismos descentralizados, previamente a su conversión como Empresas Productivas del Estado.

En términos generales, y en opinión de servidores públicos que atienden la parte jurídica de las entidades y dependencias, el arbitraje resulta ser en apariencia «sofisticado, complejo y caro», lo cual reduce las posibilidades de que sea atractivo.

No obstante, lo anterior es claro que ante las circunstancias imperantes derivadas de cambiantes criterios judiciales, la pandemia y la natural carga excesiva de trabajo, los juzgados federales, de ninguna forma son la mejor opción hoy en día

A opinión del autor, hoy en día, y más que nunca el Arbitraje resulta el mejor medio para asegurar imparcialidad y especialización de los juzgadores en temas que por su complejidad así lo requieran. En todo caso, hay que hacer notar que, a pesar de que a nivel internacional el arbitraje de construcción ha tenido serios embates de la industria por los tiempos y costos que represente, ICC ha tomado serias medidas por las instituciones arbitrales para eficientizarlos en tiempo y costo mediante lineamientos específicos.³

4. Otros medios de solución de controversias.

Tanto el artículo 84 de la LAASSP como el 102 de la LOPSRM permiten la convención de otros mecanismos de solución de controversias en los contratos públicos.

Para pronta referencia transcribimos estos preceptos:

Artículo 84. *Las partes podrán convenir otros mecanismos de solución de controversias para resolver sus discrepancias sobre la interpretación o ejecución de los contratos.*

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

A pesar de estar expresamente previstos en las leyes aplicables, desde el 2009 (año que entraron en vigor estas disposiciones), no ha existido un solo esfuerzo serio y concreto para procurar alternativas que faciliten la solución de controversias eficiente y transparente en los contratos públicos.

En el Comité de Controversias de Construcción de ICC México, desde su creación, sostuvimos múltiples reuniones con la Secretaría de la Función Pública y otras autoridades, para coadyuvar con la implementación de estos medios, situación que lamentablemente nunca tuvo resultados concretos. Ello ha impedido que se implementen nuevos mecanismos fundamentalmente necesarios para la industria.

³ <https://iccwbo.org/publication/construction-industry-arbitrations-report-icc-commission-arbitration-adr/>

Ante esta y otras razones, el 18 de marzo del 2020, el Colegio de Ingenieros Civiles presentó una iniciativa completa de ley modelo de obras públicas⁴ en la que se incluyeron, entre otros temas relevantes lo siguiente:

1. Un capítulo II en cuyo Artículo 121 prevé la existencia de mecanismos alternativos para la solución de controversias.
2. La inclusión, en su artículo 122 de la figura del comité de solución de controversias (Dispute Boards),

Esta importante iniciativa brinda al sector de la construcción por lo menos, una importante esperanza de que se incluyan mecanismos alternativos en contratos públicos que reconozcan y apliquen las mejores prácticas para los contratos públicos, incluyendo los contratos de obra pública.

Tomando en cuenta la iniciativa de Ley del CICM, haremos especial de los Dispute Boards y explicaremos porque son convenientes en el contexto mexicano.

5. Los Dispute Boards: porque debemos su implementación y uso en los proyectos mexicanos públicos y privados

Los Dispute Boards han demostrado a nivel internacional su gran utilidad para resolver disputas de contratos públicos, pues este medio, si bien se puede utilizar en varios sectores, literalmente nació y está enfocado a esta industria.

Irónicamente es un tema que no ha terminado de conocerse, reconocerse, aceptarse e implementarse en México, a diferencia de Perú, en donde a partir del 2020 esta figura se ha aplicado en forma general después de la excelente experiencia con los proyectos de infraestructura de los juegos panamericanos y para panamericanos de Lima 2019, amén de otros países como Honduras, Panamá, El Salvador en donde ya se ha visto su gran eficiencia.

De acuerdo con el experto inglés Christopher Miers:

“El proceso de Dispute Boards efectivamente se enfoca a la visión de que la mejor resolución de una diferencia es la acordada entre las partes, antes que convertirse en un obstáculo para el completamiento exitoso del proyecto. En caso de que no haya acuerdo, y de que las partes acudan a un Dispute Board, el Dispute Board evaluará las desavenencias en la forma más similar a una adjudicación (resolución de una controversia por un tercero)”

Es por ello que los beneficios que traen los Dispute Boards en los proyectos públicos son invaluable, pues a diferencia de cualquier otro sistema de resolución de controversias, estos se caracterizan, entre otros, por ser *in situ*, contemporáneo y preventivo de controversias, además de ser radicalmente más económico que un arbitraje o un litigio, con lo cual no existen realmente inconvenientes.

Imaginemos prevenir controversias en proyectos complejos como El tren Mexico-Toluca, el Tren Maya, Dos Bocas, u otros complejos: Por una inversión mínima, las partes contratantes pueden beneficiarse reduciendo costos y tiempos que se perderían sin una forma de resolución de disputas efectiva, como es el caso de lo que sucede en México.

⁴ <http://cicm.org.mx/wp-content/uploads/2020/08/CICM-LOP-2020-PropuestaLey.pdf>

6. Comentarios a la situación actual y propuestas

Ni el Gobierno ni los particulares han tomado conciencia plena de la importancia absoluta de los medios de solución de controversias formales en los contratos públicos.

Sin embargo, la realidad imperante nos está llevando a una necesidad de que los actores de la industria evalúen la necesidad de hacer un cambio radical, tomando en cuenta las pocas o nulas opciones existentes en las que nadie gana: ni el Gobierno ni los particulares, que simplemente se vuelven víctimas y victimarios de procesos complejos, ineficientes y que finalmente promueven la falta de integridad.



A propósito de esta última, es claro que la falta de resolución de controversias en forma transparente y eficiente promueve los procesos de solución de conflictos en forma opacos, y tendientes a la corrupción, ante la desesperación y desesperanza de particulares.

Es un excelente momento de que los particulares y el gobierno revisiten y se replanteen la oportunidad de utilizar las Herramientas de solución de controversias de ICC, que son claros ejemplos y parámetros de lo que puede lograrse en los contratos públicos con medios de solución de controversias eficientes y transparentes.

De no ser así, todos los interesados, gobierno, contratistas y proveedores, continuaremos viviendo incertidumbres, ineficiencias, falta de seguridad jurídica y tentaciones de corrupción, que merman aun más de lo que se percibe, la confianza en los contratos públicos.

La otra justicia

There is another kind of justice



Magistrado Víctor Francisco Mota Cienfuegos

Tercer Tribunal Colegiado en materia civil del Primer Circuito CDMX

Mención especial al trabajo de acreditación del XXXI Diplomado de Arbitraje de ICC México y la Escuela Libre de Derecho

Resumen: Entre los llamados medios alternos de solución de conflictos destaca la mediación. De reciente incorporación legislativa en varias entidades federativas de México, con esta positivización, pasa de ser un medio práctico a uno formal, sin embargo, siempre ha de conservar sus rasgos ancestrales como una de las primeras formas de autocomposición (asistida). Debido a ello, la conveniencia de reconocer la naturaleza humana, sectaria y gregaria, que parte de los instintos básicos que nos condicionan a confrontar, huir o paralizarnos. La legalidad pretende regir nuestra conducta; en tanto el instinto domina nuestro comportamiento.

SUMARIO: I. Introducción II. Un Proceso Basado en Principios. III. Heterocomposición y Autocomposición. IV. Individuo, Sociedad e Interés Común. V. La Justicia como Bien Público. VI. Las Funciones del Poder Judicial en el Estado Mexicano. VII. El Estado Mexicano y los Medios Alternativos de Solución de Conflictos. VIII. Programar Tareas de Cara al Futuro. IX. El Compromiso de Responder a la Sociedad. X. El Estado Mínimo a Través de la Diversificación y Privatización del Servicio Público de Impartición de Justicia. XI. Reglas ICC. XII. El Ente Biológico Digno. XIII. Ubicación de la Mediación en la Filosofía Contemporánea. XIV. La Conciencia Metafísica y la Proyección del Futuro. XV. Naturaleza Humana y Origen del Conflicto. XVI. Panorama de Soluciones y Conclusiones.



I.- Introducción

No pretendo asegurar al lector, la vertiente de este escrito, derecho, psicología, filosofía o metafísica. Sólo sé que el ser humano es demasiado complejo para ser reducido a un solo campo de estudio. Por otra parte, considero que cada conflicto requiere un abordaje multidisciplinario en que las disciplinas de conocimiento humano se ponderen, interactúen y se adapten en el intento de lograr la mejor solución.

Reconozco que en el proceso evolutivo de construcción de los sistemas de derecho se privilegian siempre la racionalidad y el intelecto; como sostiene García Amado:

“Durante mucho tiempo se han contrapuesto las tesis iuspositivistas y las tesis iusnaturalistas, pero a lo largo del siglo XX y hasta hoy han ido cobrando enorme relevancia e influencia doctrinas que, sin acogerse al derecho natural, mantienen las tesis siguientes: a) que la moral es el elemento esencial y constitutivo de todo verdadero (sic) sistema jurídico que sea propiamente tal (sic) ... b) Que, por tanto, hay una parte de cualquier Derecho, de todo sistema jurídico auténtico, que no proviene de las meras convenciones o convicciones sociales, sino que nace de verdades morales válidas y subsistentes al margen y con independencia de cualesquiera acuerdos o creencias sociales. C) Que hay métodos o procedimientos intelectuales para averiguar los contenidos de esos preceptos morales que son también jurídicos y parte suprema y decisiva de la juridicidad de sistemas y normas...”¹

Al respecto, me cuesta advertir que no se toma en cuenta la naturaleza humana, la verosimilitud ni el parecer de los involucrados en el conflicto. Los doctores de la ley diagnostican al enfermo sin estimar sus dolencias.

La historia del ser humano trasciende del individuo al ente plural y se manifiesta en un destino colectivo. A lo largo de la historia de la humanidad, el conflicto se presenta como una constante. En este punto cabe afirmar que la relación siempre precede al conflicto; es decir, que todo problema surge siempre entre personas que primero forman lazos relacionales más o menos fuertes y cercanos, así entre socios, contratantes y familiares, de manera que la cercanía en el trato, junto con el personal entendimiento del mundo da lugar al conflicto; todo problema nace de la interrelación humana y puede definirse como una discordancia de apreciación.

A través de la mediación encuentro que esa relación puede perdurar y transformarse en algo más fuerte. En mi práctica profesional, en el sistema tradicional del Servicio Público de Impartición de Justiciaⁱⁱ he visto vidas que transcurren paralelas a las etapas procesales, años durante los cuales se engrosan los expedientes, se acumulan hojas de promociones y acuerdos y recursos, infundados y aun fundados con los cuales se considera que se corrige lo actuado, se repone el procedimiento y las partes vuelven a creer, a confiar en la infalibilidad del juez o en la satisfacción de demostrarle a la autoridad su error; son pequeñas victorias, lo suficientemente importantes para afirmar en un duelo de egos, quién sabe más. O para olvidar durante el tedio del juicio que lo verdaderamente importante era (sí, en el pasado), obtener la decisión judicial, a favor o en contra; que volvemos con los recursos, volver al pasado es volver a vivir y en definitiva dos o tres años después del conflicto que ahora cuesta trabajo recordar cuál fue su origen, recibir la solución de fuente ajena.

La mediación es la otra justicia; la que no se impone, sino que surge de la voluntad de los mismos mediados.

I. Un Proceso Basado en Principios.

La Ley de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia para el Distrito Federal, hoy Ciudad de México, establece en su artículo 8 los principios rectores del servicio de mediación, tales son voluntariedad, confidencialidad, flexibilidad, neutralidad, imparcialidad, equidad, legalidad y economía.

Principios que primero son lógicos y naturales y que han sido incorporados en la ley, en lo que pretende ser no un molde, no una norma procesal a la cual apegarse con riesgo de invalidar lo actuado al apartarse de ellos, con formalismo exacerbado; sino como mero esfuerzo de confortar la conducta de los mediados en el intento de entablar la comunicación; con la única finalidad consciente de solucionar una controversia actual o prevenir una futura, con el cuidado y la dedicación de enfocar el problema y conducir al panorama de soluciones, apartar las sombras del conflicto y mostrar radiante, que así como el ser humano se reinventa cada día, puede despertar después de dormir asfixiado por la tormenta y volver a vivir confiado entre sus mismas relaciones humanas.

Además, a partir de 2017 se ha discutido en el Congreso de la Unión la iniciativa de Ley General de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias, en un debate que ciertamente se intensificó durante 2020.

Hoy me parece estéril el intento de regular, desde el Estado, lo que siempre ha existido y aquello cuyo valor radica en la libre disposición del propio derecho. Menos, es más.

II. Heterocomposición y Autocomposición.

En los procedimientos de jurisdicción estatal, surge el problema de la justicia impuesta y de aquí la paradoja de la parte interesada sin interés. Lo explico: el juez se encuentra facultado para resolver conflictos, lo que hace con base en la Constitución y en la ley; sin embargo, no participa del problema, por lo cual aunque ejerza la competencia formal como órgano del Estado encargado de dar solución a los conflictos jurídicos, su propia situación de independencia e imparcialidad lo ubica en un contexto ajeno a las partes, en un plano de superioridad, porque impone su voluntad que es la del ente jurídico de gobierno instituido que resuelve acorde con la ley y basado en una interpretación que puede variar por razones de tiempo y espacio, según criterios discrepantes y las más de las veces sin considerar circunstancias personales y sin respeto de la relación, que queda truncada para siempre.

Así, entre comerciantes que han hecho negocios por años, socios de una empresa o asociación que primero se unieron en relaciones de amistad y de confianza, integrantes de una familia que se fundaron en el amor. La heterocomposición tiene el problema de ser una justicia impuesta desde afuera.

Se trata del deductivismo judicial de fuente histórica:

“...el método que se privilegió y se impuso a la función judicial fue el “deductivismo judicial”, basado principalmente en el silogismo judicial, a través del cual se subsume simplemente un caso a la norma general donde ésta se tiene como la premisa mayor, el caso específico como la menor, y la sentencia sería la conclusión necesaria del silogismo.

Pretendiendo edificar con esto un saber jurídico “bajo la forma de un perfecto sistema cerrado y autosuficiente, en el que todas las proposiciones, de la primera a la última, guardaran un encadenamiento lógico-formal perfecto”. De lo que se trataba, en definitiva, era de buscar la ley y particularizarla al caso concreto a través de la subsunción.

Desde las coordenadas anteriores, el ejercicio interpretativo y creativo que había caracterizado a la función judicial en otros momentos se redujo a obtener, a partir de lo establecido en los textos legislativos, la voluntad del legislador. Proponiendo una interpretación mecanicista en la que prevaleció lo “declarativo” sobre lo “productivo”. Labor que ha llevado a Bobbio a usar la imagen del “robot” para dibujar la figura del jurista, especialmente del juzgador. El tipo de juez que presenta el modelo anterior es el de un sujeto dependiente de la voluntad del legislador, el cual habría de ser dibujado por Montesquieu como la “boca que pronuncia las palabras de la ley”, un ser “inanimado”. Desde estos presupuestos la pregunta obligada es: ¿cabría algún argumento que diera cabida a cierta ética judicial y que posibilitase por tanto un arquetipo de juez, más allá de aquel que realiza una función puramente mecánica de subsunción?”ⁱⁱⁱ

Acorde a lo expuesto, el actual sistema se entiende útil aunque falible y como en todo proceso histórico, habrá de ser superado por la inventiva humana que siempre busca nuevas formas de solución ante los desacuerdos.

En el orden jurídico mexicano, se reconoce que:

“las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias. En la materia penal regularán su aplicación, asegurarán la reparación del daño y establecerán los casos en que se requerirá supervisión judicial”.^{iv}

Fruto de la reforma al nuevo sistema de justicia penal adversarial y acusatorio adoptado en 2008, este texto se ve impactado por otros cambios constitucionales relevantes, la reforma en Derechos Humanos de 2011 y la declaración de que:

“Siempre que no se afecte la igualdad entre las partes, el debido proceso u otros derechos en los juicios o procedimientos seguidos en forma de juicio, las autoridades deberán privilegiar la solución del conflicto sobre los formalismos procedimentales”^{v, vi}.

Entonces la mediación representa una paradoja, su reciente reconocimiento constitucional, no obstante ser el medio de solución de acuerdos más primitivo, ya reconocido en el artículo 2944 del Código Civil Federal.^{vii}

Ahora bien, creo firmemente que política judicial no quiere decir que la solución deba provenir de un juez ajeno al problema; debe corresponsabilizar a los involucrados, aunque haya de dejar de llamarse juez. En la autocomposición se parte de que todos tenemos la capacidad de encontrar solución a un problema, preferentemente si se trata de nuestro propio problema.

Ya Descartes declaró que el sentido común es la cosa mejor repartida en el mundo, porque todos consideramos tener bastante.

Entonces, ¿por qué no aprovechar esta noción de madurez?, ¿de autosuficiencia y corresponsabilidad?, en tanto:

Acudir a la jurisdicción del Estado entraña el sometimiento a otro.

Es la decisión de no volver a decidir;

...y al final la decisión no me gusta.

En cambio:

Toda forma de autocomposición requiere:

Decidir de manera consciente.

Ceder, transigir, seguir adelante.

Esforzarse por lo deseado, con el único límite de la dignidad personal; pues en ello radica el concepto de derechos disponibles.

Esto no implica renuncia a los Derechos fundamentales reconocidos convencional y constitucionalmente, los cuales funcionan y son necesarios como plataforma mínima de desarrollo del potencial humano.

A partir de estas premisas debemos entender que la administración de justicia, como sistema positivizado y vigente para solucionar problemas, sólo es una opción entre muchas, algunas de las cuales ya se han ideado, estructurado y aplicado; esto, porque la historia no es sino la experiencia acumulada de la humanidad en la búsqueda de soluciones de convivencia; a partir de esta concepción, cualquier intento de ordenar y sistematizar un modelo de solución de conflictos, útil o fallido, ha servido como modelo para mejorar nuestra realidad.

Por ejemplo, se conoce del mecanismo ancestral, entre historia y leyenda, del lago Leven, donde se ubican las islas Eilean Munde y Eilean a'Chomhraidh. La primera llegó a ser conocida como la isla de las discusiones; la segunda, de los acuerdos, donde se dejaba a los rijosos abandonados con whisky, queso y galletas de avena, hasta que conseguían llegar a un acuerdo. Se dice que durante los 1,500 años en que se usaron las islas para este efecto, sólo una de las mediaciones acabó en asesinato.^{viii}

Esta forma aparentemente primitiva de solución de conflictos, evidencia en realidad la gran madurez que exige a los involucrados enfrentar personalmente el problema, tomar la responsabilidad del mismo y afrontar las consecuencias de optar entre prolongar la disputa o buscar, proponer, negociar una solución; alcanzar un acuerdo y materializarlo en comunión con la otra parte.

En palabras de Spinoza: *“nadie equivocado, nadie con razón”*.

III. Individuo, Sociedad e Interés Común.

Un estudio reciente destaca:

“...la voluntad común que resulta del acuerdo de las personas afectadas no puede ser objeto de coacción, sino que esta voluntad común puede ser sólo el sujeto que aplica esta coacción. En consecuencia, la unificación o síntesis entre el interés individual y el común, que es el objetivo del derecho de coacción, no puede ser el resultado de ningún mecanismo externo, sino que más bien deben estar dados desde el momento mismo en que esta voluntad común es constituida...”^{ix}

En mediación, las partes pasan de ser opositores a interlocutores, con un nuevo objetivo en común. La relación se salva y fortalece. El acuerdo es experiencia de vida para los participantes que supieron sobreponerse ante la adversidad con un acuerdo civilizado y útil que evidencia la fortaleza de los lazos originales, en vez de destruir negocios y personas. Se trata de una relación dialéctica entre el ente individual y el colectivo.

El primero está destinado a fenecer, nadie puede trascender desde la soledad; en cambio el ente colectivo, social, se nutre de la suma de potencialidades de ambos participantes, multiplica esfuerzos, pone a prueba las ideas y las perfecciona cuando son decisiones compartidas, tiene la característica de trascender.

La trascendencia del ser implica la conversión al ente plural, actos tales como vivir en pareja, formar una familia, tener un hijo; todo esto exige propósito y renuncia, lo primero pues se parte de una decisión consciente, seguida de la voluntad de ser y existir para otros, se trata de disminuir la importancia personal en busca de una finalidad de bien común.

Surge una condición necesaria: tener el sentido de pertenencia; no como sinónimo de apropiación, lo mío, lo que me pertenece; sino por el contrario, a quién y a dónde pertenezco, me debo, me comprometo y me entrego.

Así en un matrimonio, la promesa de fidelidad, solidaridad y entrega. Si estoy dispuesto a compartir mi vida, ¡cuánto más mis bienes!

Igualmente en la empresa, se trata de sumar esfuerzos; en la asociación en participación, el socio industrial aporta su idea, el trabajo y el espíritu de emprendimiento, aporta la idea del objeto a materializar, la esperanza; en tanto que el socio capitalista, más allá de proveer el soporte financiero que posibilita concreción material, contribuye confianza e igualmente esperanza en el fruto del esfuerzo común, él es quien cree; así visto también subyace en todo negocio un pacto de solidaridad, fidelidad y entendimiento; son igualmente relaciones basadas en intereses comunes a partir de la virtud y el amor.

Grupos de interés común, a escala mayor, nos permiten pensar la posibilidad del Estado, que agrupa elementos como la población, el territorio y el gobierno; es decir, sujeto, objeto y nuevamente sujeto; el ser, la cosa y otra vez el ser; el ente digno, la cosa pública y vuelta al ente digno, esta vez plural y público de dirección al objetivo común.

Así, se aprecia una interrelación dialéctica en movimiento constante y uniforme que tiende a permanecer estable y busca conservarse; una amalgama de energía con dirección; no obstante, la suma de los componentes sociales alberga siempre en potencia la hipótesis de generación del conflicto social, se llama insurgencia y revolución y exige un nuevo comienzo. Es el factor de movilidad social.

A todos estos niveles, la mediación funciona como factor de equilibrio de las fuerzas presentes, es la función del padre (o madre), que busca infundir entre los factores en conflicto la idea de razón y emoción; así se educa a los hijos. Esta idea está presente ya sea entre familiares, socios, connacionales o potencias extranjeras.

El mediador invita a la reflexión y moderación, es un conservador a partir de la conveniencia de las partes, una idea que estuvo presente desde el origen de cada relación.

Conservar, por otra parte, no implica someter ni contrarrestar la voluntad de cambio, sino moderar la intensidad de la energía invertida para ello, de manera que se produzca un avance gradual, moderado, ordenado y benéfico.

Una construcción entre personas que transitan este proceso:

De ser desconocidos, convergen en una circunstancia sociológica específica; esta coyuntura los hace afines, quieren pertenecer y pertenecerse, compartir un proyecto; la cercanía incuba en todo momento la posibilidad de un conflicto generado por visiones personales, nuevamente individualistas; el conflicto los confronta y se vuelven momentáneamente antagonistas; solamente a través de un ambiente de reflexión y propuesta habrán de ser nuevamente asociados en la alternativa alcanzada como solución.

Justicia recíprocamente fijada como medida del propio derecho e interés de ambos.

IV. La Justicia Como Bien Público.

En la historia de las sociedades, se ha recorrido un largo camino de desarrollo institucional, de la monarquía al Estado moderno, en el que siempre se ha considerado la necesidad social de justicia, como factor de convivencia y orden público.

La noción de Estado mínimo parte de la monarquía, forma de organización en la cual el rey concentraba toda potestad de gobierno.

En 1776 se reportó la nueva forma de organización del Estado moderno plasmada en la Constitución de Pensilvania. Se trataba de una nueva forma de organización mediante lo que hoy conocemos como principio de división de poderes.

Ese triunfo legislativo, logró plasmar desde entonces las ideas de avanzada de los autores de la época, como el Barón de Montesquieu, quien publicó *El Espíritu de las Leyes*, bajo esa nueva teoría.

Al narrar la nueva concepción política al rey Luis XIV y explicarle que el Estado moderno requería para su ejercicio las funciones orgánicas de legislar, ejercer la administración pública acorde a la seguridad jurídica que brinda la norma legal previamente establecida y finalmente decidir de la exacta aplicación de las leyes, el rey fácilmente advirtió que la descripción resumía las funciones que por tradición desempeñaba como monarca, de esta forma se desprende que lejos de un acto de arrogancia, la expresión *"l'état c'est moi"* expresa el convencimiento funcionalista de la vieja tradición de gobernar de un ente totalitario: el absolutismo.

De allí parte también la concepción de que la impartición de justicia se reserva como facultad exclusiva del estado; sin embargo, el reconocimiento de los medios alternos de solución de conflictos evidencia que, en principio, corresponde a cada persona que se ve inmersa en un problema, generar también la solución por sus propios medios y desde el ámbito privado.

Además, la conflictiva social está presente en la escala macro, pues los gobiernos y las corporaciones se colocan como dominadores de los destinos de súbditos y consumidores por igual, mediante políticas legislativas y económicas que orillan a que pervivan desventajas históricas de los dominados. Aún desde los organismos internacionales, encontramos tendencias de control y de encubrimiento de esas políticas; sin embargo, la verdad sale a la luz.

Resulta convincente la siguiente denuncia:

“Las iniciativas de pacificación y resolución de conflictos surgen de organizaciones e individuos. Debemos ser escépticos cuando los indicadores muestran a los países del norte como pacíficos y a los del sur como menos pacíficos. Esto, también, es una especie de sofismo e hipocresía. Por ejemplo en el debate de los estados miembros del Sur en la UNESCO en 1999, señalé en mis notas que los estados que más claman por los derechos humanos y por elecciones “libres” son, al mismo tiempo, los principales vendedores de armamento y los oponentes tradicionales a los medios de comunicación independientes en los países pobres (las notas están disponibles en www.culture-of-peace.info/annexes/commissionV/summary.html). Este tipo de hipocresía fue criticado por los embajadores africanos, Noureini Tidjani-Serpos de Benin y Bakary Tio-Touré de Costa de Marfil, entre otros, cuando llevamos a cabo reuniones en la UNESCO con los estados miembros para la región sur, en marzo de 1998.

Dijeron que uno no tiene que mirar al sur para ver la cultura de guerra y planteaban tres preguntas: ¿de dónde provienen las armas?, ¿dónde se realizan los programas de televisión violentos?, ¿y dónde decidieron los términos de comercio que empobrecen a la gente de sur y que conducen a la violencia? Más recientemente, se observa la hipocresía en la evaluación de la paz mediante indicadores del estado-nación, como lo demuestra el nuevo índice de paz global (2007). Convenientemente, Europa, Japón, Australia y Canadá se observan como los más pacíficos, mientras que los países del sur son los menos pacíficos. Si uno necesita pruebas de la existencia del imperialismo cultural, ¡aquí están!”^x

VI. Las Funciones del Poder Judicial en el Estado Mexicano.

Nuevamente, tenemos que el Poder Judicial de la Federación, tiene como objetivo material brindar el servicio público de impartición de justicia, pero más allá de un poder utilitario debemos entenderlo como una función de servicio social que tiene por objeto pacificar al país y constituirse como agente posibilitador de armonía y progreso. La dialéctica histórica ubica a los jueces en la paradoja de la justicia y la legalidad, pero ya no cabe la noción paternalista de decidir por otros lo que un juez estatal considera justo.

En la actualidad, debemos extirpar la noción de justicia de su ubicación tradicional y estática de norma jurídica y creación del derecho y entenderla como idea trascendente y presente en la concepción humana de interacción social. La justicia no radica en la norma jurídica, no es un valor que se pueda objetivizar ni reducir a una previsión legislativa abstracta e impersonal y general, por un órgano político de composición colegiada que pueda fijar una verdad válida para todo tiempo y espacio.

La justicia es un valor trascendente a toda la esfera de la actividad humana y surge tanto de la razón como de la intuición de lo que es correcto y equitativo. La fuente de la justicia es el propio ser humano y se encuentra en todas las formas en que puede manifestarse la vida humana.

Hay justicia en el pensamiento y en los sentimientos, en el uso y el sentido de apropiación. En la conciencia de vida y hasta en el acto de la muerte que es en sí recompensa de una vida justa o no, pero que puede estudiarse desde el absoluto y en sus partes, mediante aproximaciones psicológicas, científicas y filosóficas.

En conclusión, la justicia se intuye, más nunca se concretiza y en el esfuerzo nos auxiliamos de todas las disciplinas especializadas en que se ha buscado sistematizar el conocimiento humano. ¿Por qué entonces asignar el monopolio de la noción de justicia como creación jurídica limitándola al campo del derecho, a cargo de jueces rígidos cuya máxima aspiración es leer la ley? ¿Acaso un psicólogo, un sociólogo, un economista y un antropólogo se encuentran impedidos de proponer soluciones justas y de resolver problemas, generando a partir de su intelecto y del conocimiento de las emociones humanas, los instintos biológicos y la naturaleza animal y aún pasional? y ¿los órganos colegiados podrían funcionar mejor con una composición interdisciplinaria, sin una idea preconcebida y sin soluciones de cartabón?

Parte del problema deriva de la escasa presencia de los jueces, en particular del Poder Judicial de la Federación. Esto apunta a la necesidad de acercar y hacer verdaderamente disponibles para la gente los sistemas de justicia. Y no se logra con la regulación, los medios alternativos deben seguir siendo informales (disponibles en el acceso) y libres en su tramitación: esto es, carentes de reglas de procedimiento, para evitar supuestos de invalidez.

El Poder Judicial de la Federación, como toda institución humana conoce límites y para ejemplo la escasa significación de su presencia si se compara de país a país y en relación con otros poderes e incluso otros entes de la administración pública.

Basta consultar los distintos Anexos Estadísticos de los últimos Informes de Gobierno rendidos por el Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación^{xi} para extraer la magnitud de la institución a partir de los datos estadísticos publicados. El orgullo de la institución radica en resolver en forma casi estable y constante en números redondos 1 millón de procedimientos judiciales federales. Parece mucho. No lo es. Esto porque también en números generales, México, nuestro país, cuenta con 126 millones de habitantes, también en números redondos, sin afán de exactitud ni precisión demográfica.

En efecto, el INEGI informa que la población en el país en 2020 ascendió en números redondos a 126.000,000 de habitantes.

Estas dos variables son relevantes para conocer la presencia del Poder Judicial Federal en su capacidad de atención a la población: 1 de cada 126 habitantes accede al servicio en un año.

Evidentemente el dato no es acorde a la percepción de la conflictiva social; además resulta inexacto porque la estructura procesal que deriva de las leyes únicamente prevé instancias y recursos; más no implica garantía de solución efectiva del verdadero conflicto de fondo; es decir que se cumple desde el Estado con una obligación de medios, no de resultados. Aunado a la cadena interminable de instancias, recursos y formalismos procesales exacerbantes que resultan de la previsión legal basada en la desconfianza, pues a efecto de garantizar el máximo escrutinio de la labor jurisdiccional, se establecen revisiones sucesivas de legalidad y constitucionalidad. Las revisiones toman tiempo. Habría que pensar en este sistema tan perfecto únicamente en los casos que requieran de mayor rigorismo, lo que no sucede en la mayoría de materias y juicios. Esto implica que un sólo juicio iniciado entre partes implica varias instancias desde la jurisdicción ordinaria, local o federal, incidencias y múltiples recursos, a lo que se suma la revisión en sede constitucional ante los tribunales de amparo, con nuevas instancias, incidencias y recursos.

Hablamos del juicio de amparo, recursos de revisión, queja, reclamación, inconformidad, por cada resolución impugnada.

Por tanto, el índice de la población que acude al servicio público de Administración de Justicia resulta sensiblemente menor.

He recibido con dolor e impotencia las quejas de abogados y de sus clientes en el sentido de acumular 100 sentencias, muchas de ellas favorables, entre interlocutorias y definitivas, en fase de juicio o de ejecución; sin que esto implique la certeza de materializar la decisión. Significa que la declaración del derecho no basta para ver satisfecha la pretensión, no obstante, la sumisión al sistema, inversión en abogados, el tiempo y el stress.

Ante las variables esbozadas estimo prudente aseverar desde mi óptica personal, que el aparato judicial federal atiende tan sólo a un .3% de la población nacional; por tanto, carece de representatividad y eficacia; lo sostengo sin desdeñar el compromiso y esfuerzo de todos los profesionistas que se desempeñan en torno al sistema judicial.

Sólo apunto a la necesidad de enfocar la decisión en la solución de fondo del conflicto, que idealmente debe provenir de la reflexión y sentido de corresponsabilidad de los involucrados.

Así, considero que el acompañamiento estatal a los medios alternativos de solución de conflictos exige regular tan sólo un hilo conductor, más no un procedimiento de resolución.

La solución debe surgir espontánea y necesaria desde la intimidad de las personas, sin sujeción a cauces tortuosos que en aras de la legitimidad del proceso desdeñan el problema.

Aún si habláramos para efectos didácticos de un redondeo grueso a 100 millones de habitantes, 1 millón de procedimientos judiciales federales implica una proporción del 1% de la población; es decir que el poder de nuestra atención atendería solamente a 1 de cada 100 habitantes, lo cual habla claramente de una muy baja presencia como autoridad del Estado mexicano, que aspira a efectivizar el estado de derecho constituido, precisamente por contar con instituciones relevantes y significativas.

En comparación, frente a poco más de 1300 jueces (40,000 empleados en total) del Poder Judicial de la Federación, la Secretaría de educación pública comunica en su página oficial^{xiii} que cuenta con 2.066,073 docentes quienes integran el sistema educativo nacional; esto permite dimensionar la presencia del sistema educativo en la vida social de un país que basa su ideal de bienestar en la alfabetización e inclusión en los esquemas de educación básica obligatoria para el 100% de la población; sin embargo estamos lejos de contar con la infraestructura para el acceso a la justicia.

Por ende, la premisa de que el Poder Judicial de la Federación atiende al 1% de la población, se sustenta en que idealmente a través de sus decisiones, los jueces federales resuelven los problemas de ese universo y lamentablemente no es así. No lo es porque la estadística no mide éxitos, sino procedimientos tramitados y finalizados. No mide casos resueltos pues los entendidos saben que cada proceso involucra varios procedimientos como sigue: el juicio, los recursos ordinarios y extraordinarios y la ejecución, los actos fuera de juicio y los incidentes. Como dijimos, existe registro de casos reales en que han llegado a acumularse hasta 100 sentencias sin que se haya alcanzado la ejecución de lo decidido y esto evidencia una grave deficiencia, si no de los órganos, sí de la forma en que se encuentra sistematizada por la ley la pretensión de solución de conflictos.

Simplemente en el Poder Judicial de la Federación un tribunal colegiado de circuito cuenta con facultades legales para conocer de los siguientes procedimientos: amparo directo, recurso de revisión en el amparo indirecto, recursos de queja contra actos emanados del procedimiento del amparo indirecto y del directo, durante el juicio y en ejecución de sentencia, recursos de reclamación, de inconformidad, de repetición de actos, incidentes, incompetencias; además los jueces de distrito y los tribunales unitarios de circuito cuentan con la doble función como autoridades jurisdiccionales de proceso y de control constitucional, de manera que no es exacta la aseveración que pretende que 1 millón de procedimientos entraña la atención del 1% de la población.

Y no puede ser así. Otra evidencia del error radica en que en un procedimiento judicial intervienen al menos dos gobernados. de manera que si cada procedimiento involucra a dos gobernados o bien a un gobernado frente a una autoridad o casos con partes múltiples con una o más posturas y capacidad procesal para iniciar procedimientos.

La cuenta de 1 millón de procedimientos sólo indica que algunos juicios en específico requieren la tramitación de 2, 3, 4 y hasta 100 procedimientos judiciales. Esto reduce significativamente la expresión cuantitativa del universo de ciudadanos atendidos y pone en entredicho la capacidad del sistema judicial tradicional, de corte paternalista y deductivista, de resolver conflictos. Y en todo el mundo sucede básicamente lo mismo, en cuestiones de eficiencia, de presencia y de efectividad.

VII. El Estado Mexicano y los Medios Alternativos de Solución de Conflictos.

Todo parece indicar, entonces, que resulta imperativo buscar nuevas formas de resolución de los conflictos. Quizá la referencia no premeditada a comparar entre un Poder Judicial y una Secretaría Educación Pública, no sea meramente casual, probablemente la solución del problema en estudio radica precisamente en que el Estado mexicano debe educar a la población a partir del concepto de justicia. Y en una de sus acepciones básicas consiste en respeto. Educar para el respeto implica no pretender más de lo propio, en un mundo donde en principio ruego a Dios por mi derecho, entonces tomo lo mío y, si puedo, un poco más. Educar para la dignidad implica no sobreponer mi interés al del otro.

Y educar para establecer los propios límites, que en ello radica la verdadera medida de la justicia, sabiendo moderar mi propia necesidad. La justicia, entonces, tiene un valor específico fundamental entre seres humanos, pero también se puede entender en el aprovechamiento de los recursos naturales y la preservación de las capacidades de la tierra para las siguientes generaciones.

VIII. Programar Tareas de Cara al Futuro.

El hallazgo de los guerreros de terracota, en Xian, dicen, es resultado de años de excavaciones en 1 hectárea de terreno. Los arqueólogos estiman que las estatuas se encuentran ocultas en muchas hectáreas más. Lo descubierto ha propiciado la destrucción de gran parte de las figuras talladas, si bien ha permitido reconstruir algunas a partir de la pedacería, muestras que nos dan idea del aspecto original de la obra maestra del arte, de la belicosidad y de la ostentación de poder de las culturas que idearon y llevaron a cabo esta obra magna de la humanidad, que a cientos de años de su elaboración parece haber logrado lo imposible: unir al arte con la milicia, la industria generadora de muerte y lo atemporal del objeto conmemorativo. Se trata de una maravilla que debió en su tiempo ser testimonio de horror. La industria militar que apuntala al imperio. Arqueólogos y científicos se han propuesto extraer sin daño muchas figuras más; el ideal de la conservación, la totalidad del recinto, sin daño alguno, piezas completas en perfecto estado, sin dañar siquiera el esmalte policromo que se cree era su acabado original en los tiempos de esplendor de la dinastía de Qin Shi Huang.

Qué maravilla poderlos apreciar así. Pero no hoy. Porque hoy no se dispone de la tecnología que se requiere para hacerlo una realidad. Será mejor esperar a desarrollar herramientas y permitir y que sean otras generaciones quienes disfruten del espectáculo.

Esta simple referencia, a manera de ejemplo, muestra la importancia del sentido de la prudencia, que busca preservar para los próximos, para el continuo humano, es decir para nosotros mismos los seres humanos, pero en generaciones que no han nacido, los tesoros que muestran la gloria de civilizaciones pasadas. El presente que se organiza y reserva al futuro el descubrimiento de la gloria pasada.

Como las ondas del mar que conjugan tiempo y movimiento, se muestran en un antes y un después como crestas y valles que no se agotan en el plano, pues su recato radica en no dejar todo a la vez al descubierto. Y si es para bien, que así sea. Que la cultura se preserve y cultivemos la paciencia.

IX. El Compromiso de Responder a la Sociedad.

Debemos retomar antiguas formas, imaginar y desarrollar otras nuevas. La reforma constitucional de 2008 volteó a ver que desde el tiempo inmemorial se idearon otras formas de solución de conflictos, hoy antiguas y abandonadas, fueron idóneas y útiles en su momento.

El determinismo judicial sólo es moda de los últimos 400 años de tradición eurocéntrica; antes se recurría a los consejos de los sabios, por la experiencia acumulada a través de la dura realidad de haber vivido, por ancianos, palabra que encierra las ideas de audacia y resistencia. En palabras de Fernando Savater quien escribió: “Después de tantos años estudiando la ética, he llegado a la conclusión de que toda ella se resume en tres virtudes: coraje para vivir, generosidad para convivir y prudencia para sobrevivir”. Eran ellos los encargados de definir los conflictos de interés para modular, regular y restañar la convivencia social. Para prevenir su descomposición y detener los intentos por socavarla. La justicia, para serlo, primero debe delimitar la función de satisfacer intereses y el requisito de auto preservarse.

La justicia es una noción social, por ende, no puede aprovecharse individualmente por persona alguna en concreto ni en solitario. Los más grandes pensadores han dudado de la existencia mundana de este valor. Se ha afirmado (Kelsen) que en una sociedad donde los bienes son escasos, la justicia es un concepto inasequible.

Pero no siempre fue así, justicia no es la decisión y por ende finalización del conflicto. Justicia es la moderación de los intereses y el restablecimiento de la convivencia. Entonces no puede hablarse de justicia para una de las partes sino de justicia social. La decisión implica que los participantes cesen en su rijosidad, pero no es cuestión de triunfo ni derrota individual, es un tema trascendente de paz social. Tampoco es un monopolio estatal.

X. El Estado mínimo a través de la diversificación y privatización del servicio de impartición de justicia.

¿Cuál es la forma ideal de la justicia y el mejor sistema para alcanzarla? La historia humana es empírica y errática. Tiempo ha habido para proponer hipótesis, probarlas, desecharlas y sustituirlas por otras nuevas con resultados más o menos positivos; sin embargo, de lo que no cabe duda es de que hemos avanzado.

De la sociedad primitiva a la civilizada y del origen animal a la era científica. El ser humano ha seguido su propio proceso evolutivo y es la única especie autoconsciente, auto referente, que ha generado una cultura al preservar sus experiencias y transmitir el conocimiento durante generaciones. ¿Por qué no, entonces, un cambio en las formas que permita una sustancia más pura? La teoría pura del derecho no fue la solución. De nada sirvió sobreponer la norma al ser humano para educar en la tiranía de la ley y en el culto a la norma jurídica, cosa, no persona.

La nueva concepción pro-persona que sitúa al ser humano a la vez como creador y destinatario del derecho, permite colocarlo en el centro de atención en dos planos ópticos: individuo y sociedad; a la vez que buscamos reducir la ley y el derecho a mera herramienta o instrumento material para alcanzar la justicia, como factor de convivencia social.

Siendo necesidad común, es responsabilidad de todos; y cada solución debe considerar siempre el equilibrio necesario entre los intereses individuales y el interés común. La noción de orden público lo evidencia, la falta de interiorización y análisis en consciencia de este concepto es lo que ha llevado a la humanidad al estado de desigualdad tan grave que conocemos y que a nadie satisface: pobres que carecen del mínimo vital y los inmensamente ricos que no logran llenar su vacío existencial.

El sinónimo de justicia es equilibrio; por el contrario, desequilibrio es el concepto de contaminación. La comparación, el abuso y el delito, pueden conducirnos en un proceso involutivo que provoque la extinción de nuestra y otras especies, individualmente o en conjunto y antes o después, más tarde o más temprano.

Cada que se comete un delito corremos el riesgo de padecer dos crímenes: el cometido por el ofensor y la impunidad por el Estado.

Esto es válido no sólo en la materia penal, ya se ha intentado la privatización de los servicios públicos, ¿por qué no simplemente generar condiciones para facilitar, fomentar y reconocer la eficacia de los medios alternos, que quitan presión a las instituciones? Se busca evidenciar la posibilidad del conflicto, el acuerdo previo acerca de la forma de actuar para evitar, moderar y resolver cualquier desacuerdo y concientizar, de manera responsable la necesidad del medio de solución.

XI. Reglas ICC.

Es necesario contemplar, además de la vertiente del sistema estatal deductivista o tradicional, el esfuerzo de las instituciones como el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México a través del Centro de Justicia Alternativa, que funciona en el servicio de difusión, capacitación, certificación de mediadores públicos y privados y registro de los convenios alcanzados por los mediados. Lo mismo han hecho los poderes judiciales locales de todas las entidades federativas, agrupadas bajo la Red Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias.^{xiii}

Además, existen las instituciones privadas que han buscado propiciar la resolución de conflictos a partir de una organización central, de carácter nacional o internacional, con reglas propias mínimas.

Ejemplo de ello es la *International Chamber of Commerce ICC* que desde hace 100 años se esfuerza en sistematizar, organizar y brindar un servicio de administración de arbitrajes y mediaciones a través de reglas de funcionamiento que asocian a los profesionales de diversos países bajo el común denominador del interés de resolver conflictos, de fondo, con rapidez y eficacia; y con total respeto de la voluntad de los solicitantes.

En este sentido se hallan redactadas las *ICC Arbitration Rules*, en su última versión aplicables desde y el 1 de enero de 2021 las *Mediation Rules* que operan desde el 1 de enero de 2014.^{xiv}

Al respecto, cabe decir que, en solamente 43 y 10 artículos, respectivamente, se regulan los procedimientos de estos dos tipos, administrados alrededor del mundo.

XII. El Ente Biológico Digno.

Bajo la anterior concepción aristotélica del *zoon politicon* o del animal racional, se redujo al ser humano al producto insospechado de una forma de evolución accidental, inevitable, que si bien ya lo definió por la capacidad de pensar en abstracto, parece dar la idea de que irremediablemente este accidente de la autoconsciencia pudo ocurrir a cualquier especie; de esta forma se negó al *homo sapiens-sapiens* la habilidad para ser el constructor de su destino al trazar su ruta de vida basado en las consecuencias de sus actos y decisiones proactivas.

Es cierto que la pertenencia del ser humano al reino animal resulta muy útil en este estudio para definir nuestra psicología y proceso de toma de decisiones, donde la razón no es el único elemento a considerar, sino también las emociones que nos configuran.

Esto requiere un nuevo concepto: el *ente biológico digno*.

La reforma constitucional de 10 de junio de 2011 introdujo en el artículo 1 de la Constitución la palabra dignidad; se trata de un principio fundamental, que se incorpora al sistema jurídico positivo a partir de una categoría filosófica preexistente y no un concepto jurídico; por tanto, no se debe buscar su significado semántico en el estrecho campo del derecho, sino en el vasto imperio del pensamiento atemporal.

En el ámbito académico he sostenido que, para mí, los métodos modernos de enseñanza del derecho deben partir, al menos de tres enfoques principales: la filosofía, la sociología y la ciencia; y asimismo propongo que, el derecho es la rama instrumental de la filosofía; por ello, atribuyo a los conceptos un campo semántico trascendente a todas las ramas del comportamiento humano. Por ello creo que la dignidad define al ser humano como sujeto auténtico.

Propongo la noción del ente biológico digno como la concepción contemporánea del ser humano que pretende identificar un valor supremo que no lo defina, sino que le permita un espacio para autodefinirse, como ser autoconsciente, autorreferente y responsable de sí y de otros.

XIII. Ubicación de la Mediación en la Filosofía Contemporánea.

Las formas filosóficas que nos ubican actualmente en la corriente del postmodernismo reconocen una verdad: que existe una sola visión del mundo, la visión del mundo para mí; sólo que cuando esta verdad absoluta es declarada por más de siete mil quinientos millones de personas al unísono, se produce una postal caleidoscópica que debe interpretarse en forma fraccionada, focalizada, temporal y relativa.

Las categorías clásicas del aquí y el ahora, que fijan al ser humano en un punto específico del tiempo y el espacio, deben adaptar la relación de la intersubjetividad o lo que podría expresarse como lo que sucede cuando un individuo y todos los individuos se reconocen a la vez como integrantes de la colectividad y a partir de esta realidad se enfrentan a ella con la esperanza de ser aceptados con un papel, si no preponderante, al menos significativo. Es la lucha por el espacio circundante y el deseo de ser reconocido.

A partir de esto, se ha dicho que:

“la política de la interpretación exige una respuesta dialéctica de una consciencia crítica digna de ese nombre. En lugar de no interferencia y especialización, debe haber interferencia, cruce de fronteras y obstáculos, un intento decidido de generalizar exactamente en aquellos puntos en que parezca imposible hacer generalizaciones”.^{xv}

Y, asimismo:

“lo que compartían era la esperanza de que los hechos observables y cuantificables, registrados por expertos, constituirían la verdad demostrada que requería la humanidad. La precisión substituiría a la metafísica; la planificación resolvería los conflictos. Lo que sucedió, en cambio, fue que se abrió el camino a una visión del mundo en la que todo y todos (sic) podría reducirse a un factor de cálculo, y el cálculo era beneficio.”^{xvi}

XIV. La Consciencia Metafísica y la Proyección del Futuro.

Pasado es lo que se ha descubierto, para bien o para mal, nos deja la experiencia y nos constituye; presente es realidad, vivencia y capacidad de elección. El futuro resulta indefinible, potencia que exige acción presente para construirse.

El ser humano es hasta hoy la única especie consciente del futuro y hacia él se proyecta en sus acciones; vivimos la búsqueda incesante del sentido de la existencia, por ello el esfuerzo para trascender.

En efecto, a partir del pensamiento de Spinoza y Kierkegaard, muchos seres han tomado consciencia de que la complejidad humana abarca tanto una presencia física, material; e igualmente emocional o espiritual; esa identidad ahora reconocida dio origen a nuevas teorías metafísicas que a la fecha no acaban de ser aceptadas como ciencias –basta recordar las críticas al trabajo de Freud, Jung y Adler–; sin embargo, resulta indudable que son factores en el intento de definir al ser humano como auténtico e inacabado, un verdadero estadio en el proceso evolutivo que busca comprender al mundo, a los otros seres y a sí mismo.

Coincido con Alfonso Reyes:

“lo que debe procurarse es una prudente armonía entre cuerpo y alma. La tarea de la moral consiste en dar a la naturaleza lo suyo sin exceso, y sin perder de vista los ideales dictados por la conciencia. Si el hombre no cumple debidamente sus necesidades materiales, se encuentra en estado de ineptitud para las tareas del espíritu y para realizar los mandamientos del bien.”^{xvii}

Acorde a lo expuesto, la multiplicidad de ópticas involucra la necesidad de soluciones confeccionadas a la medida de los seres humanos, agrupados bajo el concepto de intersubjetividad; entonces, para abordar el conflicto desde su ámbito más íntimo resulta lógica y necesaria la participación activa de los involucrados. ¿Quién ideó en la más despótica posición de autoritarismo mecanicista y cosificante, un sistema que deja fuera de la ecuación a los factores humanos del conflicto? La moderna concepción de la *personae* reconoce al ente digno un estado mínimo de madurez capaz de buscar por sí mismo respuestas y procurarse soluciones aceptables, el producto final constituye en concreto una idea de fuente íntima, que si es compartida determina la medida exacta del compromiso asumido; esto garantiza la efectividad.

XV. Naturaleza Humana y Origen del Conflicto.

Conocer estas características obliga al actuar consciente. Debemos actuar en consecuencia para no traicionar a nuestro género.

La cultura puede definirse como el intento de suprimir los instintos básicos del ser humano; así como buscamos negar nuestra pertenencia al reino animal, igualmente pretendemos olvidar una naturaleza más remota: que el ser humano es un ente dialéctico constituido por materia y consciencia; la primera pertenece a lo óntico, al mundo real y la última se ubica en el mundo de las ideas, lo deóntico, el deber ser, ideal. Esto evidencia una esencia inmaterial que se manifiesta a través de un cuerpo físico. No somos seres vivos con consciencia, sino seres eternos encarnados, con presencia material y también con un sentido de sí mismos. El ser humano existe porque tiene vida y vive porque es consciente de su existencia.

De aquí deriva que al tener esa capacidad de consciencia de su pertenencia espiritual, todo esfuerzo de entendimiento de la conducta humana debe interesarse por descubrir el carácter intrínseco de su motivación o lo que es lo mismo, la pulsión de vida que lo anima.

En general todos los seres vivos realizan un esfuerzo inconsciente por sobrevivir, esto evidencia un primitivo instinto de conservación que hace que el hongo se aferre a la roca, la planta busque la humedad de la tierra y la sombra de otras más grandes, el animal busca alimentos, la seguridad de la cueva y la cercanía de otros de su especie para unir fuerzas y reproducirse; además huye de todo aquello que lo pueda dañar. A partir de esta naturaleza debemos entender que el ser humano comparte todas esas necesidades básicas y el avance evolutivo radica en que también busca aprender: conocer el mundo y conocerse a sí mismo.

La historia de la cultura es simplemente el desarrollo de este esfuerzo humano de intentar una y otra forma de preservarse ante las fuerzas de la naturaleza mediante una inventiva que surge sobre la marcha y adapta su afán a las circunstancias. Es esta la razón de que la historia haya tomado muchos rumbos y éstos, aunque diversos, sólo evidencian la capacidad de adaptación a las condiciones del mundo material. Además, observamos que las mismas decisiones fundamentales de las relaciones humanas se repiten una y otra vez en el espacio geográfico a través del tiempo, lo que confirma la idea de su carácter instintivo.

Visto así, es lógico que el hongo invada otras colonias de hongos, para aprovechar en ese espacio mejor la luz del sol (energía) o bien la sombra, según su característica; la planta buscará por sus medios un suelo más fértil, con mejores nutrientes, más o menos humedad y luz, según su necesidad. Tal parece que la sola condición de vivir es fuente de conflicto, porque el vivo requiere preservarse.

Tenemos presente que el primer riesgo general de la vida es el de perder la vida. Ahora, el animal se desplaza por el mundo en busca de todo lo anterior y lucha contra otros de su especie, surge la paradoja de ser gregario y a la vez sectario, distingue a los propios de los ajenos según su capacidad de proteger a más o menos, conforme a las condiciones de vida. Éste es el origen de las familias y grupos más o menos extensos de individuos afiliados. La sociedad surge a partir de dos individuos y el límite máximo se determina por la capacidad de cohesión y de dar satisfacción a las necesidades, según los intereses comunes.

Hemos visto grandes comunidades de animales y el equivalente humano se muestra en la compleja realidad de convivencia en ciudades donde millones de personas subsisten en la medida que encuentran los satisfactores necesarios, bajo modelos organizacionales, inclusivos y excluyentes, con reglas de especialización y roles. Pero frente a la convivencia y satisfacción mutua, la interdependencia conoce un límite, ya sea entre dos personas o naciones, surge el conflicto por la disponibilidad de recursos, energía, nutrientes, habitación y condiciones de progreso.

Puede resultar útil ser conscientes del instinto de supervivencia a baja y grande escala para entender la necesidad material del ser humano; la potencialidad de la hipótesis de conflicto late en la relación familiar, entre empresas o países. Se trata de la búsqueda del satisfactor para asegurar la supervivencia del cuerpo.

Toda acción en busca de comodidad y lujos, todos los requerimientos de alimentación y salud atienden a la supervivencia y las necesidades de seguridad incluida la vivienda, mientras que el trabajo es la forma de producir y obtener los satisfactores. Esta ansia de poseer, un instinto, es la primera causa del acaparamiento y se reviste de razonabilidad justificativa del establecimiento del derecho de propiedad. Aún el delito es una forma efectiva de obtener satisfactores, con la consecuencia de que al negar la propiedad del otro puede llegar a generar una nueva, incluso considerando el alto costo de perder la libertad. Éste es el signo del amor a las cosas y el miedo de perderlas. Genera el apego material. Todas las cosas se representan como el oro; el valor material intrínseco.

No hay nada malo en desearlo, con el límite ético de la moderación, ésta se ubica como relación armónica entre la necesidad y la utilidad.

Los excesos agobian el alma.

Pero la naturaleza humana es más compleja.

Recordemos la esencia espiritual.

Ésta también requiere nutrientes ¿de qué tipo? ¿Existe igualmente el afán de dominio y el sentido de propiedad en el ámbito de las emociones?

-Sí-.

Miedo y amor, dos emociones extremas de fuerza equivalente; siempre se encuentran presentes y siempre queremos más amor.

Amor es la causa y finalidad de la afinidad, la amistad, las relaciones de pareja, origen y justificación de la familia como célula básica de la sociedad. La pérdida de moderación y sentido crítico en la relación humana es consecuencia de la otra forma de ansia de poseer los bienes emocionales. Deseo de ser amado o respetado o reconocido y admirado, ser centro de atención y merecedor de honores; recibir, buscar y exigir ese insumo emocional es causa de abusos a las personas. Quien domina la cosa busca por igual someter la voluntad de las demás personas e imponer en ellas su posición e idea. La paradoja de su éxito radica en dominar al otro, pero le resulta frustrante advertir que la persona en posición de dominada se convierte en cosa y al no ofrecer más resistencia carece de valor como objeto de dominación. La persona sometida es inútil y requiere ser substituida. En el marco de estas relaciones se origina la violencia.

Es útil ser consciente de que la vida del ser humano transcurre en forma dinámica y multívoca, nos reinventamos a cada instante; por ello es evidente que siempre es factible la reconciliación. La mediación puede ser una técnica efectiva para alcanzar este objetivo.

XVI. Panorama de Soluciones y Conclusiones.

El ser humano se encuentra animado por el deseo de trascender; esto sólo se logra en sociedad, por ello no es posible concebir al ente biológico digno separado del grupo, impregnado de una pulsión de bien, que muestra el deseo de supervivencia en unidad con otros de la misma especie, a partir de sus afinidades, aunque continuamente deba superar los conflictos que surgen como posibilidad de cambio.

Si este es el hombre, ¿con qué me quedo?

Soy muestra de todo lo bueno y malo que habita la tierra.

Sólo tengo la capacidad de renovarme cada día y esta característica humana me brinda la capacidad de elegir, que viene cargada con una gran responsabilidad de asumir las consecuencias de mis actos.

Entonces decidir debe ser un acto consciente.

Podemos suponer que los animales que acumulan alimentos para las épocas de escasez piensan en el futuro; el futuro existe a partir de los actos presentes que trascienden.

Para los seres humanos este sentido de la trascendencia se aparta de las acciones de supervivencia como la simple provisión.

Se trata de establecer en todos los otros la memoria de mi propia existencia y tiene que ver con lograr un equilibrio presente entre la certeza de la muerte y la posibilidad de la vida.

La vida tiene un límite, sólo su memoria perdura con carácter atemporal, por eso al ser humano no le satisface conformarse con habitar el plano físico y luego desaparecer; ha de esforzarse en trascender.

La idea de justicia se tiene como valor supremo, la justicia divina, que se vive en la realidad, la justicia de un tercero que es entonces impuesta para acallar, para someter al inconforme y sostener el estado de cosas, que justifica el orden social a través del orden jurídico ideado para calmar, no curar; y la justicia de los involucrados que surge del equilibrio de intereses. Es este el escenario en que la mediación y los mediadores, pueden alcanzar un impacto social, como generadores de armonía y de paz para la sociedad.

El modelo económico de la cadena alimenticia es fiel reflejo de la lucha por la supervivencia y resulta igualmente aplicable para explicar las relaciones humanas, por muy avanzadas que se pretendan.

El procedimiento en la mediación puede parecer simple y muchos lo califican de inútil; las cosas más simples son las realmente importantes, las que perduran y finalmente las que todos podemos entender, la mediación no requiere elevarse al lenguaje de los dioses porque el promedio de la gente con problemas no se encuentra entre los grandes doctores de la ley; requiere sin embargo de un acercamiento directo y de un lenguaje claro, que toque las fibras más profundas de sus emociones y sentimientos; que anuncie la verdad.

Lo contrario de normal no es anormal, puede ser excepcional; toda palabra se desdobla, se rompe y crea para nosotros una nueva realidad, por ello la mediación, permite participar en el proceso de generación de las ideas y plasmarlas en el acuerdo de transacción. Al final, aunque se trate de grandes instituciones, el conflicto es siempre humano.

Veo a los Estados, países, naciones, organizaciones públicas y privadas, nacionales e internacionales, con y sin fines de lucro, ayuda humanitaria, políticas, religiosas, deportivas, comunidades, mutualistas, de género, grupos minoritarios, de conservación y equilibrio ecológico, de autoayuda, sociedades médicas, colectivos periodísticos, colegios de ingenieros, barras de abogados y grupos de migrantes, asilados y refugiados; los humanos en interacción y en conflicto, en busca del beneficio común e involucrados en la persecución de objetivos que siempre tienen dos ópticas: la individual y la de grupo.

El conflicto surge de la pretensión de posesión, primero de lo material, luego de personas, la angustia de perder la idea, el registro de los derechos de autor, se ha llegado a reconocer el patrimonio inmaterial; en este entorno algunos eligen el oro, otros prefieren quedarse con la persona.

BIBLIOGRAFÍA

- ADAMS DAVID, Cultura de Paz: Una Utopía Posible. México, Herder, 2014.
- ARRESE IGOR, Héctor Oscar, Derecho, Intersubjetividad y Justicia. México, Neisa, Unsam Edit, Jorge Baduino Ediciones. 1ª. Ed. 2018.
- BERGER John, Another Way of Telling, Journal of Social Reconstruction 1, (enero-marzo 1980); Cit. Por SAID, Edward W.
- FOSTER Hal, La Posmodernidad. Editorial Kairós, Barcelona, 8ª. Ed. 2015.
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio. Iusmoralismo(s). Cevallos Editora Jurídica, Ecuador, 2015.
- SAID, Edward W. Antagonistas, Públicos, Seguidores y Comunidad, en La Posmodernidad, edición a cargo de FOSTER Hal, Editorial Kairós, Barcelona, 8ª. Ed. 2015.
- SALDAÑA SERRANO Javier, El Papel de la Ética Judicial en el Nuevo Modelo de Juez del Estado Constitucional de Derecho. México, Porrúa, UNAM, 2016.
- REYES, Alfonso, Cartilla Moral; Opúsculos, El Colegio Nacional.

Publicación digital

- La isla de las discusiones y la isla de los acuerdos: el peculiar modo escocés de resolver conflictos. <https://magnet.xataka.com/idos-de-hoy-y-siempre/isla-discusiones-isla-acuerdos-peculiar-modo-escoces-resolver-conflictos> consultado el 16 de marzo de 2019.
- <https://www.scjn.gob.mx/transparencia/obligaciones-de-transparencia/informe>
- <https://www.inegi.org.mx/programas/ccpv/2020/tableros/panorama/>
- <https://www.siged.sep.gob.mx/SIGED/docentes.html>
- <https://www.pjenl.gob.mx/RedNacionalMASC/>

Normativa Nacional

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Código Civil Federal.

Normativa Internacional

- ICC 2021 Arbitration Rules and 2014 Mediation Rules.

La protección de datos personales en el arbitraje comercial



Sofía Gómez Ruano^{xviii}

I. Resumen introductorio

El derecho a la protección de datos personales ha sido reconocido a nivel internacional como un derecho humano. Los marcos normativos nacionales para la protección de datos personales son, por lo general, considerados de orden público^{xix} y, por tanto, deben respetarse durante el tratamiento de datos personales que se realiza con motivo de un arbitraje.

En México, el derecho a la protección de los datos personales está reconocido por los artículos 6^{xx} y 16^{xxi} de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y se regula, para el ámbito privado, por la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares (“LFPDP”) y su reglamento (“RLFPDP”). Adicionalmente, pueden resultar también aplicables, ya sea por la materia o por su ámbito de aplicación extraterritorial,

marcos normativos como el reglamento europeo de la protección de datos personales (el “Reglamento General de Protección de Datos Personales” conocido por sus siglas en inglés “GDPR”) u otras leyes nacionales, como la brasileña (la “Ley General de Protección de Datos” o “LGPD”). Independientemente del marco jurídico aplicable, existen principios de la protección de datos personales que son comunes en la mayoría de las jurisdicciones que los protegen.

Instituciones arbitrales como la CCI han tomado medidas para cumplir y apoyar a los árbitros a cumplir con la normatividad y los principios de protección de datos personales.

En el mes de febrero de 2020, el *International Council For Commercial Arbitration* (“ICCA”) en un esfuerzo conjunto con la *International Bar Association* (“IBA”) y con la asistencia de la Corte Permanente de Arbitraje, publicó un borrador del reporte sobre la protección de datos personales en el arbitraje para consulta pública^{xxii} en el que analiza de qué manera se podrían cumplir con los principios de protección de datos personales en un arbitraje.

Este artículo tiene como propósito analizar, de forma general, el tratamiento de los datos personales en el arbitraje, el marco legal aplicable a la protección de datos personales y algunos de los principios comunes de la protección de datos personales.

II. Tratamiento de datos personales en el arbitraje

Los marcos legales de la protección de datos personales tienen por objeto regular su tratamiento. Para estar en posibilidad de analizar su aplicación al arbitraje, es indispensable tener claridad sobre: (i) quiénes son los titulares de los datos personales, (ii) cuáles son sus datos personales, (iii) qué se entiende por el tratamiento de los datos personales; y (iv) quiénes están obligados a la protección de los datos personales.

(i) ¿Quiénes son los titulares de los datos personales?

Son titulares de los datos personales, las personas físicas a quienes corresponden los datos^{xxiii} y, por tanto, quienes ejercen el derecho a la autodeterminación para el tratamiento de sus datos personales. Las personas morales no son titulares de datos personales y, por tanto, la normativa en materia de datos personales no protege su información.

Una vez establecido lo anterior, es posible identificar que en un arbitraje se llegan a tratar los datos personales de diferentes titulares, entre estos: las partes del procedimiento (cuando todas o alguna de ellas es persona física) y sus representantes; sus abogados, los árbitros y, en su caso, los secretarios administrativos; los testigos; los peritos, los proveedores de otros servicios como traducción, estenografía, videograbación, entre otros (cuando son personas físicas), y otras personas cuyos datos pueden llegarse a incluir en las pruebas que se ofrecen durante el arbitraje.^{xxiv}

III. Tratamiento de datos personales en el arbitraje

Los marcos legales de la protección de datos personales tienen por objeto regular su tratamiento. Para estar en posibilidad de analizar su aplicación al arbitraje, es indispensable tener claridad sobre: (i) quiénes son los titulares de los datos personales, (ii) cuáles son sus datos personales, (iii) qué se entiende por el tratamiento de los datos personales; y (iv) quiénes están obligados a la protección de los datos personales.

(ii) ¿Quiénes son los titulares de los datos personales?

Son titulares de los datos personales, las personas físicas a quienes corresponden los datos^{xxv} y, por tanto, quienes ejercen el derecho a la autodeterminación para el tratamiento de sus datos personales. Las personas morales no son titulares de datos personales y, por tanto, la normativa en materia de datos personales no protege su información.

Una vez establecido lo anterior, es posible identificar que en un arbitraje se llegan a tratar los datos personales de diferentes titulares, entre estos: las partes del procedimiento (cuando todas o alguna de ellas es persona física) y sus representantes; sus abogados, los árbitros y, en su caso, los secretarios administrativos; los testigos; los peritos, los proveedores de otros servicios como traducción, estenografía, videograbación, entre otros (cuando son personas físicas), y otras personas cuyos datos pueden llegarse a incluir en las pruebas que se ofrecen durante el arbitraje.^{xxvi}

(iii) ¿Cuáles son sus datos personales?

La ley mexicana define los datos personales como “*cualquier información concerniente a una persona física identificada o identificable.*”^{xxvii}

Por ejemplo, se consideran datos personales de un árbitro: su nombre, nacionalidad, teléfono, correo electrónico, imagen y firma, entre otros que se pudieran llegar a recabar durante el procedimiento arbitral. Actualmente, con la celebración de audiencias virtuales se llegan a recabar datos adicionales como la imagen y el registro de voz de los titulares.

Ciertos datos personales se consideran además “sensibles” por tratarse de datos personales que “*afectan a la esfera más íntima de su titular, o cuya utilización indebida puede dar origen a discriminación o conllevar un riesgo grave para éste. En particular, se consideran sensibles aquellos que puedan revelar aspectos como origen racial o étnico, estado de salud presente y futuro, información genética, creencias religiosas, filosóficas y morales, afiliación sindical, opiniones políticas, preferencia sexual.*” La ley mexicana da también a los datos de carácter patrimonial y financiero un tratamiento distinto.

En un arbitraje pueden, por ejemplo, llegarse a tratar datos sensibles o de carácter financiero o patrimonial de las partes (cuando son personas físicas) como: el número de la cuenta bancaria con la pagaron el anticipo para el arbitraje, los datos derivados de estados de cuenta bancarios que presentan como prueba, su tenencia accionaria en una sociedad, y su participación en un fideicomiso, por mencionar algunos.

A raíz de la pandemia por Covid-19 también se presentan casos en que las Partes, los testigos u otros participantes en el arbitraje comparten sus datos de salud al informar que padecen la enfermedad por Covid-19 o que no les es posible participar en una audiencia presencial por tener alguna condición de salud de riesgo.

Por otra parte, es conveniente mencionar que, en algunas jurisdicciones, existe debate sobre si ciertos datos califican como datos personales y en qué condiciones. Por ejemplo, el registro de voz de una persona.

(iv) ¿Qué se entiende por el tratamiento de datos personales?

Los datos personales deben protegerse durante todo el ciclo de vida de su tratamiento. Según lo previsto por la legislación mexicana el tratamiento de los datos personales comprende: *la obtención, uso, divulgación o almacenamiento de datos personales, por cualquier medio*. Además, en la ley se aclara que *el uso, abarca cualquier acción de acceso, manejo, aprovechamiento, transferencia o disposición de datos personales*.^{xxviii}

Tomando en consideración la definición anterior, no hay duda de que en un arbitraje se puede llegar a realizar el tratamiento de datos personales, desde la etapa de su preparación, durante y una vez finalizado el arbitraje.

Como parte de ese tratamiento se pueden presentar transferencias de datos personales, es decir, la transmisión de datos de un “responsable” (según se define más adelante) de los datos personales a un tercero que termina siendo un “responsable” de los datos también. Los marcos normativos nacionales suelen establecer requisitos específicos para las transferencias de datos que pueden llegar a ser más onerosos en caso de que la transferencia sea internacional.

La legislación mexicana establece como requisitos para la transferencia de datos personales a terceros nacionales o extranjeros, el comunicar a estos el aviso de privacidad y las finalidades a las que el titular sujetó su tratamiento, y señala que el tercero al que se transmiten los datos asumirá las mismas obligaciones que corresponden al responsable que le transfirió los datos.^{xxix} Sin embargo, otros marcos normativos imponen mayores restricciones a las transferencias internacionales. Por ejemplo, el GDPR establece requerimientos especiales para la transferencia de datos personales a aquellos países que no ofrecen una protección adecuada de los datos personales. A la fecha, México no está en la lista de los países que la Comisión Europea ha decidido ofrecen ese nivel de protección adecuada.

Adicionalmente, pueden presentarse remisiones de datos, que son las transmisiones de datos entre un “responsable” (según se define más adelante) y un “encargado” (según se define más adelante).

(v) ¿Quiénes están obligados a la protección de los datos personales?

Las personas físicas y las personas morales que tratan datos personales están obligadas a su protección. Por ejemplo, en un arbitraje comercial, podemos encontrar que los datos personales pueden llegar a ser tratados por: las instituciones arbitrales; los abogados de las partes; los árbitros; los expertos; y otros proveedores de servicios.

Sin embargo, las obligaciones de quiénes tratan los datos personales varían dependiendo del rol que desempeñen en el tratamiento de los datos personales. Generalmente, y la ley mexicana no es la excepción, se realiza una distinción entre quienes actúan como “responsables” del tratamiento de datos personales (en inglés se les conoce como “*collectors*”), y los “encargados” del tratamiento de los datos personales (en inglés se les conoce como “*processors*”).

El “responsable” es conforme a la ley, la persona física o moral, a quien el titular confía el tratamiento de sus datos personales y quien decide sobre el mismo.^{xxx} Dentro de las obligaciones que tiene el responsable están: (a) tratar la información conforme a los principios de la protección de datos personales; (b) informar a los titulares sobre el tratamiento; (c) solicitar consentimiento para tratamientos que así lo requieran; (d) respetar lo previsto por el aviso de privacidad (incluyendo lo relativo a las transferencias); (e) establecer medidas de seguridad administrativas, físicas y técnicas; (f) informar al titular sobre vulneraciones de seguridad; y (g) atender las solicitudes de acceso, rectificación, cancelación y oposición al tratamiento de datos personales.

El “encargado”, por su parte, trata los datos por cuenta del responsable y conforme a sus instrucciones.^{xxxi} La ley establece que la relación entre el “responsable” y el “encargado” y, por tanto, la remisión de los datos entre ellos debe estar documentada.^{xxxii}

En un arbitraje, las instituciones arbitrales y los árbitros son considerados responsables del tratamiento de datos personales. Por tanto, instituciones arbitrales como la CCI han tomado medidas para estar en cumplimiento con la normativa de protección de datos europea.

Entre las acciones que ha tomado la CCI están: (a) la publicación de su aviso de privacidad en el que informa sobre el tratamiento de datos personales que realiza con motivo de sus actividades y los servicios que presta conforme a sus diferentes reglamentos para la solución de controversias;^{xxxiii} y (b) la modificación de la “Nota a las Partes y al Tribunal Arbitral sobre la conducción del Arbitraje de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la CCI” para incluir un apartado dedicado a la protección de datos personales por el cual,

entre otros puntos, informa que actúa como “responsable” de datos personales, las finalidades para las cuales trata los datos personales, y que la aceptación por parte de los titulares a participar en un arbitraje es un reconocimiento a la necesidad de que sus datos personales sean tratados.^{xxxiv}

Adicionalmente, la CCI ha puesto a disposición de los árbitros una cláusula modelo para su inclusión en la orden procesal número 1 como una guía para cuando es aplicable el GDPR o alguna legislación similar de protección de datos personales al arbitraje.^{xxxv}

Por otra parte, los prestadores de servicios de traducción o estenografía, entre otros, se consideran “encargados” que actuarán conforme a las instrucciones de un “responsable”. Por tanto, sería necesario documentar la relación jurídica entre el “responsable” y el “encargado”, y establecer, entre otros puntos, la obligación de los encargados de limitar el tratamiento de los datos personales a cumplir con el objeto del contrato, así como eliminar los datos una vez cumplido con el mismo.

IV. Marco legal aplicable a la protección de datos personales y principios comunes de la protección de datos personales

La protección de datos personales es una obligación legal, cuyo incumplimiento puede acarrear la imposición de sanciones importantes para aquellos que tratan los datos personales sin cumplir con las disposiciones legales aplicables. Por tanto, es recomendable que en un arbitraje quienes funjan como responsables o encargados identifiquen el marco legal que es aplicable para cumplir con sus disposiciones.

En el arbitraje comercial internacional es común que se traten datos personales de titulares sujetos a diferentes jurisdicciones y, por tanto, que sean aplicables dentro de un mismo arbitraje diferentes marcos legales de la protección de datos personales.

La normativa mexicana en materia de protección de datos personales es aplicable: (a) cuando ya sea el responsable o el encargado están ubicados o establecidos en México; (b) derivado de la celebración de un contrato o en términos del derecho internacional; o (c) cuando el responsable no está establecido en México, pero utiliza medios situados en dicho territorio.^{xxxvi}

El GDPR^{xxxvii} y la LGPDB,^{xxxviii} entre otros marcos normativos, tienen un ámbito de aplicación extraterritorial que hay que tener en cuenta. Por ejemplo, si en un tribunal arbitral una de las partes (persona física) reside en Brasil, le será aplicable la LGPDB para la protección de sus datos personales al haberse recabado sus datos personales en ese país.

Ante la posible coexistencia de diversos marcos legales aplicables a la protección de datos personales en el arbitraje, es recomendable tomar como punto de partida para su cumplimiento, los diferentes principios de la protección de datos personales que son comunes en la mayoría de las normativas nacionales. A continuación se comentan algunos de los principios comunes tomando como punto de partida lo previsto por la legislación mexicana.

(i) El principio de licitud

Este principio obliga a los responsables a que el tratamiento se realice con apego y cumplimiento a lo dispuesto por la legislación mexicana y el derecho internacional.^{xxxix}

Por ejemplo, en cumplimiento de este principio, el tribunal arbitral podría ordenar la exhibición de un documento suprimiendo los datos personales por considerar que no se requiere de su tratamiento para la solución de la disputa.

(ii) El principio de consentimiento

Este principio sujeta el tratamiento de los datos personales al consentimiento del titular, salvo por las excepciones previstas en la ley.^{xl} Entre las excepciones, está previsto que el tratamiento de datos personales tenga el propósito de cumplir obligaciones derivadas de una relación jurídica entre el titular y el responsable,^{xli} así como la posibilidad de transferir datos personales sin consentimiento del titular para la administración de justicia.^{xlii}

Al respecto, vale la pena mencionar que en la ley de datos de Brasil se estableció expresamente como una excepción al consentimiento para el tratamiento de datos personales, que los datos personales se traten para un arbitraje.^{xliii}

Conforme a la legislación mexicana y considerando la naturaleza contractual del arbitraje, el tratamiento de los datos personales de las partes y los árbitros en un arbitraje está, desde mi punto de vista, exceptuado del requisito del consentimiento. Lo anterior, en la medida en que los datos sean tratados para cumplir con el objeto del contrato, es decir, la solución de la controversia por ese mecanismo.

Lo anterior no es así, por ejemplo, con los datos personales de los testigos, al no ser ellos parte del contrato. Por tanto, la parte que recaba su testimonio deberá evaluar si puede transferir sus datos sin necesidad de obtener su consentimiento conforme a la excepción prevista en la ley para la transferencia de datos con el propósito de contribuir a la administración de justicia, o bien, obtiene el consentimiento del testigo para el tratamiento de sus datos personales en el arbitraje.

La cláusula que la CCI propone a los árbitros para incluir en la orden procesal número 1, establece que las partes y sus representantes son responsables de notificar un aviso de privacidad a los titulares cuyos datos se presentarán en el arbitraje.

(iii) El principio de finalidad

Conforme a este principio, los datos personales sólo pueden ser tratados para el cumplimiento de la finalidad o finalidades establecidas en el aviso de privacidad.^{xliv} Por ejemplo, conforme a lo previsto por su aviso de privacidad, la CCI únicamente tratará los datos personales que recabe para prestar los servicios y las actividades de solución de controversias conforme a sus reglamentos.^{xlv}

(iv) El principio de lealtad

Es aquél por el cual se establece la obligación de tratar los datos personales privilegiando la protección de los intereses del titular y la expectativa razonable de privacidad.^{xlvi}

Por ejemplo, cuando los abogados de parte preparan su caso pueden encontrarse con correos electrónicos que identifican a personas que no son parte del arbitraje ni empleados de las partes. Por tanto, deberán evaluar, entre otros puntos, si esos titulares esperaban ese tratamiento de sus datos personales, si su presentación tendría consecuencias adversas para ellos y si su tratamiento está justificado.

(v) El principio de proporcionalidad

Este principio se refiere a que solo podrán ser objeto de tratamiento los datos personales que resulten necesarios, adecuados y relevantes en relación con las finalidades para las que se hayan obtenido.^{xlvii} Este principio está relacionado con el criterio de minimización por el cual el “responsable” deberá realizar esfuerzos razonables para que los datos personales tratados sean los mínimos necesarios de acuerdo con la finalidad del tratamiento que tenga lugar.^{xlviii}

Este punto también es abordado por la cláusula que la CCI propone a los árbitros incluir en la orden procesal número 1, que dispone que las partes y sus representantes son responsables de minimizar los datos personales que serán tratados en el arbitraje. Por ejemplo, si se presentó un accidente de un empleado durante la construcción de una planta, y existen otras pruebas de las que se desprende el accidente, conforme al principio de proporcionalidad y el criterio de minimización, no debería presentarse en la audiencia la fotografía del empleado accidentado.

(vi) El principio de calidad

Este principio se cumple cuando los datos personales tratados sean exactos, completos, pertinentes, correctos y actualizados según se requiera para el cumplimiento de la finalidad para la cual son tratados,^{xlix} e implica también determinar los procedimientos y plazos para la conservación y posterior bloqueo y supresión de los datos personales.

Por ejemplo, un árbitro podría incluir en el acta de misión el plazo durante el cual conservará la documentación relacionada con el arbitraje (incluyendo los datos personales) para conocimiento de las partes.

(vii) El principio de responsabilidad

En virtud de este principio el responsable tiene la obligación de velar y responder por el tratamiento de los datos personales que se encuentren bajo su custodia o posesión, o por aquéllos que haya comunicado a un encargado, ya sea que este último se encuentre o no en México.ⁱ

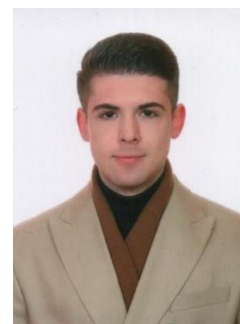
Es importante agregar que el responsable tiene conforme a la ley, la carga de probar que ha cumplido con la normativa.ⁱⁱ Por tanto, por ejemplo, incluir disposiciones sobre la protección de datos personales en el acta de misión y/o la orden procesal número 1 podrían permitir al tribunal arbitral acreditar las acciones que ha tomado encaminadas a cumplir con la normativa aplicable.

V. Conclusión

Durante la preparación del arbitraje, su desarrollo y una vez terminado el mismo, los abogados de parte, árbitros e instituciones arbitrales deben tener en cuenta la existencia de obligaciones en materia de protección de datos personales.

En este artículo se abordan solo algunos aspectos a considerar en la protección de datos personales en el arbitraje, sin embargo, hay muchos otros temas importantes a tener en cuenta y atender conforme a la legislación que resulte aplicable, como las medidas de seguridad técnicas, físicas y administrativas que se deben implementar durante el arbitraje, el ejercicio de los derechos ARCO, la atención de incidentes de seguridad durante el arbitraje, las condiciones para la supresión de datos personales una vez terminado el arbitraje, entre otros.

Un primer análisis geoestratégico de las sedes de Arbitraje ICC. Centralismo frente a reparto territorial. México-Madrid-Miami centros del Arbitraje en español.



[Dr. Jordi Sellarés Serra](#). Secretario General. ICC España

Barcelona, 1966. Licenciado en Derecho (Universitat de Barcelona, UB, 1984-1989). Máster en Relaciones Internacionales (University of Cambridge, 1990-1991). Doctor en Derecho (UB, 2002). Desde 1991, profesor asociado de Derecho Internacional Público (UB y ESADE). Comité Español de la Cámara de Comercio Internacional: Asesor Técnico (1993-2004), Vicesecretario (2004-2008), Director (2008-2011) y Secretario General (2011 -).

[Sr. Daniel Gracianteparaluceta Santa Cruz](#)

Estudiante de Grado de Relaciones Internacionales de la Universidad de Deusto. Colaborador en prácticas en ICC España. Vitoria-Gasteiz, 1999. Grado en Relaciones Internacionales (Universidad de Deusto, 2017 - actualidad). Grado en Estudios Internacionales (Korea University of Seoul, 2019-2020). Representante de la Oficina Municipal de Información Joven del Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz (2015-2017).

Resumen

En 20 años el arbitraje mundial ha crecido exponencialmente. Algunas ciudades concentran muchos arbitrajes. Hay 2 planteamientos. Países con una única sede arbitral (Reino Unido o Francia, con Londres y París), y países que reparten sus sedes arbitrales entre sus ciudades (Alemania, Estados Unidos, Suiza). España o México están entre ambos y compiten con Miami como centro arbitral en español.

El arbitraje como actividad atractiva.

El arbitraje es la práctica de solventar un conflicto o litigio entre dos o más entidades sin la necesidad de acudir a la jurisdicción ordinaria. Mediante este procedimiento, las partes acuerdan nombrar a otra tercera parte independiente y neutral, el árbitro, que se encargará de resolver dicho litigio. Esta resolución ha de hacerse, además, acorde a la legislación elegida por las partes.

El arbitraje en todos sus subtipos –internacional, comercial, de inversiones o incluso interestatal- se caracteriza por la flexibilidad, que da a las partes la posibilidad de hacerse un “traje a medida”, eligiendo el idioma, el derecho, y el lugar en que se reunirán con las partes. Analizando un poco este último extremo, una primera idea sería buscar un punto intermedio, que no sea en el país de la contraparte, pero que no quede lejos de ambos. Seguramente, por ejemplo, Estocolmo fue el lugar preferido en la época soviética para los arbitrajes entre empresas occidentales y el régimen comunista de la URSS, porque Suecia era un Estado neutral, queda entre ambos bloques, y su gobierno socialdemócrata no era un enemigoⁱⁱⁱ. Luego se añaden otras consideraciones más logísticas, como que sea de fácil acceso –por ello, los grandes centros arbitrales, hoy en día, radican cerca de “hubs” o núcleos de comunicaciones, con facilidades de acceso en vuelos, trenes o carretera. Por ello mismo, se suele preferir un lugar que tenga también las industrias hoteleras, restauración y del ocio que hacen más agradable la estancia en un lugar. Por ello, ahora que la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional ha abierto una oficina en São Paulo para recibir las solicitudes de arbitraje, aceptar el pago en reales y así evitar el recargo tributario brasileño, sigue habiendo abogados que prefieren presentar su solicitud de arbitraje en persona en París. Porque se complementa la obligación profesional con el placer del turismo de calidad, la posibilidad de ir a la ópera o al teatro, acudir a restaurantes de relumbrón, permitir al cónyuge pasar las tardes de compras o simplemente jugar a golf el fin de semana. Aunque ha habido arbitrajes ICC en Vientianne, Laos, se pueden contar con los dedos de una mano. ¿Quién escoge Phnom Penh, en Camboya, como sede de un arbitraje importante? En cambio, el número de casos en que las partes deciden ir a París, Londres, Ginebra, Zúrich o Nueva York, –contarlos con una mano es imposible- es tan importante que el arbitraje internacional es una industria local en sí misma.

Por ello los países intentan atraer tantos arbitrajes como sea posible, porque supone un estímulo a la industria de los servicios turísticos de calidad, que permite diversificarlas y mejorarlas, garantizando un mínimo de clientes de gama alta, y al tiempo supone generar una influencia intangible, invisible, pero real en el mundo que coloca en esas plazas la solución de sus problemas, y puede ser modelo de otros países, y genera intercambios mutuamente beneficiosos. Estudiar en Cambridge, Harvard, Moscú o Deusto deja en las personas una “querencia” por esos sitios, en cada caso diferente, que les garantiza su influencia posterior, y las coloca en el mapa mundial.

Cierto es que en el momento de escribir esas líneas, en la tercera ola de la pandemia de COVID-19, en que prácticamente todo lo anterior está prohibido (viajar, ir a la ópera, el teatro, a restaurantes, de compras o incluso reunirse en persona para esos intercambios de ideas o experiencias). Todas esas ventajas pasan a un segundo lugar. Pero queda una cuestión jurídica. Aunque el arbitraje puede deslocalizarse –reuniones virtuales por videoconferencia, ahora muy potenciadas, reunirse en un sitio aunque el lugar oficial de la reunión sea otro-, el lugar del arbitraje indicará qué tribunales locales son competentes para un eventual recurso de nulidad del laudo. Es la aplicación del principio de “Compétence-Compétence”, y este juez será quien decidirá sobre la correcta realización del arbitraje. Por ello, se buscan lugares en que su derecho local –las normas de arbitraje- sean proclives al arbitraje y sus jueces –como colaboradores del proceso arbitral y como eventuales revisores del proceso en el recurso de nulidad- no estén en contra de esa alternativa a la jurisdicción ordinaria.

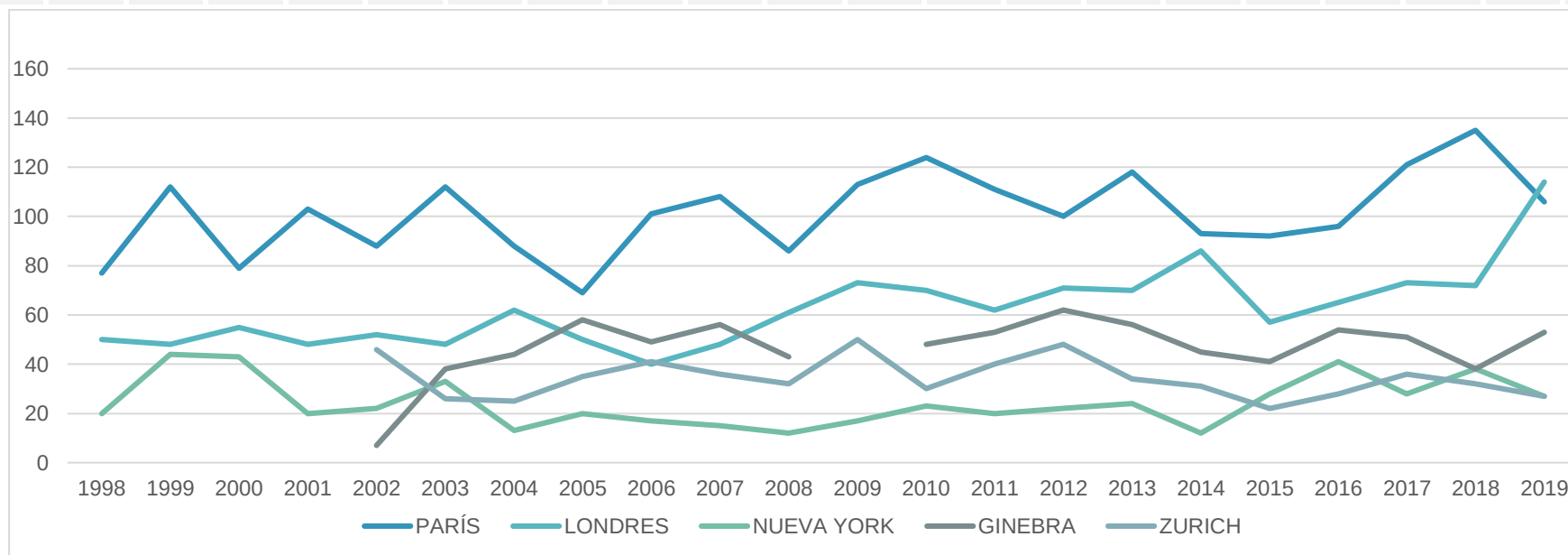
España en el circuito arbitral mundial.

Durante años, en España, aunque la ley de arbitraje de 1953 parecía prever esta opción, el arbitraje era casi imposible –se pedía doble compromiso arbitral, los jueces siempre se declaraban competentes y no aceptaban la excepción, al final había que protocolizar notarialmente los laudos, etc.- España era una jurisdicción hostil al arbitraje. Por ello, la Corte –que suple la falta de acuerdos entre las partes para facilitar la continuidad del arbitraje y su eficacia final- nunca decidía radicar en España ningún caso. Los pocos que había eran por acuerdo entre las partes. Con la ley de arbitraje de 1988 esa enemistad legislativa contra el arbitraje desapareció, pero siguió siendo un lugar en que la Corte Internacional de Arbitraje no confiaba. La ICC, “motu proprio”, nunca decidió fijar en España la sede de un arbitraje ICC.

Aún en 1995 una sentencia del Tribunal Supremo español exigía la protocolización del laudo arbitral ICC para su ejecución en España –aunque aplicaba la ley de 1953 al hacerlo-. La Corte no decidiría establecer en España una sede arbitral, sin acuerdo expreso por las partes, y por decisión unilateral de la institución, hasta el año 2004. Posteriormente la Corte ha escogido nuevamente Madrid como sede de un caso de arbitraje ICC los años 2009, 2010, 2011, 2015, 2016, 2017 y 2018. En ese mismo plazo, también ha seleccionado Barcelona (2009 y 2013) y Valencia (2013 y 2015) en una ocasión.

Con ello, si bien en 1988 hubo tres casos de sede de arbitraje ICC en España, los siguientes años sólo había uno, y así siguió hasta 1996. Sin embargo, con la nueva Ley de arbitraje del 2003, el arbitraje ha perdido en España casi todos sus enemigos y se ha disparado el uso de sedes en España. Así, si en 2002 ya pasamos a 6 sedes, en 2005 fueron 17 y desde entonces, la mayoría de los años la cifra ha estado por encima de 10, rondando la quincena (en 2019, 16 en España y 15 de ellas en Madrid). Incluso con las dificultades que la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que ha hecho una interpretación extensiva del “orden público económico” para tener una puerta a la anulación de laudos arbitrales –ninguno ICC, eso sí-. El número de arbitrajes en Madrid ha crecido exponencialmente. Gracias a los cambios normativos, pero también gracias a un esfuerzo constante, coordinado, de las autoridades autonómicas y locales pero también de las instituciones arbitrales locales y del “mundillo” arbitral local –se prefieren autodenominar “la comunidad arbitral”-, para posicionar Madrid como una plaza principal en el arbitraje mundial.

Ciudades	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019
París	77	112	79	103	88	112	88	69	101	108	86	113	124	111	100	118	93	92	96	121	135	106
Londres	50	48	55	61	52	48	62	50	40	58	61	73	70	62	71	70	86	57	65	73	72	114
Nueva York	20	44	43	20	22	33	13	20	17	15	12	17	23	20	22	24	12	28	41	28	38	27
Ginebra					7	38	44	58	49	56	43		48	53	62	56	45	41	54	51	38	53
Zurich		84			46	26	25	35	41	36	32	50	30	40	48	34	31	22	28	36	32	27



Centralismo o descentralización territorial arbitral.

La gran mayoría de los arbitrajes se realizan en las capitales de los Estados donde dichos arbitrajes tienen lugar. Entre 1988 y 2018, por ejemplo, de los 267 arbitrajes realizados en España, 217 fueron en Madrid y el resto en otras ciudades, destacando entre ellas Barcelona con 44. Otros países, como la Confederación Suiza, son mucho más descentralizados, repartiendo sus arbitrajes de forma más equitativa entre sus principales ciudades (Zúrich, Berna, Basilea, Ginebra, etc). El Reino Unido, en cambio, es un ejemplo de absoluto centralismo, ya que la práctica totalidad de los arbitrajes se han realizado en Londres^{liii}. Entre 2003 y 2019, el Reino Unido ha acogido 1109 sedes de arbitraje ICC. Sólo en 4 de todos esos casos no se han reunido en Londres. En el mismo período, Francia ha sido lugar de arbitraje en 1805 casos, y fuera de París sólo ha habido 17. En cambio, en Suiza ha habido 1531 asuntos, Zúrich ha recogido un 32 % y Ginebra un 63 % (851 asuntos), mientras que en 107 ocasiones las partes se han reunido con los árbitros en otro lugar de Suiza. Finalmente, Si entre esos años, 2003 y 2019, 820 arbitrajes radicaron en Estados Unidos, sólo 390 lo hicieron en Nueva York.

Con ello, en la selección de las sedes arbitrales, descubrimos una consecuencia de la perspectiva de cada Estado al estructurarse. Los Estados federales (Suiza, Estados Unidos), reparten juego entre sus grandes ciudades y no eliminan las pequeñas. En Alemania, por ejemplo, 11 ciudades alemanas fueron sedes de arbitraje ICC en 2014. Frankfurt am Main lo fue 11 veces en 2013, 10 en 2012, 14 en 2011, 16 en 2009, o 18 en 2008. En 2008, por otro lado, Dusseldorf albergó 7 arbitrajes, en 2008 Hamburgo tuvo 8 y en 2007 Múnich recogió 7. En cambio, los de perspectiva radial (Francia, Reino Unido), en el centro se concentra todo, o casi. España se acerca a este segundo grupo, pero no se equipará a esos países porque hay aún sedes esparcidas por su territorio.

Centros del arbitraje ICC en español

En la liga de las grandes capitales del arbitraje, mundial Madrid siempre ha pretendido ser el centro del arbitraje en lengua española. Entiende que es su mercado natural, por la ventaja del idioma. Su competidor no declarado ha sido Miami, en Florida, Estados Unidos, donde el español es de uso habitual, además de por tener vuelos directos desde casi todos los países iberoamericanos, y ser el lugar de evasión o veraneo de parte de sus élites (musicales, políticas, deportivas y jurídicas), se convierte en una plaza arbitral amiga y cómoda, aunque su derecho local esté en inglés y sus jueces sean de la tradición del “common law”.

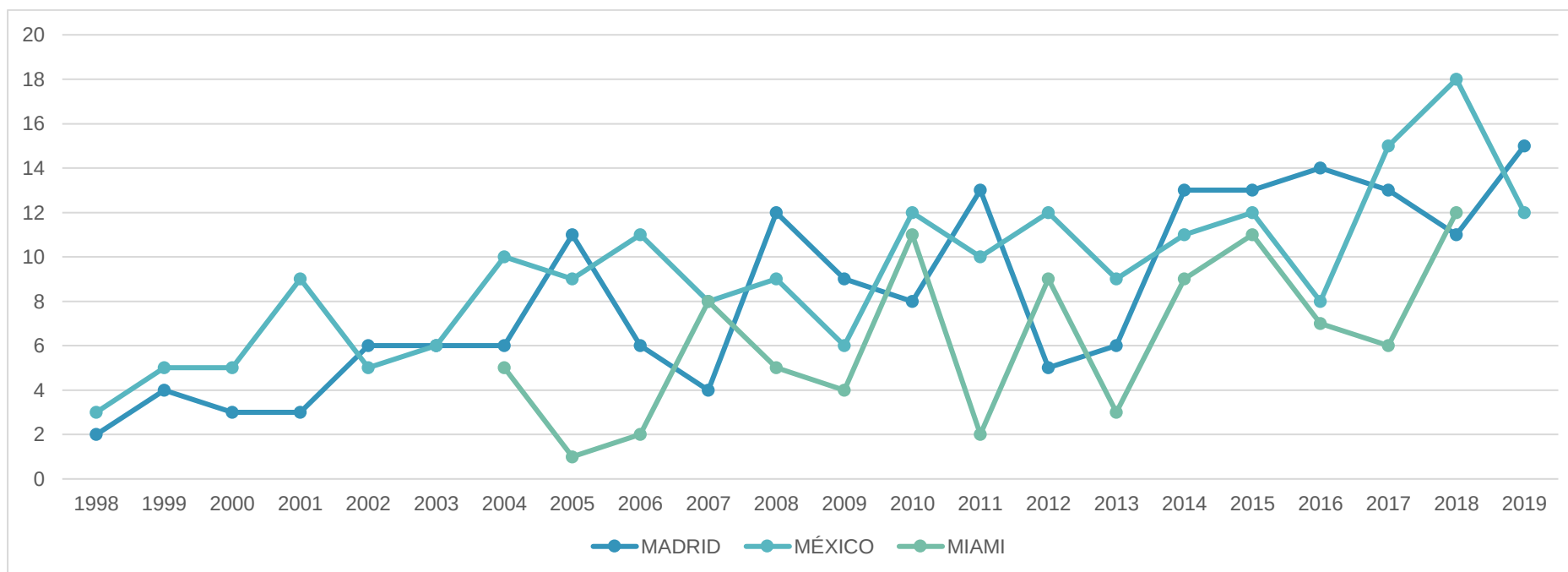


Por ello, se reunían hasta el 2019 cada noviembre en Miami más de 500 personas de los grandes despachos, en el mayor evento de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, para debatir en español sobre las novedades, pero sobre todo para ver y ser visto, en esta industria concreta que ya es el arbitraje internacional. A Miami iban los que querían llevarse a Madrid parte de este pastel. Sin embargo, si uno analiza los datos disponibles –esta investigación se basa en la información publicada por la Corte Internacional de Arbitraje de la ICC en sus boletines- descubre que el competidor real de Madrid, para esa posición, no es Miami sino Ciudad de México. Ciudad de México no sólo está por delante de Miami o Madrid en arbitrajes ICC sino que incluso logra tener sedes arbitrales de casos administrados por la London Court of International Arbitration.

PAUTA 95

MARZO 2021

Ciudades	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019
Madrid	2	4	3	3	6	6	6	11	6	4	12	9	8	13	5	6	13	13	14	13	11	15
México	3	5	5	9	5	6	10	9	11	8	9	6	12	10	12	9	11	12	8	15	18	12
Miami							5	1	2	8	5	4	11	2	9	3	9	11	7	6	12	



Hay otra liga por debajo de la anterior, la de los lugares que se conforman con tener de vez en cuando un caso. Si en 2009 Nogales, en 2016 Mérida (la mexicana) o Guadalajara –asimismo en México, porque en la homónima de España no nos consta que haya habido nunca un arbitraje ICC- ha sido sede un arbitraje ICC en 2017, año en que igualmente Monterrey (también el de México, no el de California) ha atraído dos sedes arbitrales ICC, en España ha habido arbitrajes ICC en Cádiz (2016), La Coruña (2009), Sevilla (2007), Bilbao (2005), Oviedo (2004) o en Pamplona (1999). También ha habido arbitrajes ICC en Topeka (Kansas) o en Wyoming, por citar al azar un par de sitios en Estados Unidos. Las ciudades pequeñas también pueden protagonizar arbitrajes internacionales. Nada impide que las partes elijan un lugar original para su arbitraje. Por ello ahora Andorra intenta atraer arbitrajes.

Con todo, la atracción no se logra creando instituciones arbitrales locales. Nada impide que se creen, pero estas nuevas instituciones deberán consolidarse, con lo que se necesita un trabajo de promoción de la institución, en el propio lugar y en el mundo, divulgando su cláusula, logrando que algunas se incluyan en contratos, y derivando de ello que unos años después (5, 6, quizá más) algunos de esos contratos acaben con problemas que exijan el inicio de un arbitraje. Para cuando haya una masa crítica de arbitrajes sometidos a esa institución que la hagan viable, pueden haber pasado 15 ó 20 años. Es mucho más práctico generar las condiciones que hagan atractivo el arbitraje en ese lugar.

Algunas conclusiones

Parece claro que la institución que permite una variedad mayor de sitios en los que radicar un arbitraje es la Cámara de Comercio Internacional, muy por delante de sus instituciones arbitrales competidoras. También podemos asumir que, si se esparcen las sedes arbitrales en un país, el efecto multiplicador del arbitraje – como solución alternativa a la judicial, pero también como actividad económica que permite servicios locales de gran valor añadido- es mucho mayor. Puede apreciarse que los países con mayor nivel de descentralización política tienden igualmente a una mayor descentralización de sedes arbitrales, como en los casos de Suiza, Estados Unidos o Alemania. Aquellos con un mayor grado de centralización, como Francia y algunas excepciones como el Reino Unido, tienden a realizar la práctica totalidad de los arbitrajes en sus respectivas capitales. España y México, que se encontrarían en un punto intermedio entre los dos polos mencionados, compiten con Miami en el ámbito hispanohablante, con sus capitales, Madrid y Ciudad de México como principales sedes arbitrales.

Si bien hay una gran disparidad en las formas mediante las cuales se reparten las sedes arbitrales, el reparto heterogéneo de arbitrajes en un mismo país es interesante y beneficioso, puesto que fomenta el atractivo y el renombre de aquellas ciudades no tan conocidas y/o convencionales; asimismo, sus economías también se ven estimuladas por ello en una gran variedad de ámbitos; es por esto por lo que podría considerarse que atraer el mayor número de arbitrajes posible y diversificarlos de una forma menos centralista, es una opción sumamente beneficiosa para los países en muchos aspectos^{liv}.

La arbitrabilidad y el criterio de la libre disponibilidad de los derechos



James Graham*

Socio y cabeza de la práctica arbitral, 3CT

Es bien sabido por los practicantes del arbitraje, no existe en México una definición, o una lista exacta de las materias arbitrables. Se propusieron dos criterios principales. Francisco González de Cossío en su tiempo propuso la renunciabilidad al derecho^{lv}, mientras que el autor de las presentes líneas sugiere la libre disponibilidad del derecho como criterio de la arbitrabilidad^{lvi}. Tiempo después, González de Cossío publicó un artículo^{lvii} en el cual aceptó que la renunciabilidad no era el criterio correcto^{lviii}, más la libre disponibilidad tampoco. Sin embargo, no por ser dogmático, sino con el único ánimo de encontrar una solución al problema, quisiéramos demostrar que nuestro estimado colega no tiene toda la razón en su análisis, en particular cuando afirma:

Propongo que refinemos este tema y nos deshagamos de los criterios que establecen lo contrario. La determinación de arbitrabilidad no reposa en la disponibilidad, sino en observar que el derecho aplicable a un órgano o poder judicial determinado con jurisdicción exclusiva. Puntolix.

Para poder hacer correctamente nuestra demostración, vamos en primer lugar a dibujar los contornos del criterio (I) para así poder definirlo (II), y finalmente aplicarlo (III).

I.- Los contornos del criterio

El concepto de la libre disposición tiene su raíz en el Derecho francés^{lx}, en particular en el artículo 2059 del Código civil que establece:

Toutes les personnes peuvent compromettre sur les droits dont elles ont la libre disposition. (Todas las personas pueden comprometer sobre derechos de los cuales tengan la libre disposición).

El Derecho mexicano tiene algo similar. El Código civil federal reglamenta en sus artículos 2944 *sq.* la transacción, pero no da una definición, sino una lista limitativa de las causas que no son transigibles. *A contrario*, si es transigible es porque es disponible, o *viceversa*, si es disponible es transigible. El Código civil de Nuevo León nos propone unos ejemplos significativos en relación con el estado civil:

Art. 34.- El estado civil de las personas es de orden público, es indivisible, inalienable, imprescriptible y susceptible de posesión. No será materia de convalidación, disminución, desconocimiento, transacción ni de compromiso en árbitros; sin embargo, sí será válida la transacción que verse sobre los derechos patrimoniales que de la declaración de estado civil pudieran derivarse a favor de una persona;

Art. 254.- Los cónyuges no pueden celebrar transacción ni compromiso en árbitros, acerca de la nulidad del matrimonio.

Art. 321.- El derecho de recibir alimentos no es renunciable, ni puede ser objeto de transacción.

Es entonces disponible el derecho que no sea indisponible por Ley o que no pueda ser objeto de una transacción. Se puede considerar que entre transigibilidad y disponibilidad, hay sólo una diferencia semántica.

Ahora bien, ¿qué significa la “disponibilidad” de un derecho? González de Cossío hace un estudio muy exhaustivo del concepto de la disponibilidad, a la cual no hay razones para no estar de acuerdo. Al final llega a la conclusión de que hay derechos irrenunciables más arbitrables, lo que es nuestra postura. Sin embargo, no demuestra porque el criterio de la disponibilidad no sería el criterio de la arbitrabilidad, sino brinca de un salto a la conclusión de que la inarbitrabilidad ocurre “(i) por disposición legislativa expresa, o (ii) porque existe jurisdicción exclusiva”, lo que es una conclusión errónea.

II.- La definición del criterio

Ahora bien, si es cierto que *a grosso modo* la distinción disponible/indisponible se parece a la distinción patrimonial/extrapatrimonial, sin embargo, las nociones no se confunden. Por ejemplo, el derecho moral es un derecho extrapatrimonial, sin embargo, es también un derecho disponible. En otras palabras, no existe una definición intrínseca del concepto. Es caso por caso, que el juez tiene que constatar la disponibilidad o no del derecho objeto de la controversia.

Para retomar unos ejemplos de González de Cossío:

- Los accionistas de sociedades anónimas solían no poder renunciar a su derecho de voto,
- Los autores no pueden renunciar a sus derechos morales,
- Los herederos no pueden repudiar una sucesión previa al fallecimiento del testador;

Se debe constatar que: i) no es cierto que el derecho de voto o el derecho moral no es disponible; una cosa es que no se pueda renunciar, otra cosa es que no sea disponible. Prueba es que el derecho moral puede ser objeto de un contrato de licencia; el derecho de voto puede ser vendido a través de la venta de la acción, por ejemplo, véase, según el tipo de sociedad, ser vendido de manera separada; ii) sólo el último ejemplo es un verdadero derecho indisponible, y lógicamente inarbitrable. Se puede arbitrar el contrato de licencia del derecho moral; se puede arbitrar una compraventa de acciones (con el derecho de voto); no se puede arbitrar el derecho y sus consecuencias al no poder repudiar una sucesión potencial.

III.- La aplicación del criterio

Lo que sí es cierto, y como González de Cossío lo demuestra, tampoco se trata de un criterio perfecto. Nuestro colega propone como conclusión:

Dicho todo lo anterior, ¿cuándo es una materia no arbitrable? - Cuando el derecho no permita que la misma sea resuelta en arbitraje. Y ello ocurre de dos maneras: (i) por disposición expresa, o (ii) porque existe jurisdicción exclusiva⁶¹.

Si el primer punto es obvio – existe una inarbitrabilidad legislativa -, el segundo punto es altamente discutible. Por ejemplo, no existe alguna disposición legislativa mexicana que establezca la inarbitrabilidad de los contratos de intermediarios con fines de corrupción de funcionarios públicos. Tampoco, existe una jurisdicción exclusiva. Una disputa en relación con el contrato (típicamente el no-pago de los honorarios del intermediario) es arbitrable^{lxii}, porque el derecho de contratar intermediarios es un derecho disponible, sin embargo, el contrato es nulo por ilicitud del objeto. Ahora bien, la disponibilidad del derecho conlleva sólo a la arbitrabilidad, mas no garantiza la licitud del contrato de base.

Otro ejemplo es el del contrato de subrogación de maternidad. La cuestión es si la “renta de maternidad” es un derecho; y un derecho disponible. Asimismo, bajo otro ángulo, la cuestión es si los bebés son “objetos” que puedan estar en el comercio. Empezamos con la renta del vientre de la madre. Se considera que en principio el cuerpo humano es indisponible. No se pueden vender sus órganos, pero sí el cabello, o, como en los viejos tiempos, la leche materna, por ejemplo. En otras palabras, sólo las “cosas” del cuerpo que no pueden regenerarse, y que no pongan en riesgo la salud, son indisponibles^{lxiii}. Ahora bien, suponemos un contrato hecho en India entre una pareja mexicana con una mujer hindú, bajo el Derecho indio que considera la subrogación como legal. Y dicho contrato contiene una cláusula arbitral. La mujer entrega al bebé, mas no recibe su pago, y va al arbitraje. El tribunal arbitral condena a la pareja mexicana al cumplimiento de la obligación de pago. La mujer viene a México a ejecutar su laudo. Varias hipótesis existen. Primero, el contrato es arbitrable porque el derecho es disponible bajo el Derecho mexicano, pero el objeto del contrato de base es ilícito, y por lo tanto el laudo es inejecutable. Segundo, existe una inarbitrabilidad *ab initio* porque el vientre de la mujer es indisponible, y el laudo también es inejecutable. O, el asunto es arbitrable, y el objeto del contrato es lícito bajo el Derecho hindú, sin embargo, va en contra del orden público internacional, porque es “chocante” la renta del cuerpo humano. Y claro, también puede ser que simplemente el laudo es ejecutable. Como se ve, una cosa es la arbitrabilidad, otra cosa es si el laudo es ejecutable. Claro que los árbitros tienen por misión de hacer un laudo si posible ejecutable. Si suponemos que la pareja se fue a vivir a California, pues el laudo hubiera sido ejecutado sin ningún problema. Entonces, la cuestión es si se puede o no arbitrar el asunto, sin considerar como condición exclusiva la posible ejecución del fallo arbitral. Y para saber si es arbitrable, pues regresamos al criterio de la disponibilidad. Y para saber si tal derecho es disponible, se debe considerar el Derecho sobre el fondo: ¿el orden jurídico interno acepta el negocio de la subrogación? ¿O lo considera en contra del orden público interno? Con respecto al segundo punto, bajo ese ángulo es obvio que hay una inarbitrabilidad absoluta, porque ningún país permite la venta de bebés, ya que no son objetos en el comercio.

El mismo razonamiento es aplicable a “las cuestiones reguladas por normas imperativas o prohibitivas”, que la tesis *Maquinaria Igsa*^{lxiv} declaró inarbitrable. Es desde la famosa sentencia *Mitsubishi*^{lxv} de la Suprema Corte americana, que se considera que los litigios que versen sobre cuestiones de orden público, como el Derecho de la competencia económica, por ejemplo, sí son arbitrables bajo la reserva de que el tribunal arbitral tenga la obligación de aplicar “imperativamente” esas normas. Un acuerdo de entendimiento de precios es arbitrable porque es un derecho disponible (el de contratar), más el orden público internacional impone cuáles reglas deben de aplicarse. En otras palabras, este último no determina la disponibilidad de los derechos.

En este contexto, se inscribe la problemática de las cláusulas compromisorias en los contratos de consumo. La Ley Federal del Consumidor, tal cual, no prohíbe el arbitraje; sin embargo, el consumidor goza de una garantía constitucional de protección, tal como se refleja el antagonismo en la siguiente tesis:

PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR. LA EXISTENCIA DE UNA CLÁUSULA ARBITRAL EN CONTRATOS DE ADHESIÓN NO PUEDE SER EL SUSTENTO PARA QUE EL JUEZ DE PRIMERA INSTANCIA DECLARE OFICIOSAMENTE SU INCOMPETENCIA PARA CONOCER DE UN PROCEDIMIENTO COLECTIVO.

En transacciones mercantiles comunes, las cláusulas arbitrales son suscritas con miras a solucionar las controversias comerciales que puedan suscitarse entre las partes; sin embargo, cuando los consumidores se agrupan y ejercen una acción colectiva, ésta tiene la finalidad de hacer valer derechos que las personas tienen como clase consumidora, y no sólo como partes de una relación mercantil, mediante un procedimiento jurisdiccional de mayor alcance, en cuyo caso las partes no necesariamente deben someterse al arbitraje dada la situación excepcional. Considerar lo contrario, implicaría aplicar rigurosamente disposiciones ordinarias mercantiles y **pasar por alto que se está ante una relación de consumo regulada por disposiciones constitucionales y legales de orden público que son irrenunciables**; además de que también se privaría a la colectividad de consumidores de ciertos beneficios en concreto que se buscan con la promoción de una acción colectiva y los cuales no pudieran obtenerse con el trámite de procedimientos individuales, ya sea jurisdiccionales o arbitrales, entre los que se encuentran la economía procesal, la oportunidad de que otros miembros de la colectividad que están en igual situación se adhieran -siempre que prueben que son titulares del derecho y que éste fue vulnerado- y así desincentivar posibles abusos y malas prácticas por parte del proveedor, así como obtener una sentencia que brinde un estatus homogéneo a la colectividad y evitar posibles fallos contradictorios que pueden generarse con la promoción de diversos procedimientos individuales. **Así, en el caso de relaciones de consumo, considerar al arbitraje como el medio idóneo para resolver controversias entre las partes haría nugatorios los derechos de la colectividad consumidora toda vez que, en primer término, se estaría obstaculizando su derecho constitucional de organizarse con la finalidad de proteger sus intereses y, en segundo, se le estaría privando de todos los beneficios que traen los procedimientos colectivos.** De ahí que la existencia de una cláusula arbitral en un contrato de adhesión no puede ser el sustento para que la autoridad jurisdiccional de primera instancia declare oficiosamente su incompetencia para conocer de un procedimiento colectivo^{lxvi}.

Nos parece que el fallo no va en la dirección adecuada. No existe obstáculo alguno para que las acciones colectivas sean resueltas vía arbitraje, aunque estemos en presencia de derechos “irrenunciables”. No es porque el consumidor es una parte “protegida”, que el tribunal arbitral no pudiera garantizarle tal protección. Los derechos de los consumidores son disponibles y por lo tanto arbitrables, a condición de que la propia cláusula arbitral no sea abusiva por sí misma - lo que es otra cuestión -, y que se aplique la legislación protectriz de los consumidores.

En conclusión, a pesar de lo imperfecto que sea el criterio, es el menos malo para definir la arbitrabilidad. No es casualidad que muchos Derechos extranjeros apliquen el criterio de la disponibilidad de los derechos para definir la arbitrabilidad, tal como el Derecho francés ya mencionado, el Derecho español, o la Ley arbitral de la OHADA^{lxvii}, verbigracia. Ahora bien, para citar a Oweb Feltham, “la perfección es inmutable. Pero para las cosas imperfectas, el cambio es la forma de perfeccionarlas”. Creo que el cambio es de aceptar el criterio de la disponibilidad, y aplicarnos – simplemente – a perfeccionarlo. Criterio, el cual, a propósito, es también libremente disponible.

Reflexiones sobre la admisibilidad de la prueba ilícita en arbitraje internacional



Josafat Paredes Camarena

Jennifer L. Parmesly *et al.* señalan que la resolución de cualquier disputa depende fundamentalmente de si la parte que sostiene determinada pretensión ha cumplido con su carga de la prueba; es decir, que dicha parte haya presentado pruebas suficientes y de suficiente credibilidad como para convencer al tribunal.⁵

Sin embargo, a pesar de la importancia que reviste el éxito de probar un caso, los citados autores refieren que nos encontramos frente a un tema que no es frecuentemente discutido dentro del arbitraje internacional. Por lo anterior, dentro de su análisis proponen lo siguiente:

“...sostenemos que puede resultar valioso tratar los asuntos relacionados con la prueba entre los árbitros y las partes en las primeras etapas del arbitraje, no sólo para equiparar las posibilidades de las partes y fomentar la integridad e imparcialidad del proceso, sino también para, en última instancia, velar por la eficacia del laudo arbitral y protegerlo de eventuales impugnaciones. Al centrar la discusión en [tres]⁶ puntos concretos, consideramos que la flexibilidad característica del arbitraje queda preservada, y a su vez se promueve la claridad y fiabilidad del proceso arbitral.”⁷

⁵ Parmesly, Jennifer *et al.* “La carga de la prueba y la admisibilidad en arbitraje internacional: asuntos que merecen una temprana audiencia.”, en Flores Senties Héctor (Editor), Retos Contemporáneos del Arbitraje Internacional, México, Tirant lo blanch, 2018, p. 99.

⁶ (i) La carga de la prueba; (ii) el estándar probatorio; y (iii) la admisibilidad de la prueba.
⁷ Parmesly, Jennifer *et al.*, *op. cit.*, p. 101.

Al respecto, surgen algunas cuestiones interesantes, ya que por una parte se propone el dilucidar aspectos relacionados con la prueba desde los inicios del procedimiento arbitral, pero a su vez se habla de centrar la discusión en puntos concretos, para no entorpecer o deformar su flexibilidad.

Si bien es cierto que el pronunciamiento de un tribunal desde un inicio tendría un efecto significativo sobre el desarrollo del procedimiento, uno de los temas que difícilmente podrían ser discutidos durante la fase temprana de un arbitraje y que se encuentra relacionado con el derecho probatorio,⁸ es aquél relacionado con la admisibilidad de la prueba cuando ésta pueda o llegue a tildarse de ilícita.

En principio puede considerarse que por una mera cuestión lógica, dentro de un procedimiento como lo es el arbitraje, se esperaría que toda la evidencia presentada por las partes contendientes en apoyo de su caso debiera revestir la característica de licitud. En este sentido, no habría ninguna necesidad de discutir y/o plasmar dentro de la primera orden procesal, cuestiones atinentes a la admisibilidad de pruebas ilícitas.

No obstante, en la realidad los tribunales arbitrales sí han tenido que lidiar con la valoración de pruebas que han llegado a declararse ilícitas y por tanto inadmisibles. Lo anterior con la finalidad de salvaguardar los derechos de las partes, el proceso mismo, y en última instancia, la ejecutabilidad del laudo arbitral.

Si se considera que la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Convención de Nueva York) establece como una de las causales para denegar el reconocimiento y la ejecución de un laudo la imposibilidad de una de las partes contendientes para hacer valer sus medios de defensa,⁹ lo que a su vez es reconocido por el Código de Comercio,¹⁰ tenemos entonces que un tribunal se enfrenta a un gran reto al momento de decidir sobre la admisibilidad o exclusión de evidencia.

⁸ Considerando la importancia que el tema de la prueba tiene en el proceso, desde mediados del siglo XIX se han publicado numerosas obras dedicadas al estudio específico de la prueba procesal, con lo cual se ha generado una especialización sobre el tema que ha conducido a la creación de una disciplina autónoma a la que se le conoce como *derecho probatorio* y a la cual se asigna como objeto, el estudio de las normas y principios jurídicos que regulan la actividad probatoria en el proceso. Señala Ovalle Favela que dentro de los temas principales que se estudian dentro de esta disciplina se destacan los siguientes: 1) el objeto de la prueba (qué se prueba); 2) la carga de la prueba (quién prueba); 3) el procedimiento probatorio (cómo se prueba); 4) los medios de prueba (con qué se prueba); 5) el derecho a la prueba y 6) la teoría de la prueba ilícita. Cfr. Ovalle Favela, José, "Teoría General del Proceso", Séptima Edición, México, Oxford, 2016, pp. 347 a 349.

⁹ **Artículo V**

1. 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:

(...)

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 (...)

¹⁰ **Artículo 1462.**- Sólo se podrá denegar el reconocimiento o la ejecución de un laudo arbitral, cualquiera que sea el país en que se hubiere dictado, cuando:

I.- La parte contra la cual se invoca el laudo, pruebe ante el juez competente del país en que se pide en reconocimiento o la ejecución que:

b) No fue debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales, o no hubiere podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos; (...)

Frente a lo anterior, el objeto del presente trabajo consiste en presentar algunas reflexiones sobre la admisibilidad de la prueba ilícita en el arbitraje internacional, al amparo de ciertos principios fundamentales del arbitraje como lo son el debido proceso y el orden público. Esta discusión se enriquece con las opiniones y decisiones de tribunales nacionales e internacionales, así como de la doctrina sobre la materia.

I. La prueba ilícita frente al debido proceso.

Uno de los temas fundamentales que surgen al momento de analizar la admisibilidad de la prueba cuando la misma se tacha de ilícita, es sin duda el relacionado con la noción de debido proceso, uno de los principios rectores del arbitraje.

Dicho principio es reconocido en la legislación mexicana dentro del Código de Comercio en su artículo 1434, imponiendo el deber a un Tribunal Arbitral de tratar a las partes con igualdad y de darles a cada una de ellas plena oportunidad de hacer valer sus derechos.¹¹

Al respecto conviene considerar que por ser una figura procesal, el arbitraje se encuentra sujeto también a ciertas reglas procesales comunes a los procedimientos judiciales, encontrándose comprendida dentro de dichas reglas la observancia al debido proceso y teniendo relevancia esencial en virtud de que por medio de su cumplimiento se busca evitar arbitrariedades; garantizar los derechos elementales de las partes; y proporcionar el marco jurídico para la sustanciación equitativa de las actuaciones arbitrales. En otras palabras, se erige como un límite a la voluntad de las partes y a la facultad del tribunal arbitral para conducir el procedimiento.¹²

En el caso del Reglamento de Arbitraje de la CCI, al tratarse de un reglamento moderno, dentro de su artículo 22 párrafo 4 se reconoce la aplicación de dicho principio al disponer que *“En todos los casos, el tribunal arbitral deberá actuar justa e imparcialmente y asegurarse de que cada parte tenga la oportunidad suficiente para exponer su caso”*.¹³

Si bien podría considerarse que la noción de debido proceso dentro del arbitraje es clara y delimitada,¹⁴ lo cierto es que en casos en los que se analiza la admisibilidad de evidencia cuando la misma se ataca de ilícita, se pueden generar complicaciones para un tribunal arbitral.

¹¹ **Artículo 1434.-** Deberá tratarse a las partes con igualdad y darse a cada una de ellas plena oportunidad de hacer valer sus derechos.

¹² Instituto Mexicano de Arbitraje “Legislación Mexicana de Arbitraje Comercial Comentada”, México, Porrúa, 2015, p. 123.

¹³ Reglamento de Arbitraje de CCI vigente a partir del primero de marzo de 2017. El Reglamento de Arbitraje CCI vigente a partir del primero de enero de 2021 recoge la misma redacción en su versión en inglés.

¹⁴ Véase Fernández Rozas José Carlos *et al.*, “Principios Generales del Arbitraje”, Ciudad de México, Tirant lo blanch, CIMA, 2019, pp. 293 y 294... “El punto de partida es que no pueden aplicarse sobre el procedimiento arbitral los mismos principios que rigen para la jurisdicción ordinaria. Ahora bien, la especificidad del procedimiento arbitral no excluye en ningún caso la presencia de una serie de principios fundamentales de carácter procesal que deben ser respetados escrupulosamente... Por esta razón, los árbitros deben tener muy en cuenta a lo largo del procedimiento arbitral que no se impida ni coarte a las partes el ejercicio del derecho de defensa. Dicho

Por ejemplo, ¿actúa en observancia del debido proceso un tribunal que no solo admite, sino que valora y decide con base en pruebas cuya veracidad es dudosa o cuya obtención puede considerarse reproachable? En sentido opuesto, ¿actúa en observancia del debido proceso un tribunal que excluye evidencia con base en presunciones de una obtención o veracidad irregular o defectuosa?

Al respecto de estos temas se han generado numerosas discusiones no solo en materia arbitral, sino también en el plano judicial, que permiten avanzar en la construcción de los elementos a considerar siempre que se valore la admisibilidad de evidencia dudosa o ilícita.

II. Las Reglas de la IBA sobre Pruebas como una guía para la no admisión de pruebas ilícitas.

Uno de los problemas que enfrentan los tribunales arbitrales al analizar la admisibilidad de pruebas ilícitas es la falta de guías específicas. Esto genera que la discusión sobre esta cuestión solamente emerja cuando dicha evidencia ha sido cuestionada por alguna de las partes; si la prueba no es cuestionada, entonces el tribunal no examinará de forma independiente sobre su admisibilidad.¹⁵

Si bien los tribunales arbitrales cuentan con amplias facultades y discrecionalidad para evaluar las pruebas aportadas por las partes,¹⁶ lo cierto es que en la práctica los árbitros son reticentes cuando de excluir evidencia se trata, ya que entre otras cosas, confían en su capacidad para valorar y dotar a la prueba del peso que consideran adecuado. Adicionalmente, los árbitros evitan la exclusión de las pruebas precisamente para salvaguardar el debido proceso y fortalecer así el laudo arbitral.¹⁷

Sin embargo, cuando surge dentro de un procedimiento arbitral la cuestión de una prueba ilícita o presuntamente ilícita, ¿cuáles deben ser los parámetros a considerar por parte de un tribunal para decidir, además de la noción y respeto al debido proceso?

derecho se manifiesta, entre otras cosas, en el derecho de la parte a presentar el caso, y en el derecho a la igualdad de trato, lo cual significa que la parte afectada haya tenido la oportunidad de ser oída, esto es, haber conocido el caso que le concierne, y que haya habido una adecuada notificación, una audiencia de pruebas y una decisión imparcial de los árbitros; que todas las partes hayan tenido la misma oportunidad de presentar su caso y aplicarles reglas similares y equilibradas en lo que se refiere a la presentación de escritos, administración de la prueba, etc.”

¹⁵ Parmesly, Jennifer *et al.*, *op. cit.*, pp. 119 y 120.

¹⁶ Considérese por ejemplo la regla prevista en el segundo párrafo del artículo 1435 del Código de Comercio, que dispone que “A falta de acuerdo, el tribunal arbitral podrá, con sujeción a lo dispuesto por el presente título, dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado. Esta facultad conferida al tribunal arbitral incluye la de determinar la admisibilidad, pertinencia y valor de las pruebas.”

¹⁷ Parmesly, Jennifer *et al.*, *op. cit.*, pp. 121-122.

Al respecto, lo primero que viene a la mente dentro de la práctica del arbitraje internacional son las Reglas de la IBA sobre la Práctica de Pruebas en el Arbitraje Comercial Internacional¹⁸ (Reglas IBA sobre Pruebas), que aun cuando no son automáticamente vinculantes para las partes, su aplicación (en todo o en parte) puede ser adoptada de común acuerdo entre las partes contendientes o incluso pueden ser utilizadas como referencia o guía por parte de un tribunal arbitral.¹⁹

En relación con el tema que nos ocupa, resulta relevante el artículo 9 de las Reglas IBA sobre Pruebas, que regula la Admisibilidad y Valoración de las Pruebas, y de donde se desprenden dos premisas fundamentales.

Su párrafo primero ratifica las facultades de un tribunal para determinar la admisibilidad, relevancia, importancia y peso de las pruebas,²⁰ mientras que el párrafo segundo contempla las razones por las cuales un tribunal arbitral deberá, a instancia de parte o de oficio, ordenar la exclusión de pruebas.²¹ En este sentido, el inciso g) de este artículo 9, párrafo segundo, establece que la prueba podrá excluirse por *“consideraciones de justicia o igualdad entre las Partes que el Tribunal Arbitral considere de peso suficiente.”*

Si como se viene explicando, la admisión de una prueba ilícita sería contraria al principio de debido proceso, y siendo que dentro de dicho principio se engloba por lo menos el concepto de igualdad entre las partes, entonces puede considerarse que el artículo 9, párrafo segundo inciso g) de las Reglas de la IBA sobre Pruebas se erigiría como fundamento para requerir a un tribunal arbitral la inadmisibilidad o exclusión de la prueba ilícita.

Aunque las Reglas de la IBA sobre Pruebas aportan claridad respecto del manejo de la prueba, dichas reglas parecen estar más dirigidas a asistir al tribunal a la hora de tomar decisiones sobre el proceso de exhibición de pruebas, en vez de evaluar una prueba que ya ha sido exhibida por una parte, lo que se puede corroborar al apreciar que no existe una regla específica que analice la autenticidad u origen de un documento.²²

¹⁸ “**Preámbulo 1.** Estas Reglas de la IBA sobre Práctica de Pruebas en el Arbitraje Comercial Internacional (las ‘Reglas IBA sobre Pruebas’) buscan regular de forma eficiente y económica la práctica de pruebas en arbitrajes comerciales internacionales, particularmente a aquellos entre Partes de distintas tradiciones jurídicas. Están diseñadas para complementar las disposiciones legales y las reglas institucionales o ad hoc conforme a las cuales las Partes conduzcan su arbitraje.”

¹⁹ “**Preámbulo 2.** Las Partes y los Tribunales Arbitrales podrán aplicar las Reglas IBA sobre Pruebas, en todo o en parte, para regular procesos arbitrales, o podrán variarlas o usarlas como guías para el desarrollo de sus propios procedimientos. Las Reglas no pretenden limitar la flexibilidad que es inherente al, y una ventaja del, arbitraje internacional, y las Partes y los Tribunales Arbitrales son libres de adaptarlas a las circunstancias particulares de cada arbitraje.”

²⁰ “**Artículo 9 Admisibilidad y Valoración de las Pruebas**

1. El Tribunal Arbitral determinará la admisibilidad, relevancia, importancia y peso específico de las pruebas.”

²¹ **Artículo 9 Admisibilidad y Valoración de las Pruebas**

(...)

2. El Tribunal Arbitral deberá, a instancia de parte o de oficio, excluir de las pruebas o solicitud de presentación de pruebas cualquier documento, declaración, testimonio oral o inspección por cualquiera de las siguientes razones: (...)

²² Parmesly, Jennifer *et al.*, *op. cit.*, p. 124.

Sin embargo, las Reglas de la IBA sobre Pruebas no son la única fuente de la cual podemos extraer guías para la valoración de la admisibilidad de pruebas ilícitas, ya que como se observará a continuación, tanto en las decisiones del Poder Judicial Mexicano como en las decisiones de tribunales internacionales, específicamente de inversión, se podrá apreciar la existencia de puntos coincidentes en materia de regulación de la admisibilidad de pruebas ilícitas.

III. Discusiones en tribunales mexicanos en torno a la admisibilidad de pruebas ilícitas.

Tal y como se refirió previamente, como regla general, dentro del arbitraje internacional no resultan aplicables los mismos principios que rigen a la jurisdicción ordinaria. Sin embargo, dentro de las excepciones a dicha regla, se encuentra el deber de observar ciertos principios fundamentales como lo es el de debido proceso.

En este sentido, a efecto de analizar el tema que nos ocupa, resultan relevantes los criterios que han sido forjados dentro del Poder Judicial Mexicano, principalmente por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en relación con el análisis sobre la admisibilidad de pruebas ilícitas.

Si bien es cierto que gran parte de estas discusiones se han dado en el plano del derecho constitucional-penal, se considera que los razonamientos expresados, principalmente aquellos que analizan premisas fundamentales, podrían servir de base o inspiración en casos en los que se discuta la admisibilidad de pruebas ilícitas dentro del arbitraje internacional.

Un primer criterio que resulta relevante es la siguiente jurisprudencia en la que la Primera Sala refirió lo siguiente:

PRUEBA ILÍCITA. EL DERECHO A UN DEBIDO PROCESO COMPRENDE EL DERECHO A NO SER JUZGADO A PARTIR DE PRUEBAS OBTENIDAS AL MARGEN DE LAS EXIGENCIAS CONSTITUCIONALES Y LEGALES.

Exigir la nulidad de la prueba ilícita es una garantía que le asiste al inculcado durante todo el proceso y cuya protección puede hacer valer frente a los tribunales alegando como fundamento: (i) el artículo 14 constitucional, al establecer como condición de validez de una sentencia penal, el respeto a las formalidades esenciales del procedimiento, (ii) el derecho de que los jueces se conduzcan con imparcialidad, en términos del artículo 17 constitucional y (iii) el derecho a una defensa adecuada que asiste a todo inculcado de acuerdo con el artículo 20, fracción IX de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. En este sentido, si se pretende el respeto al derecho de ser juzgado por tribunales imparciales y el derecho a una defensa adecuada, es claro que una prueba cuya obtención ha sido irregular (ya sea por contravenir el orden constitucional o el legal), no puede sino ser considerada inválida.

De otra forma, es claro que el inculpaado estaría en condición de desventaja para hacer valer su defensa. Por ello, la regla de exclusión de la prueba ilícita se encuentra implícitamente prevista en nuestro orden constitucional. Asimismo, el artículo 206 del Código Federal de Procedimientos Penales establece, a contrario sensu, que ninguna prueba que vaya contra el derecho debe ser admitida. Esto deriva de la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento y de su afirmada condición de inviolables.²³

Del criterio anterior se desprende que si un juzgador considera pruebas ilícitas al momento de decidir sobre determinada situación, estaría entonces transgrediendo el derecho a un debido proceso, conclusión que es completamente consistente con lo que se ha reconocido dentro del arbitraje internacional.

Por otra parte, resulta igualmente relevante la conclusión y reconocimiento en el sentido de que dentro del orden constitucional mexicano, existe implícitamente una regla de exclusión de la prueba ilícita. Esto podría servir para interpretar entonces que esta regla de exclusión de la prueba podría a su vez calificarse como un “importante contenido normativo”, y que, en caso de transgresión, podría llegar a erigirse como una causal de nulidad de laudo de acuerdo a las más recientes conceptualizaciones realizadas por la Suprema Corte en torno a lo que debe entenderse por *orden público*.

En sentido similar, existe otro criterio, también emitido por la Primera Sala, en donde bajo una perspectiva constitucional de derechos fundamentales, se reconoce que las pruebas obtenidas en transgresión de dichos derechos no surten efecto alguno:

“PRUEBA ILÍCITA. LAS PRUEBAS OBTENIDAS, DIRECTA O INDIRECTAMENTE, VIOLANDO DERECHOS FUNDAMENTALES, NO SURTEN EFECTO ALGUNO. La fuerza normativa de la Constitución y el carácter inviolable de los derechos fundamentales se proyectan sobre todos los integrantes de la colectividad, de tal modo que todos los sujetos del ordenamiento, sin excepciones, están obligados a respetar los derechos fundamentales de la persona en todas sus actuaciones, incluyendo la de búsqueda y ofrecimiento de pruebas, es decir, de aquellos elementos o datos de la realidad con los cuales poder defender posteriormente sus pretensiones ante los órganos jurisdiccionales. Así, a juicio de esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, las pruebas obtenidas, directa o indirectamente violando derechos fundamentales, no surtirán efecto alguno. Esta afirmación afecta tanto a las pruebas obtenidas por los poderes públicos, como a aquellas obtenidas, por su cuenta y riesgo, por un particular. Asimismo, la ineficacia de la prueba no sólo afecta a las pruebas obtenidas directamente en el acto constitutivo de la violación de un derecho fundamental, sino también a las adquiridas a partir o a resultas de aquéllas, aunque en su consecución se hayan cumplido todos los requisitos constitucionales. Tanto unas como otras han sido conseguidas gracias a la violación de un derecho fundamental -las primeras de forma directa y las segundas de modo indirecto-, por lo que, en pura lógica, de acuerdo con la regla de exclusión, no pueden ser utilizadas en un proceso judicial.”²⁴

²³ Época: Novena | Registro: 160509 | Instancia: Primera Sala | Tipo de Tesis: Jurisprudencia | Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta | Libro III, Diciembre de 2011, Tomo 3 | Materia(s): Constitucional, Penal | Tesis: 1a./J. 139/2011 (9a.) | Página: 2057.

²⁴ Época: Novena | Registro: 161221 | Instancia: Primera Sala | Tipo de Tesis: Aislada | Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta | Tomo XXXIV, Agosto de 2011 | Materia(s): Constitucional, Común | Tesis: 1a. CLXII/2011 | Página: 226.

Como notas relevantes adicionales a lo que se viene explicando, en el sentido de que la prueba ilícita no debe surtir efecto alguno dentro del proceso, resulta interesante cómo es que nuestro Máximo Tribunal va más allá al indicar que esta conducta será reprochable tanto para los poderes públicos como para los particulares.

Además, se destaca que la ineficacia de la prueba ilícita no sólo afectará a la prueba misma, sino también a todas aquellas pruebas que sean adquiridas a partir o como resultado de ella, aun cuando las segundas no hayan sido obtenidas de manera irregular o ilegal. Aunque no se menciona de manera expresa, dicho razonamiento contempla la doctrina del *fruto del árbol envenenado* el cual determina que si la fuente de la prueba se corrompe, entonces cualquier dato obtenido de ésta, también lo está, por tratarse de pruebas obtenidas con ayuda de información conseguida ilegalmente.²⁵

No obstante lo anterior, la misma Primera Sala ha determinado límites a la exclusión de la prueba ilícita, ya que aun cuando la “regla general” es que la exclusión de la prueba ilícita aplica tanto a la prueba obtenida como resultado directo de una violación constitucional, como a la prueba indirectamente derivada de dicha violación, existen límites sobre hasta cuándo se sigue la ilicitud de las pruebas de conformidad con la cadena de eventos de la violación inicial, lo que podría evitar la exclusión de la prueba:

PRUEBA ILÍCITA. LÍMITES DE SU EXCLUSIÓN.

La exclusión de la prueba ilícita aplica tanto a la prueba obtenida como resultado directo de una violación constitucional, como a la prueba indirectamente derivada de dicha violación; sin embargo, existen límites sobre hasta cuándo se sigue la ilicitud de las pruebas de conformidad con la cadena de eventos de la violación inicial que harían posible que no se excluyera la prueba. Dichos supuestos son, en principio, y de manera enunciativa y no limitativa, los siguientes: a) si la contaminación de la prueba se atenúa; b) si hay una fuente independiente para la prueba; y c) si la prueba hubiera sido descubierta inevitablemente. Sobre el primer supuesto, a saber, la atenuación de la contaminación de la prueba, se podrían tomar, entre otros, los siguientes factores para determinar si el vicio surgido de una violación constitucional ha sido difuminado: a) cuanto más deliberada y flagrante sea la violación constitucional, mayor razón para que el juzgador suprima toda evidencia que pueda ser vinculada con la ilegalidad. Así, si la violación es no intencionada y menor, la necesidad de disuadir futuras faltas es menos irresistible; b) entre más vínculos (o peculiaridades) existan en la cadena entre la ilegalidad inicial y la prueba secundaria, más atenuada la conexión; y c) entre más distancia temporal exista entre la ilegalidad inicial y la adquisición de una prueba secundaria, es decir, que entre más tiempo pase, es más probable la atenuación de la prueba.

²⁵ Véase Época: Décima Época | Registro: 2017774 | Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito | Tipo de Tesis: Aislada | Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación | Libro 57, Agosto de 2018, Tomo III | Materia(s): Penal | Tesis: XVII.1o.P.A.73 P (10a.) | Página: 3085: “TEORÍA DE “LOS FRUTOS DEL ÁRBOL ENVENENADO”. NO SE ACTUALIZA POR EL HECHO DE HABERSE PRACTICADO UNA DILIGENCIA DE RECONOCIMIENTO DE UNA PERSONA POR UNA FOTOGRAFÍA SIN OBSERVAR LAS FORMAS LEGALES.”

En relación con el segundo supuesto es necesario determinar si hay una fuente independiente para la prueba. Finalmente, el tercer punto para no excluir la prueba consistiría en determinar si ésta hubiera sido descubierta inevitablemente en el proceso. Dicho supuesto se refiere, en general, a elementos que constituyan prueba del delito que hubieran sido encontrados independientemente de la violación inicial. La aplicación del anterior estándar debe hacerse en cada caso concreto.²⁶

De la revisión de la tesis anterior tenemos que el criterio de la Primera Sala es que si bien la prueba “base” obtenida de manera ilícita debe ser excluida, existe la posibilidad de que las pruebas “derivadas” de dicha prueba “base” lleguen a ser consideradas dentro de la valoración cuando se actualice alguno de los siguientes supuestos no limitativos: a) si la contaminación de la prueba se atenúa; b) si hay una fuente independiente para la prueba; y c) si la prueba hubiera sido descubierta inevitablemente.

Sin omitir que la tesis en análisis tiene una connotación constitucional-penal, algunos de los criterios esgrimidos podrían resultar útiles para argumentar la defensa respecto de la admisión de pruebas que de una u otra manera pudieran estar vinculadas a una prueba previa o base declarada ilícita.

Por ejemplo, se contempla la posibilidad de “purificar” una prueba derivada de otra diversa ilícita cuando se acredite que el descubrimiento de la primera hubiese sido inevitable en el proceso, independientemente de la prueba ilícita. En este sentido, ¿el procedimiento de exhibición de documentos dentro de un arbitraje podría utilizarse para purgar una prueba “derivada” de otra obtenida de manera ilícita? Tal y como se señala en la tesis citada, la aplicación de este estándar deberá hacerse dependiendo del caso concreto.

Otro punto interesante dentro de la tesis analizada, es el reconocimiento en el sentido de que cuando la ilicitud de la prueba haya derivado de una conducta deliberada y flagrante, entonces el juzgador tendrá mayor razón para excluir la evidencia vinculada a tal ilegalidad. Sin duda dicho criterio puede vincularse al estándar de buena fe que es común en arbitraje internacional.²⁷

IV. Discusiones sobre la admisibilidad de la prueba ilícita en tribunales de inversión.

El arbitraje de inversión ha sido caldo de cultivo para el análisis sobre la admisión de la prueba ilícita, resultando ampliamente llamativos algunos casos.

²⁶ Época: Décima Época | Registro: 2010354 | Instancia: Primera Sala | Tipo de Tesis: Aislada | Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación | Libro 24, Noviembre de 2015, Tomo I | Materia(s): Constitucional, Penal | Tesis: 1a. CCCXXVI/2015 (10a.) | Página: 993.

²⁷ Véase Sipiorsky, Emily, “Good Faith In International Investment Arbitration”, United States of America, Oxford, 2019, p. 45... “Good faith has an important general role in guiding justice: “Good faith and fair dealing is penicillin. It permeates all parts of the system and kills all the pernicious germs”.

En el Caso Methanex Corporation v. United States of America,²⁸ se discutió la obtención de evidencia mediante el escudriñamiento de basura de una persona privada, lo que devino en violaciones municipales específicas sobre el manejo de basura.²⁹

Al respecto, el inversionista alegó que aún y cuando los documentos hubiesen sido obtenidos de manera ilegal, sería de cualquier forma apropiado que el tribunal los admitiera como evidencia del arbitraje, ya que los documentos eran auténticos, tenían valor probatorio y estaban relacionados con el fondo de la disputa.³⁰

Por su parte, Estados Unidos argumentó, que “...the admission of illegally obtained evidence by Methanex was inconsistent with the principle of good faith inherent in any arbitration agreement”.³¹ Asimismo, sostuvo que permitir evidencia obtenida de manera ilícita sería contrario no sólo al principio de “igualdad de armas”.³²

El tribunal, tomando en consideración entre otras cosas, sus facultades discrecionales previstas en el artículo 25(6) de las Reglas de UNCITRAL aplicables a dicho procedimiento respecto a la admisibilidad de evidencia, concluyó que Methanex no aportó evidencia que demostrara la legalidad de los medios utilizados para obtener ciertos documentos. En este sentido, consideró que sería equivocado permitir su inclusión dentro del procedimiento arbitral en violación al principio de la buena fe impuesto por las reglas de UNCITRAL, relevante para todos quienes participan en arbitraje internacional, y sin el cual no pudo operar:

“58. As regards the first category (eventually comprising Exhibits 52-60, 64, 66, 151, 153, 155, 159, 160 & 165) collected before these proceedings began, Methanex adduced no satisfactory evidence as to the lawfulness of the means it employed to obtain these documents from Mr Vind and his company. The relevant person, Mr Dunne, was not called by Methanex as a witness; and although Mr Dunne was made aware of these proceedings and could have testified (by video-link, if not in person), Methanex provided no satisfactory explanation for his absence as a material witness. As already noted above, no partner from the un-named DC law firm was called by Methanex.

²⁸ Methanex Corporation v. United States of America, UNCITRAL, Final Award, 3 August 2005.

²⁹ v. Part II - Chapter I – p. 23 ¶48: “No person, other than the owner thereof, the owner’s agents or employees, or an officer or employee of the City or a permittee’s agents or employees authorized for such purposes, shall tamper or meddle with any solid waste, green waste, or recyclable material receptacle or the contents thereof, or remove the contents thereof, or remove any receptacle from the location where the same shall have been placed for collection.”

³⁰ Part II - Chapter I – pp. 22 y 23, ¶ 46.

³¹ Part II - Chapter I – p. 1 ¶ 2

³² Part II - Chapter I – p. 25 ¶ 52 : “...allowing the evidence would be contrary to the principle of equality of arms, in that the USA had proceeded on the assumption that no illegal means would be used to gather evidence”.

Moreover, Methanex's changing, incomplete and inconsistent explanations for its conduct left grave suspicions as to precisely what its agent or agents did to obtain these documents during this first period. In all the circumstances, the Tribunal decided that this documentation was procured by Methanex unlawfully; and that it would be wrong to allow Methanex to introduce this documentation into these proceedings in violation of a general duty of good faith imposed by the UNCITRAL Rules and, indeed, incumbent on all who participate in international arbitration, without which it cannot operate."³³

Igualmente dicho Tribunal analizó al hecho de que Methanex tenía información en su posesión la cual pretendió obtener posteriormente de terceros, lo cual igualmente fue considerado por el Tribunal como inaceptable y contrario a la buena fe, acusando a la conducta de Methanex como contraria a los principios de justicia y equidad que se requieren de todas las partes en cualquier arbitraje internacional:

"59. As regards the second category eventually comprising eight documents (Exhibits 217-219, 222-223, 226, 258 & 259), collected by Methanex during these arbitration proceedings, Methanex's conduct is wholly inappropriate, to say the least. There is no doubt on the evidence adduced by Methanex that this documentation was obtained by successive and multiple acts of trespass committed by Methanex over five and a half months in order to obtain an unfair advantage over the USA as a Disputing Party to these pending arbitration proceedings. The dates are illuminating: in August 2000, when this unlawful collection began, Methanex had made no application to the Tribunal for additional evidence from third persons; but when Methanex made its application, particularly at the procedural meeting on 31st March 2003, Methanex was already in possession of certain of the original documents which it purportedly sought from others. In these circumstances, the Tribunal likewise decided that it would be wrong to allow Methanex to introduce this documentation into these proceedings in violation of its general duty of good faith and, moreover, that Methanex's conduct, committed during these arbitration proceedings, offended basic principles of justice and fairness required of all parties in every international arbitration."³⁴

De conformidad con lo resultado por el tribunal arbitral en el caso Methanex, tenemos que la evidencia obtenida de manera ilegal es inadmisile dentro del arbitraje internacional debido a que ello vulneraría los principios de "igualdad de armas", de buena fe y de justicia, cuya observancia es obligatoria dentro del arbitraje internacional.

Asimismo, resulta interesante que en dicho asunto, el tribunal arbitral, de manera indirecta, señaló que la parte a la que se le acusa de haber presentado evidencia que se cuestiona de ilícita, tiene la carga de probar que su obtención se hizo de manera legal.³⁵

³³ Part II - Chapter I – p. 28 ¶ 58.

³⁴ Part II - Chapter I – p. 28 ¶ 59

³⁵ *Ídem*, "59...Methanex provided no satisfactory explanation for his absence as a material witness. As already noted above, no partner from the un-named DC law firm was called by Methanex. Moreover, Methanex's changing, incomplete and inconsistent explanations for its conduct left grave suspicions as to precisely what its agent or agents did to obtain these documents during this first period."

Las mismas nociones de arbitrar justamente, en observancia de los principios de buena fe e igualdad de armas, fueron considerados por el tribunal del caso *Glencore v. Colombia*³⁶ para limitar las facultades del Estado respecto de la obtención de evidencia mediante el uso de sus facultades administrativas.

En dicho asunto, por medio de una orden procesal, el tribunal excluyó evidencia que ya había sido presentada al arbitraje por el Gobierno de Colombia, por considerar que dichas pruebas no habían sido obtenidas de conformidad con el derecho doméstico del Estado en cuestión, lo que daba pie a interpretar que su obtención se dio con el propósito de utilizarla dentro del arbitraje.³⁷

Al respecto, el tribunal señaló que permitir a un Estado hacer uso de sus prerrogativas administrativas para obtener evidencia de su contraparte, sería contrario a los principios de igualdad de armas y buena fe, resaltando que de no restringir dichas facultades, se correría el riesgo de crear un escenario en el que los Estados podrían iniciar todo tipo de procedimientos administrativos en contra de potenciales demandantes, con la finalidad de mejorar su posición dentro de dichos litigios:

“89. The Tribunal found that the obligation to arbitrate fairly and in good faith and the principle of equality of arms precluded Respondent from coercing evidence from Claimants through its administrative powers, and to marshal it thereafter in an investment arbitration. The Tribunal made reference to the general imbalance between claimants, which are normally private companies, and respondent States and explained that if States were allowed to use their wide powers to coerce evidence from claimants, it would create a perverse incentive: States would initiate all types of administrative proceedings against potential claimants in order to improve their litigation positions.”³⁸

Del caso *Glencore v. Colombia* se desprenden diversas nociones que enriquecen el análisis relacionado con la exclusión de evidencia cuando la misma derive de conductas ilícitas.

Por una parte se determina que la evidencia que llegue a obtener el Estado (lo que comprendería también a las empresas de propiedad estatal) por medio de sus atribuciones naturales, y que entre otras cosas tenga como objetivo robustecer su posición dentro de un procedimiento litigioso, podría llegar a ser considerada como ilegal, no sólo en virtud de su derecho local, sino también bajo concepciones y principios aplicables al arbitraje internacional, lo que a su vez acarrearía su inadmisibilidad.

³⁶ *Glencore International A.G. and C.I. Prodeco S.A. v. Republic of Colombia*, Award, ICSID Case No. ARB/16/6 , 27 August, 2019.

³⁷ *Ibíd.*, “90. Under Colombian law, the Tribunal confirmed that SIC was authorized to seize the Disputed Documents for the sole purpose of an antitrust/unfair competition investigation – but not for any other purpose, including the use of the Disputed Documents as evidence in these proceedings. The Tribunal found that SIC had failed to prove that the delivery of the Disputed Documents to ANDJE was done for the sole purpose for which they had been obtained: to ensure compliance with antitrust or unfair competition law: by handing over the Disputed Documents to ANDJE, even if in compliance with the Cooperation Agreement, the SIC could have incurred in an administrative irregularity known as desviación de poder.”

³⁸ *Glencore International A.G. and C.I. Prodeco S.A. v. Republic of Colombia*, Award, ICSID Case No. ARB/16/6 , 27 August, 2019.

V. La admisibilidad de la prueba ilícita y el orden público.

Otro elemento que puede llegar a considerarse como relevante por parte de un tribunal al momento de decidir sobre la admisibilidad de la prueba ilícita es el concepto de orden público. Recordemos que conforme a la Convención de Nueva York y el Código de Comercio,³⁹ una de las causales para impedir la ejecución de un laudo es cuando el mismo es contrario al orden público.⁴⁰

La discusión sobre la admisibilidad de la prueba ilícita y su posible conexión con la nulidad de un laudo por ser contrario al orden público se vuelve relevante si se consideran las determinaciones expuestas por la Primera Sala de la Suprema Corte con motivo de la resolución del amparo 71/2014.

En dicha resolución se determinó que para poder expresar que existe una violación al orden público es necesario analizar el tipo de violación alegada y confrontar ésta con el principio de preservación del arbitraje como ejercicio de un derecho constitucional, siendo que cuando existan deficiencias interpretativas que son abiertamente injustas o incorrectas, entonces, la nulidad del laudo es posible.⁴¹

Asimismo, por medio de dicho análisis se concluyó que un laudo podría resultar contrario al orden público cuando *“se advierta que se atenta directamente contra los principios o instituciones jurídicas fundamentales”*:

JUSTICIABILIDAD DE LOS LAUDOS ARBITRALES CUANDO UN SUJETO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA PARAESTATAL AFIRMA QUE SE VIOLA EL ORDEN PÚBLICO (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 1457, FRACCIÓN II, DEL CÓDIGO DE COMERCIO).

La porción normativa establece que un laudo podrá ser anulado cuando el juez compruebe que, según la legislación mexicana, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje o que el laudo es contrario al orden público. En precedentes se ha determinado que se actualiza esta causa de nulidad, cuando la cuestión dilucidada se coloque más allá de los límites de dicho orden, es decir, más allá de las instituciones jurídicas del Estado, de los principios, normas e instituciones que lo conforman y que trasciende a la comunidad por lo ofensivo y grave del yerro cometido en la decisión. Ahora bien, esta Suprema Corte de Justicia de la Nación estima que la decisión de la Administración Pública Federal de acudir a un arbitraje, tiene consecuencias normativas que los jueces deben considerar al momento de evaluar la referida causal de nulidad.

³⁹ Véase Artículo V, párrafo segundo inciso c) de la Convención de Nueva York y Artículo 1457 fracción II del Código de Comercio.

⁴⁰ Paulsson Jan, “Orden público nacional en el contexto de arbitraje internacional: evitando el pie del canciller”, en Flores Senties Héctor (Editor), Retos Contemporáneos del Arbitraje Internacional, México, Tirant lo blanch, 2018, p. 54... “La intervención judicial post-laudo típicamente involucra solicitudes de invalidar el mismo o para cumplirlo. Ambas pueden involucrar temas de orden público.”

⁴¹ Véase Guerrero Valle, Juan Carlos, “El orden público y el arbitraje en el Derecho mexicano. Avance, retroceso o redefinición de límites y consecuencias – Amparo directo 71/2014”, p. 868, disponible en <https://arbitrajeraci.files.wordpress.com/2018/12/11.3.11.pdf>.

En primer lugar, la decisión de suscribir una cláusula arbitral es una decisión de política pública, en virtud de la cual deliberadamente se decide que las indeterminaciones semánticas del contrato se reservan a los árbitros y se acepta que las decisiones que éstos tomen pueden impactar la política pública de que se trate, por lo que los jueces constitucionales deben respetar esta decisión y no deben valorar los méritos de las decisiones tomadas por los árbitros al resolver las dudas interpretativas, pues las consideraciones de política pública no deben entenderse incluidas en el concepto de orden público. Lo determinante es verificar que el tribunal arbitral haya resuelto los términos de la controversia dentro de su margen de acción. Así, con el fin de lograr la optimización del mandato de preservar el arbitraje como expresión de la libertad de las personas para resolver controversias, tratándose de una causal de nulidad que se funda en violación al orden público, ésta sólo se actualizará cuando del laudo se advierta que se atenta directamente contra los principios o instituciones jurídicas fundamentales. Si no obstante lo anterior, se considerara que la decisión arbitral es contraria al diseño original de la política pública, ello no necesariamente actualiza la referida causal, ya que debe recordarse que al tratarse de un contrato público, el Estado cuenta con un régimen exorbitante de derecho público que permite la modificación o extinción del contrato, a condición de cumplir los principios del artículo 134 Constitucional.⁴²



De esta manera, si se considera a los principios de debido proceso o buena fe, como principios jurídicos fundamentales, no solo dentro del arbitraje, sino dentro del sistema jurídico mexicano, podría llegar a asumirse que un laudo arbitral que esté sustentado en pruebas ilícitas podría ser calificado contrario al orden público y por ende ser susceptible de anulación. Así, se considera que el concepto de orden público ajustado por la Primera Sala, bien o mal delimitado, debe tenerse presente por los tribunales arbitrales al momento de decidir sobre la admisión de la evidencia que sea atacada de ilícita en aras de no comprometer la ejecución de un laudo bajo potenciales argumentos de ser contrario al orden público, sobre todo cuando dichos laudos vayan a ejecutarse en México.

⁴² Época: Décima Época | Registro: 2014011 | Instancia: Primera Sala | Tipo de Tesis: Aislada | Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación | Libro 40, Marzo de 2017, Tomo I | Materia(s): Civil Tesis: 1a. XXXVIII/2017 (10a.) Página: 442.

VI. Conclusiones.

El tema de la admisibilidad de la prueba ilícita difícilmente será discutido en la etapa temprana de un arbitraje, ya que, por principio, se esperaría que toda la evidencia presentada por las partes contendientes en apoyo de su caso, revista la característica de licitud.

Sin embargo, los tribunales arbitrales sí han tenido que lidiar con la valoración de pruebas que han llegado a declararse ilícitas y por tanto inadmisibles, cuestión que resulta sumamente relevante para salvaguardar los derechos de las partes, el proceso mismo, y en última instancia, la ejecutabilidad del laudo arbitral.

Al momento de analizar la admisibilidad o rechazo de pruebas ilícitas o potencialmente ilícitas, los tribunales arbitrales deben tener siempre como guías los principios fundamentales del arbitraje. El debido proceso y la buena fe han servido como parámetros determinantes al momento de resolver.

Por otra parte, si bien las Reglas de la IBA sobre Pruebas han brindado importantes guías en lo que respecta a la producción y valoración de evidencia, de las mismas no se desprenden reglas específicas tendientes al análisis sobre la autenticidad u origen de un documento, por lo que en este sentido es dable recurrir a los análisis que sobre la admisibilidad de la prueba ilícita han hecho tribunales nacionales (en este caso de México) como internacionales.

De lo anterior se pueden obtener diversas premisas que podrían auxiliar en la resolución de estas cuestiones. *Primero*, puede decirse que existe consenso en el sentido de que la prueba ilícita no debe ser considerada por un tribunal arbitral, debido a que ello atentaría en contra del debido proceso. *Segundo*, la presentación de pruebas ilícitas resulta igualmente reprochable tanto para particulares como para un Estado. *Tercero*, existe como regla general, la teoría de restar eficacia no solamente a la prueba ilícita misma, sino también a todas aquellas pruebas que sean adquiridas a partir o como resultado de aquella. *Cuarto*, si bien en materia penal se han considerado algunas excepciones que permiten purificar pruebas derivadas de la diversa ilícita, parece complicado aplicar tales teorías al arbitraje internacional. *Quinto*, aun cuando la prueba haya sido obtenida mediante mecanismos aparentemente legales (como lo podrían ser aquellas obtenidas por un Estado en ejercicio de sus funciones), dicha evidencia ha llegado a ser excluida cuando se abusa de las prerrogativas para obtenerla. *Finalmente*, al momento de valorar la admisibilidad de la prueba ilícita, resulta conveniente tomar en consideración también el concepto de orden público.

ABC to the new IBA rules



Diego Quiroga, Nicole Celorio y Erick Clavel

Clavel Abogados

Abstract

The International Bar Association (“IBA”) released its revised Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration (the “2020 IBA Rules” or the “New Rules”) on February 15, 2021. They replace the IBA rules in force since 2010 (the “2010 IBA Rules”). Its aim is to further reflect a new technology-driven practice in the taking of evidence in international arbitration. Specifically, the newly released 2020 IBA Rules address:

- I. Scope of Application;*
- II. Cybersecurity and Data Protection;*
- III. Document Production;*
- IV. Witnesses of fact and experts;*
- V. Virtual/Remote Evidentiary Hearings;*
- VI. Admissibility of Evidence.*

This article identifies and analyzes the most notable elements of the 2020 IBA Rules revision.

Introduction

Over the last three decades, the International Bar Association (IBA) has assisted parties by providing soft law instruments to be used in arbitration proceedings. The IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration are probably the most salient. Such rules have been well-received since its introduction in 1999, as they are a useful tool for harmonization of international procedures and have been widely used in international arbitration.

In 2010, the IBA revised the Rules of Evidence reflecting new arbitration practices. For instance, just by deleting the word “commercial” from the title of the Rules, the IBA acknowledged the ever-changing landscape in arbitration and made the rules functional in both investment and commercial arbitration. Now, on its 10th anniversary, the new IBA Rules on the Taking of Evidence are revised once again to that same end. The 2020 IBA Rules address the dynamic transition towards a technology-based world and the recollection of the arbitral practice on the taking of evidence. This article serves as a quick guide of the most relevant changes.

I. Scope of Application

The 2020 IBA Rules clarifies the Scope of Application in Article 1. Before, the 2010 IBA Rules were silent concerning partial adoption of the Rules. Now, 2020 IBA Rules have solved this problem by expressly clarifying the Parties can adopt the IBA Rules either in whole or in part.

Article 1.2 “Where the Parties have agreed to apply the IBA Rules of Evidence, in whole or in part, they shall be deemed to have agreed, in the absence of a contrary indication, to the version as current on the date of such agreement.”

This clarification is particularly relevant because, as a soft law instrument, the parties want flexibility for their proceedings. Carving out some useful provisions and discarding others comes in handy in many circumstances –especially in cases where the parties and counsel come from different legal cultures with varying degrees of formality in how proceedings should be conducted, and rules should be applied and adopted–.

The 2020 IBA Rules also modified the extent to which the Arbitral Tribunal should accommodate conflicts when applying them. This modification keeps the focus on the principle of party autonomy in resolving conflicts of law set out in the 2010 IBA Rules but, emphasizes the Arbitral Tribunal should harmonize the applicable rules *only* to the extent possible.

Article 1.3 “In case of conflict between any provisions of the IBA Rules of Evidence and the General Rules, the Arbitral Tribunal shall apply the IBA Rules of Evidence in the manner that it determines best in order to accomplish, to the extent possible, the purposes of both the General Rules and the IBA Rules of Evidence, unless the Parties agree to the contrary.

With this new addition, the drafters of the Rules also underscored the flexibility that these rules should have. Tribunals are no longer compelled to try and serve two masters –the General and the IBA Rules– which can be a daunting tasking. In this case, the Tribunal is only behooved to do so as long as it is possible and, even more so, reasonable.

The 2020 revision of the Rules to the international practice. Soft law is flexible by nature. Therefore, the text itself should be clear, flexible and accommodating to the parties’ needs. These few tweaks accomplish that and, more importantly, enhance the toolkit these Rules are for arbitration practitioners.

II. Cybersecurity and Data Protection

The 2020 IBA Rules also include new provisions. Article 2.2(e) is one of those brand-new articles in regard to consulting evidentiary issues.

Article 2.2 “The consultation on evidentiary issues may address the scope, timing and manner of the taking of evidence, including, to the extent applicable: ...(e) the treatment of any issues of cybersecurity and data protection;...”

This new provision highlights the importance of considering technology-driven issues at arbitration proceedings, such as compliance with data protection regimes, cybersecurity of evidence that currently is by and large sent and stored in online cloud services or cybersecurity in virtual hearings –an issue which has recently become a frequent issue in the context of the Coronavirus health crisis.

This seemingly low-key provision is, in our opinion, *extremely relevant*. Arbitration is often sought after because it can be confidential. There are some cases that warrant air-tight confidentiality due to the parties or the issues involved. Leaks can have significant repercussions. With the advent of technology, keeping confidentiality and protecting information has become an extremely complex matter. Leaks are commonplace in our days. And the cause of such leaks is more often than not a breach into a digital system. This is where the relevance of this provision lies.

The drafters of the IBA Rules acted in including this provision. This is an invitation for the parties to discuss how the information in the arbitration will be stored and transmitted. Until recently this was an afterthought. Yet, in our day and age, cybersecurity is now a spotlight issue. This is a critical discussion that practitioners should have in all cases – especially in those with extreme sensitive– instead of blindly trusting that Dropbox, Zoom or any of those commonly used services will take care of it. Parties need to have a serious conversation about the security protocols that each of them has in place to ensure that leaks are only a dreaded thought and not an imminent reality.

This incorporation to the New Rules demonstrates that cybersecurity in arbitration is a major concern. And it will be so for the years to come. No question about it. Therefore, this just one of the first formal acknowledgments that we get to see in a set of rules. It will not be long before we see a cybersecurity chapter in, for instance, terms of reference, then in rules of arbitration and then in the law. It is not an “if”, but rather a “when” question.

III. Document Production

Some of the most important changes contained in the 2020 revisions concern the taking of evidence by way of documents in terms of procedure and form.

Regarding procedure, Article 3.5 of the Rules now allows the response to objections. From this insertion, the requesting parties are now allowed to rebut objections to produce documents from opposing counsel.

Article 3.5 “... If so, directed by the Arbitral Tribunal, and within the time so ordered, the requesting party may respond to the objection...”

This change is factual evidence of arbitral practice uniformity. Although 2010 IBA Rules did not expressly permit the requesting Party to respond to such an objection, this was the prevailing practice, particularly in the context of the Redfern Schedule. Thus, its adoption by the New Rules is the pure reflection of arbitral practice. Arbitrators and practitioners now have a broader frame of reference for their orders and decisions in document production stages of the proceeding. This becomes particularly relevant to practitioners in countries where document production is not the norm but rather the exception in law such as Mexico. No surprises in terms of how the proceeding will be conducted.

Regarding form, Article 3.12 was another important addition concerning 2 (two) main issues:

- i. Whether and when translations are to be submitted, and
- ii. Whether such requirement applies solely to Documents submitted into the evidentiary record or to all documents.

Article 3.12 “...(d) Documents to be produced in response to a Request to Produce need not be translated; and (e) Documents in a language other than the language of the arbitration that are submitted to the Arbitral Tribunal shall be accompanied by translations marked as translations with the original language identified such...”

The wording of Article 3.12 was a necessary and particularly important clarification in the case of extensive and voluminous requests of document production where time and cost efficiencies are serious concerns.

IV. Witnesses of Fact and Experts

Regarding the evidence obtained by witnesses of fact and experts, important modifications were also made.

Under 2010 IBA Rules, the submission of revised or additional statements or reports was only permitted when the revisions attended to matters contained in another party's statements, reports or submissions that have not been previously presented in the arbitration. However, this scope has been widened by Articles 4.6(b) and 5.3(b)

Article 4.6(b) "...new factual developments that could not have been addressed in a previous Witness Statement..."

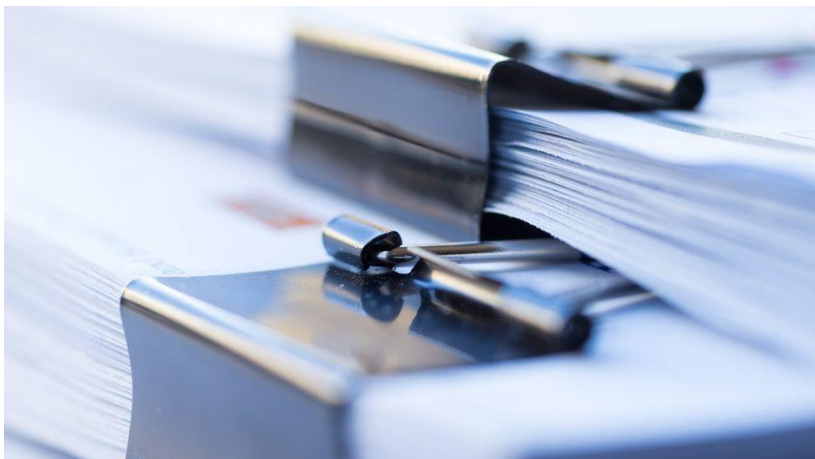
Article 5.3(b) "...new factual developments that could not have been addressed in a previous Expert Report..."

The New Rules incorporate a more open and flexible approach when it comes to complementary statements or reports. Yet it sets the standard to "*new factual developments*". It will be interesting to follow the application and interpretation of this new standard as it may apply to purely new facts (i.e., new occurrences) or information that was previously ignored to the witness or the expert in question.

V. Virtual/Remote Evidentiary Hearings

Law seldom keeps up to the pace of reality. Yet, in this case, the IBA Rules are truly contemporary to the happenings of our times. The New Rules incorporate the definition of "remote hearings" in the definitions section.

"... 'Remote Hearing' means a hearing conducted, for the entire hearing or parts thereof, or only with respect to certain participants, using teleconference, videoconference or other communication technology by which persons in more than one location simultaneously participate..."



This incorporation comes in handy to limit the possibility of vagueness in the interpretation of said figure. Specially, in this technology-driven age that the pandemic has left us with.

Furthermore, Article 8.2 of the 2020 IBA Rules changes the rules of the game relating to remote hearings. In the 2010 IBA Rules, it is

noticeable that remote taking of evidence was used as an exception, with the emphasis on the word "*unless*". Additionally, this was only possible "*with respect to a particular witness*". Remote hearings were a rare possibility that required extensive discussion and consideration.

Yet, the New Rules fit like hand in glove to solve this problem. The 2020 IBA Rules now give the discretion to hold remote evidentiary hearings based on *efficiency or cost-effectiveness criteria*.

Article 8.1 "...Within the time ordered by the Arbitral Tribunal, each Party shall inform the Arbitral Tribunal and the other Parties of the witnesses whose appearance it requests. Each witness (which term includes, for the purposes of this Article, witnesses of fact and any experts) shall, subject to Article 8.23, appear for testimony at the Evidentiary Hearing if such person's appearance has been requested by any Party or by the Arbitral Tribunal. ~~Each witness shall appear in person unless the Arbitral Tribunal allows the use of videoconference or similar technology with respect to a particular witness.~~

Article 8.2. At the request of a Party or on its own motion, the Arbitral Tribunal may, after consultation with the Parties, order that the Evidentiary Hearing be conducted as a Remote Hearing..."

Truth be told, there is a concerning subject in the new wording of the 2020 IBA Rules. The fact that the parties need to mutually agree the remote evidentiary hearing may create potential conflicts. While one party may believe the global conditions allow the Arbitral Tribunal to have in-person hearings in the seat of arbitration, the other party may want to invoke the pandemic is still an impending difficulty that would not allow-in person hearings. An impasse is at short distance.

Additionally, the 2020 IBA Rules now add the possibility of the Arbitral Tribunal to establish a tailor-made protocol for remote hearings:

Article 8.2. "... In that event, the Arbitral Tribunal shall consult with the Parties with a view to establishing a Remote Hearing protocol to conduct the Remote Hearing efficiently, fairly and, to the extent possible, without unintended interruptions. The protocol may address:

- (a) the technology to be used;*
- (b) advance testing of the technology or training in use of the technology;*
- (c) the starting and ending times considering, in particular, the time zones in which participants will be located;*
- (d) how Documents may be placed before a witness or the Arbitral Tribunal; and*
- (e) measures to ensure that witnesses giving oral testimony are not improperly influenced or distracted..."*

The protocol's addition is significant since it includes an infinity of regulating possibilities to ensure the integrity and fairness of proceedings, such as:

- i. Provision regarding the difference in time zones. It could be unfair to have a party holding a hearing at its local 3:00 A.M.
- ii. Advanced testing of the technology to conduct an efficient and fair hearing without unintended interruptions. Technology is a great ally but everyone that has been in a Zoom call knows that sometimes –and many times at critical moments– the connection breaks, the audio is gone or the video freezes. While advanced testing is not a surefire way to prevent technical issues, it may help to detect them.
- iii. Measures to ensure that witnesses giving oral testimony are not improperly such as the requirement of 360-degree cameras, questioning the witness about the room in which the testimony is being given, and installing mirrors behind the witness; etc.

Overall, the drafters of the 2020 IBA Rules considered most concerns of virtual interaction in arbitration and integrated them into a legal instrument. The New Rules set the stage for the present and future tech-driven world and that is, certainly, as step in the right and unavoidable direction.

VI. Admissibility of Evidence

Finally, Article 9.3 of the New Rules provide enshrine the “fruit of the poisonous tree” doctrine:

Article 9.3. “...The Arbitral Tribunal may, at the request of a Party or on its own motion, exclude evidence obtained illegally...”

While it is true that the commentary to the Rules provides guiding principles, discussions about what constitutes “*evidence obtained illegally*” will certainly take place since no uniform, international standard of this concept exists. Yet, article 9.3 is all about empowering the Tribunal and deterring foul conduct from the parties.

Conclusions

Make a slight turn on a ship and, for the first few meters, the sailor might hardly notice the change of route. However, in the long run, that slight turn might be the difference between our sailor reaching the shores of Japan or the shores of Australia. This is the case with the New IBA Rules. The tweaks are subtle, but their impact is far from it. A few words now mean more flexibility, more clarity, more technology, more power to the arbitrators and, by and large, more sophistication for arbitration practitioners. The new gold-standard of good practices in the taking of evidence in arbitration proceedings is here. We should all closely follow how they work in practice and where is the room for further improvements.

REFERENCES

- Commentary on the revised text of the 2020 IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration, IBA Working Party, International Bar Association.
- IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration, Adopted by a resolution of the IBA Council 29 May 2010, International Bar Association.
- IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration, Adopted by a resolution of the IBA Council 17 December 2020, International Bar Association.
- Kreindler, R. "2020 Revision of the IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration". Cleary Gottlieb Steen & Hamilton LLP. February 17, 2021.
- Lee, S. & Zhe Ning, L. SIAC Congress Recap: This House believes that Virtual Hearings are just as effective as In-Person Hearings. Kluwer Arbitration Blog. September 4, 2020.
- Sanderson, Cosmo. "IBA publishes updated evidence rules". Global Arbitration Review. February 17, 2021.

Blindado la emisión de laudos arbitrables del *Due Process Paranoia*. E(ntre)vadiendo a scylla y charybdis.



[Galo M. Márquez Ruiz](#)

Introducción al *Due Process Paranoia*

Due process paranoia encuentra semejanza en la expresión “entre la piedra y un lugar duro”, u otras expresiones que refieren al momento en que uno se encuentra entre dos alternativas igualmente difíciles. Su origen remonta a la costa oeste del Asia Menor; específicamente en la Odisea de Homero.^{lxviii} La frase original es “*dividido entre Scylla y Charybdis*”.^{lxix} La cual, hace alusión a dos temibles criaturas que aguardaban en el Estrecho de Mesina. Odiseo -el tribunal arbitral- tenía que cruzar el Estrecho para llegar a casa -emitir el laudo-, pero inevitablemente tenía que enfrentarse a Scylla -comprometer la eficiencia- o, a Charybdis -arriesgarse a que anulen el laudo-. Odiseo no pudo evitar el confrontamiento, pero tal vez el tribunal arbitral sí pueda.

La autonomía de las partes sobre el proceso arbitral y la flexibilidad de este han puesto al tribunal arbitral entre la espada y la pared. Permeando por un lado la voluntad de las partes y por el otro, la necesidad del tribunal de emitir un laudo.

El laudo que emita el tribunal arbitral deberá ser ejecutable,^{lxx} lo cual se ha transformado en un empeño del tribunal arbitral en evitar cualquier circunstancia que pueda comprometer el debido proceso en una disputa y que tenga como consecuencia la nulidad de este. Algunas de estas circunstancias son: extender un término, aceptar una presentación sin solicitud, aceptar evidencia después del día acordado, admitir reclamos presentados posteriormente, o reagendar audiencias.^{lxxi} Dicha inquietud, se ha configurado en la *due process paranoia*.

Due process paranoia recibió mayor atención a partir de la encuesta de 2015 de la Universidad de Queen Mary sobre Arbitraje Internacional, donde se define el fenómeno como:

La renuencia de los tribunales de actuar decisivamente en ciertas situaciones por miedo de que el laudo arbitral sea impugnado sobre la base de que una parte no haya tenido la oportunidad de presentar plenamente su caso.^{lxxii}

Es bajo esta definición que presentaré [II] el contexto actual de la *due process paranoia*, sus implicaciones en [III] los árbitros y [IV] las cortes; y [V] algunos de los supuestos en que el tribunal arbitral se puede encontrar en una encrucijada y, por último, [VI] propondré una nueva aproximación para dirimir la *due process paranoia*.

***Due Process Paranoia* en el Arbitraje**

El arbitraje internacional se ha distanciado de los medios ordinarios de impartición de justicia, en parte, por la maleabilidad del proceso arbitral.^{lxxiii} Sin embargo, hay principios como el debido proceso, que traspasan las fronteras de los medios de solución de disputas. Esto permite, que las cortes judiciales mantengan un control supervisor sobre las transgresiones que se puedan ocasionar mediante los laudos.^{lxxiv}

La “[e]quidad de las partes, equidad de armas”^{lxxv}, se origina como un medio de defensa ante los abusos por parte de la autoridad sobre la esfera jurídica de los particulares. Por lo cual, el debido proceso “[e]s considerado como una garantía constitucional de un individual en relación con el Estado y autoridades”^{lxxvi}. El sometimiento de las partes al arbitraje constituye una renuncia al foro jurisdiccional de las cortes locales, pero no conlleva la renuncia de sus derechos constitucionales. Los derechos constitucionales presentan un marco mínimo de derechos a ser respetados independientemente de ante quien se ventile la disputa.^{lxxvii}

Mientras el consentimiento es la piedra angular del arbitraje, el debido proceso es la piedra angular del Estado de derecho.^{lxxviii} *Due process paranoia* tiene una doble connotación. Por un lado, puede constituir una exigencia por las partes en que sus deseos sean complacidos por el tribunal sin rechazo alguno, o puede ser utilizado como un medio de defensa por las partes ante abusos o arbitrariedades que el tribunal arbitral pueda perpetrar.

La Profesora Lucy Reed, en su ampliamente conocida *Freshfields Lecture “Ab(use) of Due Process: Sword vs. Shield”*, entiende la *due process paranoia* como:

“lo que puede llevar a los tribunales a conceder cualquier aplicación que conlleve el título de ‘*due process*’, para proteger sus laudos – a pesar de que las estadísticas de las cortes u jurisprudencia del Art. V(1)(b) -de la Convención de Nueva York-^{lxxxix} enseñan que la mayoría de las problemáticas procesales crean poco o ningún riesgo de no ejecución.”

Por lo general, *due process paranoia* surge por decisiones de manejo o conducción del arbitraje por parte del tribunal. Ante estas decisiones plasmadas en el laudo, una de las partes percibe una afectación a su derecho al debido proceso. Lo cual, conlleva a que dicha parte solicite al tribunal arbitral que tome una decisión contraria a la manera en que el tribunal estaba conduciendo el proceso.

El Dr. Rémy Gerbay, considera que la *due process paranoia* se materializa por los siguientes tres componentes.^{lxxx} Primero, una decisión del tribunal arbitral que sea tomada por una excesiva atención en consideración de la preservación del debido proceso. Segundo, una creencia por parte del tribunal que, de tomar una decisión contraria, se estaría arriesgado a que anulen el laudo y, por lo tanto, se requiere mayor cautela en la toma de decisiones. Tercero y, por último, la percepción errónea del tribunal que el nivel de cautela es necesario y tiene justificación.

Personalmente, difiero con el primer elemento. *Due process paranoia* si bien produce sus efectos sobre el árbitro, necesariamente requiere para su existencia de componentes inherentes a las acciones de las partes. Es así, que el primer componente del *due process paranoia* no puede ser una decisión del tribunal, sino una actitud de las partes que tenga como consecuencia una decisión del tribunal. Por ejemplo, el retraso de presentación de un escrito por una de las partes, el cual, el tribunal puede negar su admisibilidad. En otras palabras, la secuencia de eventos que desencadena la *due process paranoia* inicia con el acto de una parte en el arbitraje y no por la decisión del tribunal.

Es por ello, que la *due process paranoia* se disecciona de los siguientes elementos. Primero, el acto de una de las partes que deriva en la petición de esa misma parte o la contraria, solicitando un cambio de estado con respecto a ese hecho u acto. Segundo, el *-no siempre sutil-* alegato de una de las partes, argumentando el posible compromiso al debido proceso y, por lo tanto, la posible nulidad del laudo. Tercero, la valoración del tribunal sobre la decisión a tomar, aparejado de una percepción *-muchas veces equivoca-* de estar posiblemente comprometiendo el laudo. Cuarto, la noción del tribunal en cuanto a que el exceso de cautela tiene justificación. Por último y quinto, la decisión en sí de manejo o conducción que tome el tribunal.

Al centro del problema debemos considerar si son las partes o el tribunal quien realmente gobierna el procedimiento arbitral.^{lxxxii} Algunos consideran que las repercusiones de las tácticas dilatorias eventualmente llegan con el laudo.^{lxxxiii} Pero esto no es excusa para perjudicar el procedimiento al punto donde arbitrajes se han llegado a suspender.

Por lo tanto, *due process paranoia* efectivamente tiene un derecho que sustenta el reclamo de una parte. Por lo que, resulta necesario estudiar los múltiples componentes del fenómeno.

Autonomía de las partes como una super-voluntad

Si el Profesor William Park asertivamente afirmó que el “arbitraje descansa sobre el consentimiento”^{lxxxiii} entre las partes, es esta misma *super-voluntad* de las partes la que acapara todo el proceso arbitral, desde la constitución del tribunal arbitral hasta el periodo que tiene el tribunal para emitir un laudo.

Dicha *super-voluntad* se establece en el Art. 19 de la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil (“CNUDMI”) sobre Arbitraje Comercial Internacional (“Ley Modelo UNCITRAL”) de 1985 con las enmiendas aprobadas en 2006, el cual, establece que “[l]as partes tendrán libertad para convenir el procedimiento a que se haya de ajustar el tribunal arbitral en sus actuaciones”.

Así, el tribunal arbitral queda condicionado a lo dispuesto por consenso entre las partes. De esta manera, pareciera que la voluntad consensuada y conjunta de las partes no tiene límite alguno en el procedimiento.

Bajo este entendido, no tendría razón la existencia del *due process paranoia*. Si las partes pueden establecer y modificar el procedimiento a su juicio, la respuesta pareciera inminente. El tribunal arbitral sigue la voluntad de las partes. A su vez, las partes no se resisten a la ejecución del laudo. Es la voluntad de las partes la que da aire y muerte a un arbitraje. De esta manera, la *due process paranoia* como un conflicto entre las distintas obligaciones que tiene el tribunal arbitral durante el proceso, parece ser imaginario. Es el abuso unilateral de una de las partes que produce la *due process paranoia*.

Por lo general, las partes materializan su consentimiento en una cláusula de arbitraje. Al utilizar las cláusulas modelo, las partes consienten al reglamento institucional y, por lo tanto, también a los límites que el mismo les imponga sobre su voluntad y a los poderes que el tribunal ejerza. Aun así, las partes podrán acordar términos procesales para ofrecer y admitir pruebas, presentación de escritos, entre otras cosas.

Es cierto que el arbitraje les pertenece a las partes.^{lxxxiv} Por lo menos, el riesgo del resultado les afecta más que a nadie. Sin embargo, “[d]espués de la constitución del tribunal, las partes mismas no pueden unilateralmente cambiar los términos del acuerdo de arbitraje sin el consentimiento del tribunal”^{lxxxv}. Si el acuerdo de arbitraje implica ulteriormente reglas institucionales, las partes no podrán unilateralmente modificar el procedimiento acordado conforme a dichas reglas.

Esto se evidencia con el Art. 24(2) de las Reglas de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (“ICC”), el cual establece la obligación del tribunal de llevar un calendario procesal y modificarlo para asegurar la efectividad del manejo del caso.^{lxxxvi} Si las partes acuerdan mediante la cláusula arbitral a las reglas institucionales, y por lo tanto también al calendario procesal, con dificultad se deberían de poder excusar de acatarlo.

De esta manera, la voluntad conjunta de las partes encuentra su único límite en el desacuerdo. La decisión unilateral de una de las partes de cambiar los términos del acuerdo crea un desequilibrio de consentimientos. Es así, que “[e]ra un principio general del derecho contractual que el contenido del contrato no se pueda modificar unilateralmente”^{lxxxvii}. La intención unilateral de una de las partes de modificar el proceso quebranta la *super-voluntad* de las partes.

Limitando la autonomía de las partes

La autonomía de las partes no es ilimitada. Específicamente, cuando es una de las partes la que presenta reclamos de debido proceso. Por lo general, este reclamo se transforma en una violación a su derecho a la defensa, a presentar su caso y a un tratamiento justo y equitativo. En otras palabras, invocan *due process paranoia*.

La necesidad de proteger estos derechos se ha convertido en uno de los principales argumentos de las partes para intentar anular laudos. Conforme al Art. 32(2)(a)(ii) de la Ley Modelo UNCITRAL, las partes podrán demandar la nulidad del laudo si la parte contra la que se invocó el laudo no pudo presentar su caso o hacer valer sus derechos.

Para actualizar el supuesto de nulidad, se debe contravenir el Art. 18 de la Ley Modelo UNCITRAL, el cual establece que “Deberá de tratarse a las partes con igualdad y darse a cada una de ellas plena oportunidad de hacer valer sus derechos”^{lxxxviii}. El uso de la palabra *plena* no es una coincidencia.

Por el contrario, el Art 22(4) de la ICC menciona que “en todos los casos, el tribunal arbitral deberá actuar con equidad e imparcialidad y asegurar que cada parte tenga una razonable oportunidad de presentar su caso”^{lxxxix}.

Fabrizio Fortese, profesor en la Universidad de Estocolmo, y la Maestra Hemmi, notan la existencia de estándares distintos de debido proceso en el arbitraje internacional.^{xc} Conforme al Art. 18 de la Ley Modelo UNCITRAL, las partes tienen un derecho a una “plena oportunidad” de presentar su caso, y conforme a la Ley Inglesa de Arbitraje, tienen derecho a una oportunidad “razonable” de presentar su caso.

Es así, que se tiene que determinar cuál es el alcance de la plena oportunidad de las partes a presentar su caso. En palabras de Redfern y Hunter en su reconocido libro, *Redfern and Hunter on International Arbitration*:

“En primera instancia, la palabra ‘plena’ puede ser engañosa: Conjura visiones a una parte de esta titulada a presentar tantos argumentos y evidencias como crea necesarios. Pero, en contexto, la palabra ‘plena’ se le debe de dar un significado sensible, y en la práctica parece poco probable que una corte nacional vaya a anular un laudo cuando el tribunal tomo una claramente razonable y proporcionada aproximación a limitar el alcance de las evidencias que una parte quiera presentar [...] Esto debería de alentar a los tribunales arbitrales a balancear oportunidad y eficiencia al determinar apropiados procedimientos arbitrales”^{xcí}

En este sentido, la Corte de Apelación de Singapur conoció del caso *China Machine New Energy Corp vs. Jaguar Energy Guatemala LLC*, mediante el cual, la parte actora solicitó que el laudo fuese anulado por contravenir el Art. 18 de la Ley Modelo UNCITRAL. Al respecto, la parte actora mencionó que “[e]l Tribunal incumplió el Art. 18 de la Ley Modelo al fracasar en tratar a las partes con equidad y al no asegurarse que CMNC tuviese plena oportunidad de presentar su caso”^{xcíi}.

La Corte de Apelación de Singapur notó que en los *travaux préparatoires* del Art. 18 de la Ley Modelo UNCITRAL, se buscó redactar el texto de manera que se previniera que “[u]na parte que quisiera prolongar el procedimiento o presentar argumentos innecesarios”^{xcíii}, lo pudiese hacer.

Es de esta manera que desde los trabajos preparatorios del Grupo de Trabajo II UNCITRAL, existió una discusión sobre el límite a la autonomía de las partes sobre el procedimiento. En defensa de la no limitación, el Sr. Holtzmann, delegado de Estados Unidos, menciona que “[l]a libertad de las partes de acordar en un procedimiento arbitral debería de claramente ser reconocido como un derecho continuo y no que se ejercería únicamente durante el periodo que precede al arbitraje”^{xciv}.

En desacuerdo, el delegado de Italia Sr. Bonell, quien recibió apoyo por parte de los delegados de Suecia, Tanzania, el Reino Unido y del Consejo Internacional de Arbitraje Comercial,^{xcv} argumentó que:

“[e]l texto debería de estipular que la libertad de las partes en pactar o acordar en cualquier procedimiento que desearán termina con el inicio del procedimiento, a menos que los mismos árbitros acuerden en las modificaciones propuestas. Después de haber acordado a los términos de referencia, los árbitros no deberían de estar obligados a adoptar un procedimiento totalmente distinto. Como la Ley Modelo no define la relación contractual entre el árbitro y las partes, debería por lo menos especificarse que cambios solo se pueden hacer solo con el consentimiento de los árbitros”^{xcvi}.

Entonces, las partes acuerdan que, por el resto del procedimiento, será el tribunal arbitral quien, velando en todo momento por los derechos de las partes, sea quien conduzca irrestrictamente el procedimiento. Algunos mencionan que, si un árbitro se encuentra inconforme con el proceso, “[s]iempre podrán demandar ser liberado de sus responsabilidades y que se les pague debidamente”^{xcvii}.

Ambas opciones no llegan muy lejos. Otorgar desmedidos poderes al tribunal arbitral sobre el procedimiento puede atentar con la propia flexibilidad del proceso. Pero, no limitar la voluntad de las partes pudiera incentivar el uso de tácticas dilatorias para alentar el procedimiento.

Resulta necesario entonces, determinar un estándar uniforme sobre el derecho de las partes a presentar su caso. Se ha propuesto reemplazar “*plena oportunidad*” con “*oportunidad adecuada*”,^{xcviii} lo cual no parece crear mayor certidumbre. Por otra parte, la *International Bar Association* ha propuesto redactar el texto para que establezca que las partes tendrán derecho a una “*plena y apropiada oportunidad*” de presentar su caso.^{xcix}

La constante parece ser que la autonomía de las partes debe de, hasta cierto grado, ser limitada. Como fue determinado en *Triulzi Cesare SRL v Xinyi Group*, “[e]l derecho de cada parte a ser escuchado no significa que el Tribunal debe de ‘sacrificar toda eficiencia en orden de acomodar las demandas procesales irrazonables de las partes’”^c. Al limitar la autonomía de las partes, Sameer Sharma menciona que “[n]inguna lectura razonable de una disposición o regla de debido proceso obligaría al órgano decisorio a hacer cualquier acomodación”^{ci}.

De esta manera, resulta que el estándar que se debe de aplicar sobre el derecho de una parte a presentar su caso, se basa en términos de *razonabilidad, proporcionalidad y eficiencia*. Por lo tanto, la autonomía de las partes si es limitable.

En defensa de la eficiencia

La eficiencia del arbitraje tiende a ser correlativo de los costos y tiempo de la disputa. Originalmente, el arbitraje se promovía orgullosamente como un proceso menos costoso. Hoy en día esta acepción tiene poco sustento.

A pesar de esto, la eficiencia continúa siendo una característica esencial del arbitraje internacional. La eficiencia permite una resolución más pronta a las partes que los medios ordinarios de impartición de justicia.

Sin embargo, de poco sirve un procedimiento expedito, si el resultado no será ejecutable. Es por ello que, ante la *due process paranoia*, la necesidad de ejecutar el laudo naturalmente socavaría la eficiencia del arbitraje.

Entonces, el dilema realmente surge hasta que la eficiencia que se estaría acotando en el procedimiento, viene aparejada de una posible violación al debido proceso de las partes.

Por otro lado, se podría considerar que, si el tribunal cede al *due process paranoia*, el procedimiento también sería más eficiente.^{cii} Lo anterior, porque si el laudo se anula, se tendría que volver a arbitrar o litigar la disputa. Sin duda, en términos de eficiencia este sería el escenario menos favorable.

Desde una perspectiva superficial, tal vez sería deducible que el debido proceso supersede la eficiencia. Lo cual sería incorrecto. El tribunal arbitral deberá de considerar el riesgo de optar por la eficiencia cuando el daño al debido proceso sea más especulativo y exagerado por las partes. “[L]a persistencia del *due process paranoia* refuerza la errónea concepción que los objetivos de debido proceso y eficiencia son inherentemente opuestos”^{ciii}. Reconciliar la eficiencia y el debido proceso es esencial para el continuo crecimiento del arbitraje.

La eficiencia en la resolución de disputas puede tener la misma injerencia que la oportunidad de las partes a presentar su caso. La impartición de una justicia tardía no es justicia. Resulta necesario entonces, que la impartición de justicia sea tan eficiente como sea posible, sin restringir o vulnerar los derechos de las partes. Mientras las partes no hayan sido limitadas al grado en que la resolución de la disputa hubiese sido distinta, la eficiencia deberá de permear en el procedimiento.

Por ejemplo, el Reporte Final de Evaluación de Impartición de Justicia Tardía elaborado por la Comisión Internacional de Juristas,^{civ} menciona que:

“Es común que la justicia retrasada es justicia denegada. Los efectos de fracasar en impartir justicia en tiempo pueden tener nocivos impactos en las vidas de las partes involucradas, en particular en la parte agraviada. Esto puede llevar a mayores violaciones a derechos fundamentales. [...] Cualquier continuidad en el retraso de la justicia constituye una próxima violación.”^{cv}

Al contraponer la eficiencia contra el debido proceso, se debe valorar las propias implicaciones que tendrá comprometer la eficiencia sobre el debido proceso. Resulta “[c]laro cuando reconocemos que ambos valores están involucrados en la común iniciativa de alcanzar los diversos propósitos del estado de derecho”^{cví}.

En vez de tener una disyuntiva entre eficiencia y el derecho de una parte a presentar un caso, en realidad comparamos debido proceso vs. debido proceso.

Replanteando el Rol del Tribunal Arbitral a Partir del *Due Process Paranoia*

El tribunal arbitral debe de emitir un laudo ejecutable. El alcance del empeño que el tribunal debe tener sobre esta responsabilidad es debatido. En principio, esta obligación es tan extensa como sea razonable imponerle la carga al árbitro.

Al verse ejecutado el laudo “[l]os esfuerzos del tribunal son, por ende, honrados, y el arbitraje como institución fortalecida. Si el laudo se anula o la ejecución se deniega, el resultado lanza una sombra sobre el procedimiento”^{cvii}.

Esta regla se replica en virtualmente todas las reglas arbitrales. Por ejemplo, el Art. 32 de *London Court of International Arbitration*, establece que “[e]l Tribunal Arbitral, [...] y cada una de las partes deberán de actuar siempre en buena fe, respetando el espíritu del Acuerdo de Arbitraje, y deberán de hacer todo esfuerzo razonable para asegurar que cualquier laudo sea legalmente reconocido y ejecutado en la sede del arbitraje”.

Boog, Moss y Wittmer, consideran que “[h]ay poca evidencia persuasiva que dicha responsabilidad en realidad existe en el alcance proclamado. Además, la supuesta responsabilidad, por muy buena es una mancha conceptual, atractivo a la noción de ejecutabilidad”^{cviii}. No obstante, como fue reflejado en la encuesta de la Universidad de Queen Mary, *due process paranoia* gravita constantemente en torno a los árbitros.

No existiría *due process paranoia* si el tribunal no tuviese una preocupación sobre su laudo. Afirmar que dicha obligación es difusa por no considerar la *due process paranoia* como un efecto consecuente de la misma responsabilidad resulta equiparable a presenciar un pájaro descansando en su nido y concluir que no vuela. Es hasta que uno se aproxima que esta emprenderá el vuelo. Se requiere de incentivos para avistar la característica. En este caso, la amenaza de nulidad del laudo es el incentivo que activa la obligación del tribunal arbitral.

El deber del árbitro se debería limitar a la sede del arbitraje. Por el contrario, se emprende la idea de que el tribunal arbitral asegure la ejecutabilidad del laudo en los 166 estados contratantes de la Convención de Nueva York - *¡Imagen tal esfuerzo de un tribunal!* -, o en su defecto, en las jurisdicciones donde la parte contra la que se invoque tenga bienes. Al final del día, “[u]n laudo inejecutable vale menos que el papel sobre el que se escribe”^{cix}.

Esta última noción es todo menos incongruente. La Convención de Nueva York establece que se denegara el reconocimiento o ejecución del laudo si se probare que el laudo es contrario a ciertas disposiciones en *el lugar donde se invoque el laudo*.^{cx} Entonces, si la sede del arbitraje se constituye en un estado contratante de la Convención de Nueva York, al tener que acatar las disposiciones *in situ* del procedimiento arbitral, este deberá considerar el lugar donde el laudo se ejecutará.



Por lo que, me considero partidario de afirmar que la obligación de un árbitro de emitir un laudo ejecutable es latente y necesario. Claro que no se deberá de entender al extremo, pero si en el sentido en que el laudo sea ejecutable donde se requiera. En caso de que tenga bienes en docenas de jurisdicciones o la ejecución se perciba dificultosa, el laudo naturalmente deberá ser ejecutable en la sede del arbitraje.

Ahora bien, la pertinencia del deber a emitir un laudo ejecutable desemboca en un abuso por las partes. Aquello que da propósito al árbitro se torna en su paranoia. Las partes, con relativa facilidad, invocan el deber del tribunal creando una ficción sobre sus solicitudes procesales, demandando que sean complacidas, o si no, dichas solicitudes *-por adivinamiento-* se vuelven en violaciones al debido proceso.

Sin embargo, no todo argumento de violación al debido proceso realmente constituye *due process paranoia*. En *Commercial Caribbean Niquel (“CNN”) v. Overseas Mining Ins. Ltd. (“OMI”)*,^{cxí} la Corte de Apelación de París anuló el laudo por violación al debido proceso. Esto, con base en que el tribunal había negado el debido proceso de las partes al no permitirles comentar sobre cuestiones del laudo donde se resolvían los daños.

CNN argumentó que no había tenido el suficiente tiempo para contestar al reporte de daños del experto de OMI. CNN tuvo cuatro meses para contestar y no justificó porque hubiese requerido mayor tiempo ni como hubiera sido más persuasiva su contestación de haber tenido más tiempo. Adicionalmente, argumentó que el tribunal decidió la cuantía de los daños con base en un modelo que la contraparte no había presentado, lo cual le privó de su oportunidad de comentar al respecto.

Por esta última razón, fue que se anuló el laudo. “Al fallar en invitar a las partes en presentar argumentos sobre este punto, el tribunal arbitral violó el debido proceso”^{cxii}. Efectivamente, en virtud de que el laudo fue resuelto con base en argumentos no planteados, la parte afectada no pudo ejercer defensa alguna.

Esto último no constituye *due process paranoia* porque el tribunal no se encontró en una encrucijada. Ninguna de las partes presentó una solicitud procesal que forzara a la deliberación de contraponer la eficiencia del proceso contra la ejecutabilidad del laudo. Independientemente, el tribunal fracasó en emitir un laudo ejecutable.

En consecuencia, el tribunal mantiene un rol de deberes complejos, balanceando la eficiencia, ejecutabilidad y evitando violaciones al debido proceso que deriven en *due process paranoia*.

1) La - ¿desmedida? - discrecionalidad del tribunal arbitral para conducir el procedimiento

El tribunal arbitral tiene una facultad discrecional, sujeta al acuerdo entre las partes y las leyes aplicables, para conducir el procedimiento. Esta facultad parece estar subordinada al acuerdo entre las partes. Solo ante la ausencia del acuerdo, puede el tribunal imponer su decisión procesal de conducir el procedimiento. Claro, con algunas excepciones.

Al igual que el debido proceso en el arbitraje, la discreción del tribunal también está registrada en el trabajo de la UNCITRAL, “[e]l tribunal tiene amplia discreción para manejar el caso como lo considere apropiado, sujeto a los límites del debido proceso, al igual que las Reglas y los acuerdos de las partes”^{cxiii}.

Jeffrey Maurice se refiere a la facultad del tribunal de conducir el procedimiento como una “discreción residual”, donde solo ante la ausencia del acuerdo de las partes, puede la facultad del tribunal entrar en acción.^{cxiv} Arbitrariamente, a pesar de que el árbitro es parte de la relación contractual que emana del acuerdo de arbitraje, este se debe de ajustar a un procedimiento que no necesariamente puede el árbitro determinar. Entonces ¿el tribunal tiene una obligación de preservar el debido proceso, pero no siempre puede, en efecto, dictar el proceso? Parece un poco conflictivo.

Hay consenso en cuanto a que el tribunal, por excepción, puede invalidar un acuerdo entre las partes para conducir el proceso cuando dicho acuerdo violenta los derechos de las partes de manera evidente o al derecho dispositivo.^{cxv} Así, se produce una especie de cortesía bilateral. El tribunal admite la autonomía de las partes en los acuerdos procesales, y las partes, consientes del poder del tribunal, optan por no abusar de la cortesía que se les otorga.

Si bien se debe fomentar el uso del tribunal de su facultad discrecional de conducir el procedimiento, una postura excesivamente rígida del tribunal arbitral podría crear la apariencia de un sesgo del árbitro en favor de alguna de las partes. Fomentando la posibilidad de que el laudo se anule por falta de imparcialidad e independencia, o que se intente recusar al árbitro durante el procedimiento arbitral.

A la fecha, las partes desean que el tribunal sea más decisivo y activo en el manejo de procedimiento.^{cxvi} Desde el 2010, la tendencia en la práctica fue que el 43% de los encuestados por la Universidad de Queen Mary prefieren un tribunal que no se espere a tener que reaccionar a las actitudes de las partes. Esta tendencia se replicó en la encuesta del 2015.^{cxvii} En esta última, hubo la siguiente percepción:

“Otros sintieron que, en la práctica, el riesgo de impugnaciones exitosas a los laudos arbitrales es insuficiente para justificar el comportamiento sobre cauteloso de los tribunales; consecuentemente, los árbitros deberán estar dispuestos a manejar decisivamente los procedimientos”^{cxviii}.

La facultad del tribunal de conducir el procedimiento puede estar aparejada con su poder sancionador. Estos, en conjunto, podrían limitar a las partes a solo presentar objeciones por violaciones al debido proceso cuando la parte realmente se vea mermada. Por el momento, no parece haber suficiente audacia por los tribunales de sancionar a las partes por intentar afectar el procedimiento con peticiones innecesarias.^{cxix}

Ahora, si el tribunal opta por hacer uso de sus poderes ¿hasta qué grado puede rechazar las solicitudes de las partes? Se ha considerado que una denegación no constituye una violación al debido proceso, pero denegar continuamente solicitudes si pudiera serlo.^{cxx} Esto puede tener dos derivados. Se puede entender que el tribunal arbitral debe conceder algunas solicitudes para evitar aparentar favoritismos, o recomendablemente, deberá aplicar el mismo estándar de valoración sobre cada solicitud y, por consiguiente, ejercer sus facultades debidamente dependiendo de las circunstancias particulares de cada solicitud.

La segunda opción es preferible en virtud de que el tribunal continuó en uso de su facultad para conducir el procedimiento. *Due process paranoia* recibe poco oxígeno cuando el tribunal arbitral hace uso de su facultad de conducir el procedimiento de manera debida. Por ello, los poderes del tribunal desincentivan la superabundancia de reclamos procesales.

Deliberaciones, arbitrajes con tres árbitros y *double hatting* ante la *due process paranoia*

La deliberación del tribunal arbitral puede cobrar mayor importancia para combatir la *due process paranoia*. La percepción de cada árbitro sobre las solicitudes procesales de las partes puede tener la repercusión de sesgos inconscientes en los árbitros. Estos pueden ser en el sentido de dar continuidad a las peticiones de la parte demandante por miedo a que ataque su laudo, o en su contra, por frustración en la insistencia de presentar solicitudes carentes de buena fe.^{cxxi}

En pro de los arbitrajes con adjudicadores tripartitos, resulta notorio que los árbitros, al igual que los jueces, están sujetos a factores psicológicos. Estos determinan intuitivamente las decisiones de la disputa.

Es así, que se ha puesto, por ejemplo, que si a un árbitro se le presenta una solicitud procesal y adicionalmente se argumenta una violación al debido proceso en caso de no cumplirla, dicho árbitro tendría la visión nublada y optaría por “[e]l *objetivo* (de un firme cumplimiento con el debido proceso) en vez de buscar alcanzar la *ambición* (de emitir un certero y eficiente laudo)”^{cxxii}.

Edna Sussman en *Los Roles de la Psicología en el Arbitraje Internacional*, condujo un estudio del proceso decisorio de 401 árbitros. Él estudió determinó que:

“[p]areciera que los árbitros pueden hacer más para evitar estar nublados. Como reportado, 46% de los árbitros revisan la evidencia que soporta lo que preliminarmente parece ser el lado perdedor al momento de deliberar. Y no resulta claro si las respuestas de los árbitros respecto a sus propias revisiones de la evidencia sobre la parte perdedora fueron para buscar citas o soporte para una conclusión o una revisión de la evidencia que apoye a ambos lados”.

Entonces, se produce un patrón de sesgo en los árbitros donde una decisión intuitiva y preliminar del caso puede conllevar a una superficial redacción del laudo. Al llevar un arbitraje con tres árbitros, conscientes de los sesgos que los reclamos basados en *due process paranoia* puedan producir, deben buscar aumentar el 46% de consistencia que existe en el proceso de deliberación al no revisar adecuadamente toda la evidencia. En caso de unanimidad, un miembro del tribunal se puede posicionar como “abogado del diablo”, para asegurar que “ninguna piedra se deje sin voltear”.

La posibilidad del tribunal arbitral de deliberar es necesaria para el arribo de una decisión correcta. Evidentemente, tres cabezas piensan mejor que una. Esto permite, que entre el propio tribunal se ejecute una especie de frenos y contrapesos, donde un árbitro puede persuadir las decisiones manifiestamente incorrectas de otro. Por ejemplo, el Tribunal Especial de Reclamos Estados Unidos-Irán en *Iran Aircraft Industries vs. Avco Corporation*,^{cxxiii} recomendó a Avco no presentar miles de facturas como evidencia y que presentara mejor una certificación de auditor sobre los mismos.

“La cámara [...] posteriormente emitió un laudo en contra de Avco, por falta de evidencia, sobre la base que se requerían en efecto las facturas para probar los daños. [...] El Segundo Circuito de Apelaciones de EU negó la ejecución, al encontrar que ‘al inducir al error a Avco, aunque involuntariamente, el Tribunal le había negado a Avco la oportunidad de presentar su reclamo de una manera sustancial”

La recomendación por el Tribunal a Avco fue hecha por un juez, decisión que posteriormente fue crítica por otro juez del Tribunal.^{cxxiv} Mediante la deliberación en un tribunal arbitral, se hubiese podido evitar el error.

No obstante, la deliberación no es exclusivo de tribunales arbitrales. Los árbitros solos, también deliberan consigo mismos. Aquí, *-por si no fuera suficiente-* se produce otro conflicto.

Due process paranoia se puede estar beneficiando del *double hatting* o conflicto de intereses. *Double hatting* es entendido como el ejercicio simultáneo de distintas posiciones en el arbitraje *-i.e. ser abogado de parte y simultáneamente árbitro-*; lo cual produce que los practicantes tomen decisiones con base en las implicaciones que tengan en sus múltiples roles profesionales. No entraré a detalle sobre el *double hatting* al no ser objeto del ensayo, pero es aceptable concluir que una considerable cantidad de árbitros deciden cuestiones procesales, sobre las consecuencias que pueda tener en sus futuras nominaciones en otros arbitrajes.

Bajo este entendido, los árbitros aceptarían peticiones procesales para complacer a las partes y que estos los seleccionen en sus futuras disputas. Noblemente se ha argumentado que “[d]os cabezas es mejor que una”^{cxxv} para apoyar la diversidad en el arbitraje y, por lo tanto, que el *double hatting* no es tan perjudicial. Pero lo que no es aceptable, es que una de las cabezas tome la decisión por la otra y por lo tanto sea sujeto al *due process paranoia*. Al hacerlo, el árbitro se autosabotea e inclusive violenta su deber como árbitro.

Por ello, nuevamente resulta favorable un arbitraje compuesto por tres árbitros. La conjunta deliberación del tribunal arbitral no admitiría la decisión unilateral de un árbitro que se fundamente por las repercusiones que pueda tener en sus futuras nominaciones. Al tener tres árbitros, por simple mayoría de consenso se pueden determinar las solicitudes procesales de las partes, sin que exista una “[d]etracción de la habilidad del tribunal y de las partes en enfocarse en el fondo de los casos de las partes, sobre el cual resta la disputa”^{cxxvi}.

En consecuencia, enriquecer los procedimientos de deliberación en los tribunales arbitrales puede tener un impacto directo en el combate al *due process paranoia*.

Actitud y Respuestas de las Cortes Judiciales

La capacidad de las cortes para denegar el reconocimiento y ejecución, o anular un laudo, les otorga un control sobre las actuaciones en el arbitraje internacional. Esto permite que el Estado tenga la última palabra en caso de que existan transgresiones al debido proceso por el tribunal arbitral.

Durante el procedimiento, la participación de las cortes en asistencia al arbitraje puede resultar necesaria. Esta asistencia debe de seguir el principio de mínima intervención sobre el arbitraje, restringiendo la posibilidad de que las cortes o las mismas partes en el arbitraje, obstruyan el procedimiento arbitral. Bajo este entendido, las cortes funcionan como un vehículo que asiste al tribunal a transitar un terreno que en otras circunstancias resultaría intransitable.

Las cortes se aseguran de que el tribunal se conduzca propiamente. La solicitud de reconocimiento, ejecución o nulidad que se ventile ante las cortes, tiende a ser de dominio público, lo cual tiene un doble efecto. Puede intimidar a los árbitros al ver que su reputación se vea comprometida con base en las decisiones que tomaron, reduciendo la confianza de estos en ejercer sus facultades de conducir el procedimiento.

También, puede darle un foro a los árbitros para que estos muestren su capacidad de conducir el procedimiento de manera eficiente, con la tranquilidad de que una corte preparada soportará su decisión.

Lo seguro, es que nadie nominaría un árbitro que conduce procedimientos con celeridad pero que sus laudos continuamente son nulos. Por ello, los árbitros requieren un sistema que otorgue certidumbre sobre las consecuencias de sus acciones. Ese sistema son las cortes locales.

Al respecto, Agla Eir de la Universidad de Reykjavík y de la Cámara de Comercio de Islandia, menciona que:

“Las cortes, por lo tanto, tienen un rol importante cuando se trata de prevenir tácticas dilatorias. Tienen a su disposición herramientas que les permite responder a las tácticas dilatorias de una manera más eficiente que los tribunales arbitrales ya que ellos, contrario a los tribunales, tienen la posibilidad de usar poderes coercitivos en dichas circunstancias. Las cortes, sin embargo, necesitan ser cautelosos ante las solicitudes que pudieran ser instituidas para retrasar el procedimiento, y si las cortes no reaccionan rechazándolas, en efecto ellos mismos se han convertido en parte de los problemas y en un accesorio a la táctica”^{CXXVII}

En principio, todos los estados contratantes de la Convención de Nueva York mantienen una política *pro-arbitraje*, la cual emana de la propia Convención. Las cortes, al resultar cómplices de tácticas dilatorias al caer ellos mismos en la *due process paranoia*, actúan en contra de la política de su propio Estado, interfieren con el arbitraje, y desincentivan a las partes a que continúen utilizando dicho mecanismo de resolución de controversias.^{CXXVIII}

Due process paranoia efectivamente es denominado “paranoia” por la incertidumbre del tribunal en no saber si su laudo sobrevivirá un intento de nulidad. Esto significa, que con dificultad resulta previsible la posición que las cortes locales puedan tener sobre la decisión del tribunal.

Jasmine Feng y Benjamin Teo,^{cxxix} analizando una decisión de la Corte de Apelación de Singapur,^{cxix} mencionan que:

“[l]a Corte notó que este tipo de impugnaciones por lo general son usados como medios para ‘impropiamente atacar el laudo’ y que esto ‘desvirtúa y debilita la importancia real del debido proceso’ lo cual ‘erosiona la legitimidad del arbitraje en su totalidad y su crítico rol como un modelo obligatorio de resolución de disputas’.”^{cxix}

La decisión de la Corte de Apelación de Singapur muestra que inclusive cuando se argumenta sobre materias susceptibles de crear *due process paranoia*, como no permitir una extensión del término del plazo para contestar, no admitir reportes suplementarios de expertos y permitir la revelación de documentos de manera desorganizada por una de las partes, no es suficiente cuando las partes no lo contendieron en el arbitraje, o no les causó un daño a las partes. De otra manera, argumentos de debido proceso no deberían de ser usados como un *último intento* de las partes de anular el laudo cuando este no falla a su favor.

La actitud o postura de las cortes hacia alegaciones de violación al debido proceso es clara. Siguiendo la decisión en *China Machine New Energy Corp vs. Jaguar Energy Guatemala LLC*, donde el Ministro Presidente Sundaresh Menon:

“[n]o puede haber lugar para error en este tipo de materias. Una parte agraviada no puede quejarse después de los hechos que sus esperanzas de un juicio equitativo fueron defraudadas por actos del tribunal, y aun así conducirse frente a ese tribunal ‘en tiempo real’ bajo la intención que todavía se encuentra satisfecho en proceder con el arbitraje y obtener un laudo, solo para luego impugnarlo después de darse cuenta de que el laudo es en su contra. En nuestro juicio, estas tácticas simplemente no se pueden tolerar”^{cxix}.

El proceso de nulidad de un laudo no es un sistema de apelación, no es una instancia más para las partes y no pueden presentar argumentos que debieron de manifestar en el proceso arbitral, pero que, por conveniencia, optaron por no hacerlo. Las tácticas guerrilleras son reprochables en el arbitraje internacional y subsistirán mientras las cortes permitan que se utilicen como intentos de nulidad de un laudo.

Prácticas como no presentarse con la esperanza de anular un laudo no deben ser toleradas. El tribunal, posteriormente a una debida notificación del procedimiento, puede continuar un proceso ante la ausencia de una de las partes.^{cxxxiii} John F. Kennedy y aquellos que presentan irrazonables solicitudes procesales durante el arbitraje tienen un factor en común. Si a uno le preguntas ¿porque viajar a la luna? y al otro ¿porque intenta recurrir al *due process paranoia*? la respuesta de ambos sería “porque puedo”. Es este mismo frívolo razonamiento y ausencia de repercusiones las que posibilitan reclamos sobre violaciones al debido proceso.

Ceder terreno al *due process paranoia* da una excusa más a las cortes para revisar el fondo de los laudos arbitrales. Lo cual, no es permisible. En apoyo, Klaus Peter y J. Ole Jensen definieron la *Procedural Judgement Rule*.^{cxxxiv} La “regla”, establece que las cortes no anularan un laudo cuando la decisión de manejo del caso por el tribunal se realizó *bona fide* al analizar el caso y fue una decisión razonable. La *Procedural Judgement Rule* es una muestra de cortesía de las cortes a los árbitros al establecer que respetaran sus decisiones. Sin embargo, como la propia Regla establece, esta es una pauta para las cortes, pero no para el tribunal. El tribunal todavía debe de alguna manera decidir qué solicitudes admitir.

A pesar de lo anterior, el panorama es favorable. No existe una tendencia de las cortes a anular laudos por cuestiones procesales exclusivamente. El Reporte de la *International Bar Association* del 2018,^{cxxxv} mediante el cual se estudia la nulidad de laudos por las cortes con respecto al proceso arbitral, resulta alentador. Estudiando 13 jurisdicciones, la *paranoia* que se induce a los árbitros parece ser “[u]n miedo en su mayoría exagerado”^{cxxxvi}.

Los árbitros entonces pueden confiar que sus decisiones de manejo procesal serán respaldadas.

Escenarios Donde el Tribunal Arbitral Puede Enfrentarse al *Due Process Paranoia*

Due process paranoia afecta la habilidad de identificar y resolver problemas genuinos de debido proceso.^{cxxxvii} De esta manera, los argumentos que conllevan *due process paranoia*, forman una especie de amenaza al tribunal, donde una de las partes, con gracia le dice al tribunal: *si no cumples lo solicitado, podría anular el laudo*. Es así como, en pro de la practicidad, se detallan algunos supuestos donde el tribunal puede sufrir de *due process paranoia*.

1. Audiencias

Las audiencias están definidas por términos procesales, los cuales indican lugar, día y hora en que la audiencia se conducirá. En fechas anteriores a la audiencia múltiples imprevistos pueden presentarse que requieran que una parte solicite al tribunal una extensión de tiempo.

Por ejemplo, *Shenyang Xinying Nets Industrial Co., Ltd. vs. Poway Ltd.*,^{cxxxviii} la demandada modificó su demanda quince días antes de la audiencia. La parte actora, argumentó que no tenía suficiente tiempo para preparar la audiencia. El Tribunal Popular Intermedio en China que conoció de la solicitud de nulidad, determinó que:

“[e]l tribunal deberá decidir si posponer o no la audiencia. Durante la audiencia, la parte actora presento hechos relevantes y argumentos; posteriormente a la audiencia, la parte actora presentó la opinión por escrito de su agente. Claramente, el tribunal arbitral le había dado a la parte actora una oportunidad razonable de presentar y argumentar su caso”.

Entonces, si una parte ya tuvo una oportunidad razonable de presentar su caso, no es necesario postergar la audiencia.

Recientemente, SARS-CoV-2, mejor conocido por la enfermedad infecciosa COVID-19, ha forzado al arbitraje a acogerse en tecnología que permita continuar con el procedimiento. Por lo que, se cuestiona si las audiencias remotas interfieren con el derecho de las partes a presentar su caso. A discreción del tribunal, este puede rechazar una solicitud de llevar una audiencia de manera remota,^{cxix} cuando no impida con el procedimiento o se dañifique agresivamente el derecho de una de las partes. COVID-19 sí ha impedido el desarrollo usual de un procedimiento, por lo que audiencias virtuales resultarían necesarias. El derecho de una parte a presentar su caso, en principio no se vería dañado ya que sí tendría un foro para presentar su caso.^{cxl} Simplemente el medio mediante el cual se presentaría el caso sería distinto. Además, múltiples países han enfrentado la pandemia llevando los procesos judiciales en línea.

Tampoco hay exigencia alguna para que una parte tenga derecho de presentar replicas oralmente.^{cxli} Las audiencias en general, solo tienen utilidad si van a aclarar puntos disputados.^{cxlii} La persuasión en una audiencia solo es eficaz si existe duda sobre alguna cuestión. Para esto, se puede citar a las cortes de Hong Kong. Ante la Corte de Primera Instancia de Hong Kong,^{cxliii} una parte argumentó que el árbitro no aceptó su solicitud de tener una audiencia oral para una cuestión preliminar, haciendo notar a la Corte que, de haberla tenido, el laudo se hubiera resuelto distinto. La Corte de Hong Kong menciona que “[e]l ‘sentido común’ del razonamiento del árbitro no podía ser criticado como injusto o de otra manera indicativo de conducta impropia”^{cxliv}.

Es notable, que si se han anulado laudos cuando el árbitro no aplaza una audiencia por solicitud de una parte de presentar evidencia crítica,^{cxlv} ante la ausencia de un testigo crucial,^{cxlvi} o cuando un terremoto evita que una parte se pueda preparar para la audiencia.^{cxlvii} Por lo que, el árbitro debe de seguir aplicando un estándar de razonabilidad en sus decisiones donde la decisión procesal no impida el derecho de una parte a presentar su caso, u obstruya la habilidad de una parte de presentar información que pudiera cambiar la decisión final del árbitro.

Entonces, a menos que la ley lo indique expresamente y los poderes del árbitro sean sumisos a esa disposición, el tribunal tiene discreción para no reagendar una audiencia o para no considerarla necesaria.

Evidencias, representantes y otros actores en el arbitraje

En la mayoría de las reglas arbitrales, el tribunal puede decidir sobre la relevancia, materialidad y necesidad de la evidencia y pruebas.^{cxlviii} Con base en estos estándares, el tribunal puede decidir la admisibilidad de la evidencia. Por ejemplo, las Reglas de Arbitraje de la Comisión Económica y de Arbitraje Comercial de China, en su Art. 43 establece que “[e]l tribunal puede realizar las investigaciones para recolectar evidencia como lo considere necesario”. A su vez, la falta de relevancia en una evidencia, conforme a las Reglas de la IBA sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional, es suficiente para que el tribunal deseche una solicitud de revelar documentos.^{cxlix}

En *Spazio K Engenharia Ltda vs. Marcelo Hsiu and Michael Hsiu*, se pretendió anular un laudo por que el tribunal arbitral desechó una solicitud para presentar evidencias. La Corte de Apelación de Sao Paulo decidió que “[c]onforme a la orden procesal del tribunal arbitral, las partes tuvieron suficiente oportunidad de producir evidencia durante el transcurso del arbitraje, y está dentro de los poderes del tribunal el decidir si la evidencia se debería producir”^{cl}. Las cortes de Brasil también consideran que las partes deberían buscar asistencia de las cortes antes que el laudo se emita cuando consideren que sus derechos se ven afectados.^{cli}

En cuanto corresponde a testigos y expertos, no existe una obligación de apuntar a un experto y, por lo tanto, el laudo no debería ser anulable.^{clii} Los testigos, “[e]n vista de los principios de urgencia y economía procesal, evidencia testimonial solo debería ser admitida en casos en donde el testimonio es esencial para el caso”^{cliii}. La falta de oportunidad de contra interrogar a un testigo no es suficiente para anular un laudo si la parte ya tuvo la oportunidad de combatir ese punto mediante escrito.^{cliv}

Aunque *-cuestionablemente-* si se han anulado laudos por no permitir un contrainterrogatorio, cuando la parte a interrogar no contaba con representación legal.^{clv}

Por último, es discutida la capacidad de un árbitro de excluir a los representantes de parte y expertos de parte por falta de ética y mala conducta.^{clvi} Las instituciones pueden sancionar a los árbitros, pero no parece haber consenso en que puedan remover a los representantes legales.^{clvii} Actualmente, es tendencia que los árbitros tienen poderes inherentes para sancionar a las partes mientras resguarden su derecho a ser representados y al debido proceso.^{clviii}

Acumulación/consolidación de procedimientos

Ante la objeción de no acumular procedimientos, una parte podría obtener la nulidad del laudo. El tribunal arbitral y el laudo podrían estar abarcando más de lo que el acuerdo de arbitraje prevé. La Convención de Nueva York, mediante Art. V(1)(c) permite la denegación del reconocimiento y ejecución si “[e]l laudo versa sobre una diferencia no contemplada por o no entrando dentro de los términos del acuerdo de arbitraje, o si contiene decisiones sobre cuestiones más allá del alcance del acuerdo de arbitraje”. Es así, que una parte que quiera ser sometida a un arbitraje mediante acumulación, podría levantar argumentar que no dio su consentimiento para arbitrar contra las partes del acuerdo de arbitraje.

De igual manera, la ICC y la LCIA recientemente modificaron sus reglamentos para fortalecer sus disposiciones con relación a la acumulación de procedimientos, facilitando el proceso cuando los árbitros lo consideren necesario.

Presentación de Escritos o Solicitudes tardías

Los términos procesales se acuerdan con la idea de que ambas partes tendrán la suficiente oportunidad de presentar su caso. Es inusual que una presentación tardía fuese suficiente para anular un laudo, en particular cuando dicha parte estaba consciente del término que le aplicaba.

En *Bromley Park Garden Estate Limited vs. Gary Christopher Mallen, Bruce Maunder Taylor*,^{clix} una parte argumentó que no podía presentar su escrito hasta revelar ciertos documentos. Por lo cual, al solicitar la nulidad del laudo se resolvió que:

“En consecuencia, fracasó en presentar su escrito de contestación en la fecha indicada. La corte decidió que el árbitro no había actuado injustamente al solicitar el escrito en una fecha en particular: (i) la parte quejosa tuvo una oportunidad razonable de presentar su caso; (ii) la parte quejosa se privó a sí misma de la oportunidad al fracasar en presentar contra prestaciones en la ausencia de los documentos solicitados”^{clx}.

Al no presentar el escrito, la parte se autosaboteó esperando ciegamente anular un laudo adversario. No obstante, si se ha anulado un laudo porque “[e]l tribunal arbitral no le dio oportunidad a la demandada de presentar su escrito de contestación y producir evidencia, y la audiencia se realizó sin la presencia de la demandada”^{clxi}. La corte de Apelación de París determinó que la negación de un memorial de réplica por el tribunal arbitral puede ser causal de nulidad, si este la desechó sin haber dado una oportunidad a que la parte contraria se pronunciara al respecto.^{clxii} Si no hay objeción *-entonces hay acuerdo (super-voluntad)-*, y no habría razón para que el tribunal la negara.

Posibles Soluciones al *Due Process Paranoia*

Due process paranoia requiere de un estándar que provee certidumbre a los árbitros sobre las consecuencias de sus decisiones en los laudos.

En el desarrollo de propuestas para combatir la *due process paranoia*, se ha considerado establecer un estándar de proporcionalidad en relación con los reclamos de las partes.^{clxiii} Esto es, que el tribunal considerará la relevancia de un reclamo para el caso de una de las partes. Entre más relevante, más recursos y más oportunidad tendrán las partes. Encuentro preocupante esta aproximación.

El tribunal arbitral debe tomar en cuenta la importancia de los argumentos al momento de emitir el laudo, pero no considero que sea el tribunal arbitral quien deba de imponerle a las partes la decisión sobre que argumento es más importante que otro. El tribunal debe de informarle a las partes si tiene duda o interés sobre algún punto en particular. Pero corresponde a cada parte en lo individual presentar aquellos argumentos que consideren más persuasivos y, por lo tanto, darles mayor importancia a éstos. En consecuencia, tampoco sería apropiado que las partes aleguen que todos sus reclamos tienen el mismo orden de prioridad.

Se ha propuesto como solución el incrementar el acceso a la información sobre las determinaciones de las cortes al reconocer y ejecutar un laudo, para que los árbitros puedan saber en qué sentido resolverá la corte.^{clxiv} El Reporte de la *International Bar Association* del 2018 se ha encargado de esto,^{clxv} aunque solo se pronuncia sobre 13 Estados. Quedan pendientes 153 Estados contratantes de la Convención de Nueva York.

Por ello, propongo dos soluciones que, en conjunto o en lo individual, considero que pueden presentar una pauta o un marco inicial para la toma de decisiones de un árbitro ante la *due process paranoia*.

1. Mantener un registro de conducta de las partes

La ética sobre los distintos actores en el arbitraje es pertinente hoy más que nunca. La decisión de *Halliburton vs. Chubb* y el intento de regular la conducta de los árbitros en arbitrajes de inversión por el Grupo de Trabajo III de la UNCITRAL, han sacudido el tema sobre la mesa.

Uno de los medios de control sobre los árbitros es el uso de bases de datos, mediante los cuales, las partes pueden registrar el comportamiento de los árbitros y así, en un futuro poder escoger árbitros más preparados, diversos, éticos y eficientes.

Una de las bases de datos más fuertes es *Arbitrator Intelligence*, la cual recompila, *inter alia*, las reglas arbitrales que han utilizado árbitros, el monto de las disputas, el rol del árbitro en un tribunal (co-árbitro o presidente), el sentido en que el tribunal falló, los costos del arbitraje y la duración de la deliberación de los árbitros. La información de los reportes es objetiva, pertinente y no permite que una parte que llene el reporte de un arbitraje se tome la libertad de atacar al árbitro con adjetivos calificativos sobre su participación en el arbitraje.

Si ahora con ímpetu se mantiene un registro de los árbitros ¿Por qué no tener uno igual de las partes? La conducta de las partes tiene una relevancia equitativa a la de los árbitros con respecto al *due process paranoia*. Si las partes son las que presentan reclamos procesales frívolos, estos son los que deberían de estar siendo restringidos.

Una base de datos que recompile la conducta de las partes disuade la tentación de las partes de plantar semillas en el procedimiento con la esperanza que, en caso de no ganar, la semilla crezca a ser maleza. Al igual que las bases de datos de árbitros, la de representantes legales deberá de ser objetiva y no permitir la degradación calificativa de una persona.

Alguna de la información que podría comprender es: (i) la cantidad de veces que solicitan aplazamientos, (ii) el número de veces que recurren a los árbitros, (iii) la cantidad de veces que presentan reclamos o evidencia tardía, y (iv) la duración del arbitraje. Toda esta información con respecto a los árbitros ya es recompilada en algunas bases de datos.

Si esta información fuese publica, múltiples actores se verían restringidos de actuar en cierto sentido. No considero que esta propuesta sea en el sentido de atacar cada decisión que puedan tomar los representantes legales. Si la decisión es intelectual, de buena fe o estratégica -*como puede ser bifurcar un procedimiento para la demandada*-, entonces no debería de haber problema por las partes en que esta sea de dominio público.

Evadiendo a Scylla y Charybdis. Propuesta de un test para superar la *due process paranoia*

Como segunda propuesta y con efectos más inmediatos que construir una base de datos, propongo un *test* que asista a los árbitros en la toma de decisiones ante la *due process paranoia*.

En consecuencia, previo a considerar la efectividad del *test*, este deberá ser aplicado, lo cual a la fecha no ha sucedido. No pretendo que el *test* sea exhaustivo para todas las circunstancias ante las que un árbitro se pueda enfrentar, pero si lo suficientemente extenso para abarcar el factor común de la mayoría de los reclamos revestidos de *due process paranoia*.

Para plantear el *test*, se partió de los múltiples estándares y condiciones que las decisiones arbitrales deben cumplir. Para ello, el artículo sobre *due process paranoia* de Klaus Peter Berger y J. Ole Jensen es más que ilustrativo y refiero a cualquier persona interesada en el tema al mismo.^{clxvi} Algunas de las características de las decisiones arbitrales sobre el manejo procesal son: (i) la decisión debe ser razonable, (ii) no violar el derecho de una parte a presentar su caso, (iii) debe *prima facie* ser de buena fe, (iv) la parte ya debió haber tenido una oportunidad razonable de presentar su caso, etc.

En este sentido, al aglomerar en secuencia las condiciones anteriores, se produce el siguiente *test*.

PAUTA 95

MARZO 2021

No.	Cuestionamiento	Respuesta	
		Sí	No
1.	¿Existe un acuerdo previo entre las partes?	Se admite la solicitud.	Continuas al paso 2.
2.	De admitirse la solicitud ¿se atentaría en contra de la eficiencia procesal?	Continuas al paso 3.	Se admite la solicitud.
3.	¿El tribunal arbitral tiene facultades discrecionales amplias para conducir el procedimiento?	Continuas al paso 4.	Se admite la solicitud.
4.	¿La parte ya tuvo una oportunidad razonable y equitativa de presentar su caso?	Continuas al paso 5.	Se admite la solicitud.
5.	¿La decisión en caso de negar la solicitud es razonable dadas las circunstancias? No debe producir una violación seria y evidente a los derechos de la parte solicitante.	Se niega la solicitud.	Se admite la solicitud.
En caso de existir un reclamo por la parte no solicitante y el resultado del paso 5. Sea “No”, se procede al paso 6 previo a la admisibilidad de la solicitud.			
6.	De admitirse la solicitud procesal ¿se estaría tratando con inequidad a la parte no solicitante?	Se niega la solicitud.	Se admite la solicitud.

El árbitro o tribunal que haga uso del *test*, deberá de plantearse los cuestionamientos en la secuencia que se presenta. Dependiendo de la respuesta -*sí* o *no*-, será el resultado que sobre la solicitud procesal que una parte presente se deba aplicar.

En esencia, el *test* pretende ser exactamente lo que a su nombre se refiere. Una prueba *mínima* que una decisión procesal deberá acatar. El *test* puede presentar un camino inicial para un árbitro primerizo o desconocedor del arbitraje. En consecuencia, otros factores podrán ser tomados en cuenta como la buena fe de una parte en presentar la solicitud, la frivolidad de esta y el número de solicitudes que ya se hayan presentado por la misma parte.

A diferencia de la encrucijada en la que se encontraba Odiseo, el *test* presenta dos resultados que no posicionan al árbitro entre dos males: Admitir la solicitud procesal o desecharla. Ninguna de las opciones es mejor que otra, porque la decisión estará protegida de un análisis primerizo de las circunstancias que acontecen a la decisión y, en una última instancia, de unas cortes locales preparadas para proteger los laudos de los árbitros.

En la Odisea de Homero, para retornar a casa, Odiseo *-el tribunal arbitral-* no tenía más opción que enfrentarse a Scylla *-comprometer la eficiencia-* o a Charybdis *-comprometer el laudo-*. Considero que, mediante la aplicación del *test* en conjunto con un menor número de solicitudes procesales a partir de la regulación de las partes, el tribunal arbitral no tiene que combatir a Scylla ni Charybdis, porque ninguno de estos supuestos se actualizaría en la decisión del tribunal arbitral.

Conclusión

Los precedentes y autoridades legales hacen constar que el miedo del tribunal arbitral a que su laudo sea anulado es en su mayoría, infundado. Sin embargo, la duda e incertidumbre del tribunal persiste.

El arbitraje, constituye un proceso de principios y fenómenos intrínsecos donde resulta cada más complicado estudiar uno individualmente sin, por lo menos, estar tentado a ver el otro. Fenómenos como *double hatting* y la tecnología en las audiencias virtuales y bases de datos pueden ser un arma de doble filo. Representan una oportunidad de estudiar nuevamente el comportamiento de las partes para reducir la *due process paranoia* en los arbitrajes. En cierto grado, dadas las particularidades de cada caso, siempre existirá una duda *-por muy pequeña-* del tribunal arbitral. ¿Tengo las facultades suficientes para este caso en particular?, y ¿estoy restringiendo la autonomía de las partes? Es mi intención que el presente ensayo resulte tanto ilustrativo sobre las circunstancias prácticas que dan lugar al *due process paranoia*, pero también que, en una futura nominación, un árbitro se encuentre más preparado a no ceder terreno al *due process paranoia*. Es así, que considero que, a diferencia de Odiseo, el tribunal arbitral si puede evadir ambas criaturas blindando el laudo arbitral.

El tribunal arbitral hacia su digitalización



Óscar Humberto Morales Martínez

Licenciado en Derecho por la Universidad Panamericana con Mención Honorífica.
Director Jurídico en MEDINA CUADROS ABOGADOS (MÉXICO).
Mediador Privado No. 590 de la CDMX. Árbitro en INDAUTOR. Especialista en MASC y derecho empresarial.

RESUMEN: El presente artículo analiza el impacto que tiene la aplicación de herramientas tecnológicas en el arbitraje presencial *-offline-*, la factibilidad de un proceso de arbitraje comercial internacional completamente electrónico *-online-*, y catalogar la capacitación, habilidad y eficiente manejo de dichos instrumentos electrónicos como un nuevo e imprescindible requerimiento en la designación de árbitros, hacia la constitución de tribunales arbitrales enteramente digitalizados.

PALABRAS CLAVE: Arbitraje, Arbitraje en línea, Árbitro, Audiencia virtual, Comercio electrónico, Inteligencia Artificial, Laudo electrónico, ODR, Tecnologías de la Información, Tecnologías de la Información y Comunicación, Instituciones Administradoras, Sociedad de la Información, Tribunal Arbitral.

Aspectos preliminares

La revolución tecnológica y los constantes avances en los sistemas de comunicación se han incorporado desde hace tiempo en los diferentes procesos y etapas del procedimiento arbitral comercial internacional, permitiendo que el intercambio y reproducción de documentos, la solicitud o demanda de arbitraje, su contestación y reconvención, la realización de audiencias, la comunicación entre las partes y árbitros, determinadas notificaciones y otros aspectos relevantes del proceso, sean ejecutados a través de medios electrónicos.

Sin embargo, para la aceptación completa de la incorporación de estos elementos electrónicos en el proceso arbitral, se requieren cubrir tres áreas: (i) legal, con el reconocimiento expreso y validez plena que brinden las legislaciones locales (*lex arbitri* y ley sustancial), así como la legislación internacional; (ii) técnica, con la viabilidad tecnológica de su implementación, funcionalidad, costos, eficiencia y seguridad; y (iii) humana, con la capacitación y el uso justificado y adecuado de dichos elementos electrónicos.

Como consecuencia de la pandemia mundial por SARS-CoV-2 (COVID-19), la población se vio ante la necesidad de recurrir prácticamente como única vía de resolución de sus disputas a los mecanismos alternativos de solución de controversias, siendo el arbitraje uno de ellos. La flexibilidad del proceso como la viabilidad del uso de medios electrónicos, lo fortalecieron.

Si bien ya existían los *Online Dispute Resolutions* (ODR) -también conocidos como Sistemas de Solución de Controversias en Línea (SSCL)-, entre los que se incluye el arbitraje electrónico (*online*), su ámbito de aplicación y aceptación está restringido principalmente a disputas derivadas de comercio electrónico. En muchos casos, sus procesos son no-vinculativos o son vinculativos para una de las partes, y sus resoluciones se ejecutan por razones más bien prácticas -ejecución de garantías o fondos monetarios, control técnico de una de las partes o aspectos comerciales y reputacionales-^{clxvii} que por su valor legal intrínseco, lo que desnaturaliza la esencia del arbitraje. Además, son variadas las plataformas ODR que existen en el mercado y siempre están en constante cambio, convirtiéndolos en procesos tan diferentes entre sí, como desproporcionados en muchas ocasiones en la relación costo y valor de la disputa.

Esto abre el debate para plantearnos si, paralelamente y con independencia a los ODR, puede establecerse un proceso de arbitraje comercial internacional enteramente electrónico, con reconocimiento y validez plenos, que no se circunscriba a disputas derivadas del comercio electrónico. También nos permite reflexionar sobre el impacto de la aplicación tecnológica en el arbitraje, principalmente con las nuevas tareas y obligaciones de los árbitros para actualizarse en el uso de medios electrónicos, aprender un lenguaje técnico-informático diferente, y sobre todo, desarrollar técnicas para valorar virtualmente pruebas testimoniales, periciales,

alegatos, desahogar audiencias, comunicarse, dirigir, deliberar y resolver en conjunto y de manera integral un proceso arbitral digitalizado, de una manera expedita, segura y eficiente, respetando el debido proceso.

Por otra parte, además de la necesidad de capacitación y adiestramiento en el uso de los medios digitales para todas las personas que están involucradas en un procedimiento arbitral -las partes, los abogados, los árbitros y/o las Instituciones Administradoras de arbitraje-, intrínsecamente implica un cambio de visión y mentalidad en la forma en la que se dirimen las controversias.

El presupuesto esencial para trascender hacia la digitalización completa de los procesos arbitrales, es dejar de considerar el uso de medios electrónicos como una herramienta auxiliar, y empezar a conceptualizarlo como un proceso nuevo y diferente, sin desvirtuar la esencia del arbitraje tradicional, con los cambios legales y estructurales que esto conlleva. Puede servir de analogía el impacto que tuvo en jueces, abogados y partes, la incorporación de los juicios orales en el sistema de justicia mexicano, que sustituyó en ciertas materias al proceso documental, tan arraigado en los foros.

Los árbitros adoptarán nuevas características, capacidades y habilidades, que modificarán o se sumarán a los tradicionales requisitos para ser árbitro, lo que en mi opinión refleja el nacimiento de la cuarta generación de árbitros.^{clxviii}

Comprender los avances en las Tecnologías de la Información y Comunicación (TIC's) y medios electrónicos aplicables al arbitraje, será el primer punto a tratar, para valorar el impacto del uso de dichas tecnologías en la selección y designación de los árbitros y la posibilidad de implementar un proceso de arbitraje comercial internacional *online*.

Tecnologías de la Información y Comunicación, Inteligencia Artificial y ámbito de su aplicación en arbitraje internacional

Se entiende por Tecnologías de la Información y Comunicación (TIC's) al conjunto de tecnologías que permiten la adquisición, producción, almacenamiento, tratamiento, comunicación, registro y presentación de informaciones, en forma de voz, imágenes y datos contenidos en señales de naturaleza acústica, óptica o electromagnética. El término TIC's también se utiliza para referirse a la convergencia de redes audiovisuales y telefónicas con redes informáticas a través de un solo sistema de cableado o enlace. Las TIC's a veces se usan como sinónimo de TI (Tecnología de la Información), sin embargo, las TIC's se utilizan generalmente para representar una lista más amplia y completa de todos los componentes relacionados con las tecnologías informáticas y digitales, es decir, va más allá al incluir las telecomunicaciones.^{clxix}

La Internet ha elevado exponencialmente su uso creando nuevas formas de comunicarnos, de una manera automatizada, deslocalizada, digitalizada e inmaterial, que permite la interactividad a lo largo y a lo ancho del mundo en tiempo real, que constituyen los cimientos de lo que se denomina Sociedad de la Información (SI).

Por su funcionalidad, podemos dividir las herramientas tecnológicas *grosso modo* en dos tipos: (i) las que sirven como gestión y apoyo; y (ii) las que predicen o toman decisiones con base en la Inteligencia Artificial (IA).

Dentro de los primeros, es decir las herramientas de gestión y apoyo, se encuentran todos los sistemas de telecomunicación, hardware, software, sistemas de almacenamiento y audiovisuales, que permiten a los usuarios acceder, almacenar, transmitir y manipular información a grandes distancias, de manera electrónica y digital, a través de: computadoras; televisión digital; correo electrónico; telefonía celular; impresoras 3D para la presentación de evidencia; sistemas y plataformas de videoconferencias y realidad virtual para conectar a partes, testigos, expertos, árbitros y asesores en lugares geográficamente distantes; servicios de *streaming*; sistemas para elaborar contratos inteligentes (*smart contracts*) y las cadenas de bloques (*blockchain*), por mencionar algunos.

Su finalidad es eficientizar, economizar, agilizar y facilitar la generación y transmisión de datos e información, permitiendo espacios virtuales para realizar actuaciones procesales y una comunicación digital. La lista de componentes de TIC's es exhaustiva y sigue creciendo.

En el contexto del arbitraje, el uso de TIC'S puede incluir, por ejemplo, (i) correo electrónico y otras comunicaciones electrónicas entre las partes, el árbitro o árbitros (Tribunal Arbitral), y el organismo administrador; (ii) almacenamiento de información para el acceso de las partes y el Tribunal Arbitral utilizando medios de almacenamiento portátiles o fijos (por ejemplo, unidades flash, DVDs, discos duros y almacenamiento basado en la nube); (iii) el software y los medios utilizados para presentar los casos respectivos de las partes en formato electrónico, en lugar de un formato en papel; y iv) tecnologías de salas de audiencias (por ejemplo, videoconferencia, presentaciones multimedia, traducciones y transcripciones electrónicas "en tiempo real"). Cuando se utilizan eficazmente los TIC'S, pueden ayudar a las partes en el arbitraje internacional a ahorrar tiempo y costos y para asegurar que el arbitraje se gestione y se lleve a cabo de manera eficiente. Por otro lado, si se gestionan mal, pueden aumentar el tiempo y los costos, o incluso, en el peor de los casos, dar lugar a un trato injusto a una parte.

En cuanto a la Inteligencia Artificial, se entiende como tal a la ciencia e ingeniería de crear programas informáticos que desarrollan un proceso mediante el cual se combinan grandes cantidades de datos con potentes sistemas repetitivos de procesamiento y de algoritmos inteligentes, lo cual permite al software aprender automáticamente de patrones o características en los datos, siendo la capacidad del software para aprender de estos últimos lo que hace que sea inteligente.^{clxx}

La IA tiene amplios beneficios y un campo interesante de aplicación en el arbitraje internacional, brindando elementos y plataformas digitales para que un árbitro valore el caso y tome sus decisiones, sin sustituir su papel de *decision-maker*.

Estos son algunos beneficios y aplicaciones prácticas que la IA ofrece al arbitraje internacional:^{clxxi}

- A) Antes de iniciar el procedimiento arbitral, la IA podría brindar sugerencias para la redacción de cláusulas arbitrales; estimar costos y tiempos de una hipotética disputa; proporcionar certezas sobre los diversos sistemas legales en juego; revisar documentos y acuerdos existentes entre las partes, para determinar eventuales incumplimientos; brindar datos sobre precedentes arbitrales y tendencias generales; respecto a esta última función, se advierten beneficios para los terceros que financian arbitrajes, quienes podrían valerse de mejores panoramas y así optimizar sus inversiones.

- B) Una vez entablada la demanda arbitral, las funciones de la IA se multiplican: esta podría servir para preseleccionar árbitros, de acuerdo a experiencia, disponibilidad y tema controvertido; alertar sobre corrupción o conflictos de interés entre los actores intervinientes; proponer parámetros o rangos de acuerdo, con base en el resultado de casos similares; estructurar la jurisprudencia presentada por las partes; procesar los documentos recibidos para evaluar su contenido, y buscar otros pertinentes; asistir como intérpretes o traducir cuantiosos documentos (sean escaneados, escritos a mano o anotados) en pocos segundos; registrar –a través de las nuevas tecnologías de reconocimiento del habla– los testimonios, y proporcionar una transcripción en tiempo real; evaluar la “verdad” en el testimonio de un testigo, basado en un análisis de entonaciones de voz y micro expresiones faciales; determinar, procesar y revisar cálculos que contengan largas variables.

- B) En particular, los avances en ingeniería de software y aprendizaje automático pueden hacer que los procesos de recopilación, revisión y producción de documentos electrónicos (una de las fases más costosas y prolongadas del arbitraje –particularmente cuando hay una gran cantidad de documentos electrónicos potencialmente relevantes para revisar–, como lo ha constatado la CCI y los redactores de las Reglas de Praga) sean más eficientes y rentables, sin perjuicio de otras formas existentes para abordar esta problemática (por ejemplo, la facultad del Tribunal Arbitral para limitar la producción de documentos).

Estos softwares permiten que se carguen, revisen, codifiquen y produzcan grandes volúmenes de datos desde una sola plataforma. Una vez que los documentos están alojados en ella, existe la posibilidad de reducir el volumen de datos electrónicos al identificar duplicados, entre otros.

A su vez, los documentos se pueden ordenar en categorías que sirvan propósitos de utilidad mediante la conversión de archivos de imagen –a través del reconocimiento óptico de caracteres (OCR)– en documentos editables y de búsqueda, indización de documentos, detección de términos importantes, agrupación de conceptos e identificación de idiomas extranjeros.

- C) Respecto a las Instituciones Administradoras, la IA podría predecir costos y duración del procedimiento; realizar un escrutinio de los proyectos de laudo para asegurar el cumplimiento de los requisitos formales; o incluso preparar ciertas partes del laudo. Sin incursionar aquí en el tema decisorio, vale decir que los árbitros le dedican mucho tiempo a redactar secciones “estándar” de sus laudos arbitrales, por ejemplo, las relativas a quiénes son las partes y sus posiciones, el historial procesal, la cláusula arbitral, la ley aplicable y los costos del arbitraje. Los árbitros podrían ahorrar tiempo y honorarios a las partes si delegasen tales secciones repetitivas en la IA.

Asimismo, ante la falta de acuerdo sobre la composición del Tribunal Arbitral, la IA podría colaborar con la Institución Administradora proporcionándole una lista de potenciales candidatos en virtud de sus conocimientos, experiencias, idiomas, números de arbitrajes pendientes y posibles conflicto de interés.

- D) Por último, al finalizar el procedimiento arbitral, la IA podría hacer un estudio del laudo emitido, para evaluar eventuales defectos formales conforme a la normativa del lugar donde se pretenda reconocer o ejecutar; o certificar y distribuir laudos arbitrales entre tribunales competentes, a fin de facilitar su reconocimiento y ejecución. A nivel global, la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado ha desarrollado la apostilla electrónica, implementada bajo modelos de softwares operativos, seguros y de bajo costo. De igual manera, las Instituciones Arbitrales podrían establecer un sistema basado en la utilización de estándares de datos comunes para los laudos digitales, asegurando su integridad, autenticación y admisión global.

El Subcomité IBA Arb40 ha recopilado una lista de avances tecnológicos que se pueden utilizar en el arbitraje internacional.

Destacan (independientemente de la lista elaborada por la IBA): *ArbiLex*, que se vale de la IA y el análisis predictivo, y ofrece “un marco empírico, coherente y explicable para que los abogados cuantifiquen incertidumbres, reduzcan los errores y maximicen los resultados deseables en casos de arbitraje”; *Arbitrator Intelligence*, que tiene como objetivo aumentar la transparencia, la rendición de cuentas y la diversidad en la selección de árbitros; y *Dispute Resolution*, que se promociona como “la primera y única base de datos global relacionada al arbitraje comercial internacional”, con base en diversos convenios de exclusividad con instituciones arbitrales.

Desde luego existen más programas, herramientas tecnológicas y plataformas que ofrecen otras ventajas al arbitraje internacional, que pueden tomarse en consideración.^{clxxii}

Las Instituciones Arbitrales que no incorporen el uso de TIC's o no se actualicen perderán posicionamiento.

De igual forma, será inherente a los procesos arbitrales que utilicen TIC's, que sus árbitros conozcan, empleen y manejen con destreza estas herramientas y aprendan a valorar de forma distinta a como lo venían haciendo en actuaciones presenciales, por lo que se abre una brecha de oportunidad para aquellos árbitros que quieran estar a la vanguardia, y una barrera para los que no se capaciten.

La tendencia mundial es que, pese a la reticencia de muchos años,^{clxxiii} paulatinamente la práctica del arbitraje internacional incorpore los avances tecnológicos modernos considerando todos los beneficios que ofrece, siempre y cuando las legislaciones internacionales y nacionales adopten su aceptación y validez plena, sobre lo que ya existe un avance importante. De lo contrario, la tecnología solo tendrá un uso auxiliar acotado.

También se presentará otro reto además del tecnológico: el humano.^{clxxiv}

Instituciones Administradoras con marcos regulatorios en TIC's

Las Instituciones Arbitrales más importantes de la escena mundial han cumplido un papel decisivo en el proceso de digitalización del arbitraje, no solo autorizando e incorporando el uso de TIC's en los procesos, sino creando plataformas de uso exclusivo de las partes, el Tribunal Arbitral y la propia Institución -como la Cámara de Comercio Internacional (CCI) en 2005 (*NetCase*) y el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo (SCC) en 2019-, que han permitido la comunicación segura, el intercambio de archivos entre las partes, el desahogo de audiencias virtuales y pruebas procesales, facilitando el manejo de información y el cumplimiento del debido proceso, sin la necesidad de utilizar diferentes medios de comunicación. Muchas de ellas han establecido guías para valorar evidencias y pruebas documentales realizadas por medios electrónicos, así como en general recomendar prácticas para el adecuado uso de las herramientas digitales y la protección de la seguridad y confidencialidad de la información.

El *Chartered Institute of Arbitrators* (CIArb) emitió en 2008 un Protocolo para revelaciones de manera electrónica (e-Disclosure). La CCI completó en agosto de 2011 un reporte sobre reproducción de documentos electrónicos (e-Discovery).

El *London Court of International Arbitration* (LCIA) en sus reglas revisadas de 2014, hace un reconocimiento explícito de los actuales métodos de comunicación, dejando en claro que la solicitud de arbitraje y todos los documentos anexos pueden ser presentados en forma electrónica (LCIA 2014 artículo 1) y lo mismo aplica a la contestación de la solicitud y a las comunicaciones en general (LCIA 2014 artículos 2 y 4).

El Reglamento de Arbitraje del Centro Internacional para la Resolución de Disputas (en particular, su artículo 20.2) no solo permite, sino que también alienta el uso de herramientas tecnológicas. El Instituto de Arbitraje de los Países Bajos permite expresamente un procedimiento arbitral “electrónico” en su Ley de Arbitraje (artículo 1072, b).

Otras Instituciones Arbitrales que contemplan el uso de medios electrónicos son la AAA, CIArb, ICC, CIETAC, WIPO, *Czech Arbitration Court* y HKIAC.^{clxxv}

En relación con el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo (SCC), abrió en 2012 su Portal de Arbitraje Sueco, accesible a través del sitio web de la SCC, que proporciona traducciones al inglés de las resoluciones de los tribunales suecos referente a cuestiones relacionadas con el arbitraje, con el fin de hacerlas fácilmente accesibles a los usuarios internacionales. En el 2013, dejaron atrás la era del papel y las copias impresas y digitalizaron la administración de los arbitrajes de la SCC. En 2019 dieron a conocer la Plataforma SCC, que facilita la comunicación segura y el intercambio de archivos entre la SCC, las partes y el Tribunal Arbitral. Ofrece a todos los participantes en el arbitraje, una forma fácil, rápida y ciber segura de comunicar los materiales del caso y la información práctica a través de una sola plataforma, con medidas de seguridad para comunicar materiales sensibles y archivos grandes. La Plataforma constituye el único foro a través del cual la SCC se comunica con las partes, los abogados y los árbitros a lo largo de los procedimientos, logrando una forma más ciber segura y eficiente de comunicación entre la SCC, las partes y el tribunal arbitral.

La Corte Internacional de Justicia de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) ha emitido las siguientes guías: “*Issues to be Considered when Using IT in International Arbitration*”, “*Operating Standards for Using IT in International Arbitration*” y “*Explanatory Notes on the Standards*”. También elaboró en 2017 un reporte sobre la tecnología de la información y el arbitraje internacional y concluyó que “los beneficios de la tecnología de la información superan a los riesgos”, alentando así su uso.

Asimismo, la CCI ha elaborado un informe sobre técnicas para gestionar la producción de documentos electrónicos en el arbitraje internacional. Este trabajo identifica varias técnicas que los árbitros y las partes pueden considerar para manejar, de manera justa y eficiente, cualquier problema que pueda surgir mediante la producción de documentos electrónicos, cuando ésta es permitida o requerida.

Conforme a las *“Issues to be Considered when Using IT in International Arbitration”*, la CCI reconoce que es un asunto que las partes y el tribunal deben decidir. El caso concreto determinará cuándo y cómo puede ser apropiado el uso de TIC’s, incluidos, por ejemplo, los requisitos de comunicación y seguridad de almacenamiento, los acuerdos y preferencias de las partes, las preferencias del tribunal, el importe en litigio, los respectivos presupuestos de las partes, las cuestiones controvertidas en el caso y la tecnología de que disponen las partes y el tribunal. Por lo tanto, la CCI no sugiere cuándo o cómo deben aplicarse las tecnologías de la información en cualquier caso en particular, ni intenta definir “reglas” relativas a las TIC’s. Asimismo, reconoce que existen barreras en la actualidad para reconocer e implementar un laudo completamente electrónico y ejecutable.

El nuevo Reglamento de la CCI vigente a partir de 2021 incorpora una regulación expresa sobre la optimización del uso de tecnología. En sus artículos 4(4) y 5(3) dispone medidas sobre las comunicaciones electrónicas, por ejemplo, las copias impresas en papel serán requeridas únicamente cuando una parte solicita específicamente entrega con acuse de recibo. Los artículos 25 y 26(1) disponen que el Tribunal Arbitral tiene jurisdicción para realizar una audiencia virtual (videoconferencia, teléfono o cualquier otro medio de comunicación), considerando los hechos relevantes y las circunstancias del caso, habiendo consultado con las partes.

Desde el Reglamento anterior, la CCI incluía en el Apéndice VI – Reglas de Procedimiento Abreviado, en su artículo 3(5), que “[e]n caso de celebrar una audiencia, el tribunal arbitral podrá realizarla por video conferencia, teléfono o por otra forma similar de comunicación.”

Como consecuencia de la pandemia del SARS-CoV-2 (COVID-19), algunas Instituciones Administradoras emitieron protocolos y guías en el uso de medios electrónicos para mitigar los efectos de la imposibilidad de desarrollar procesos arbitrales presenciales.^{clxxvi}

En específico, la *“ICC Guidance Note on Possible Measures Aimed at Mitigating the Effects of the COVID-19 Pandemic”*, no solo propone medidas genéricas a las partes y árbitros para aplicarlas al proceso, sino también a la Secretaría de la Corte en relación a las comunicaciones y notificaciones, a la manera de llevar las audiencias remotas. También establece un *“cyber-protocol”* de medidas de seguridad, privacidad y confidencialidad de la información, con propuestas de cláusulas para incluir en los acuerdos arbitrales; propone medidas sobre la presentación de evidencia y la valoración de testigos y peritos, todo en aras de respetar el debido proceso, aunque no menciona nada respecto a la emisión de laudos electrónicos.

La mayor apertura institucional sobre este tema y la autonomía de las partes son factores que hacen pensar que se adaptarán los procesos de arbitraje al uso de medios electrónicos, aunque aún dista que se configuren procesos arbitrales comerciales internacionales totalmente en línea.

Respecto al uso de IA, si bien no está prohibido en los Reglamentos de las Instituciones Administradoras, su ámbito de aplicación parece quedar fuera del proceso de arbitraje y más bien utilizarse por las partes, sus abogados y terceros interesados en financiar los costos y gastos del arbitraje, como herramienta de consulta jurídica, planeación de estrategias, viabilidad de éxito y posibles escenarios de negociación, sin que se prevea que los Tribunales Arbitrales o las propias Instituciones Administradoras apliquen la IA o al menos no lo han reconocido abiertamente.

La tecnología avanzará y los procedimientos se adaptarán a las circunstancias del momento en que se desarrollan. La novedad es que se estaría avanzando hacia la instauración del expediente arbitral netamente digital.^{clxxvii}

Audiencias virtuales y laudos electrónicos

Dos de los mayores retos para la aceptación del uso de medios electrónicos en el proceso arbitral internacional son las audiencias virtuales y los laudos electrónicos.

A) Audiencias virtuales. Desde antes de la pandemia ya existía la posibilidad de desarrollar audiencias no presenciales y algunas Instituciones Administradoras, árbitros, abogados y clientes estaban habituados a hacerlo. Sin embargo, no han sido la regla y su aplicación actual parece estar justificada solo como una medida eficaz para salvaguardar la salud de todas las partes, pero ésta no debe ser la única razón para su implementación en los procesos arbitrales.

Dependiendo el asunto y las circunstancias, será necesario examinar si conviene llevar una audiencia presencial o una virtual. Por ejemplo, si el desahogo de una determinada prueba requiere por sus características de una valoración física se optará por la audiencia presencial, pero si el número de partes intervinientes justifica una mayor eficiencia en tiempos y costos en el formato virtual, esta será la manera recomendable para su desahogo.

En las audiencias virtuales se pueden presentar algunos problemas como la ausencia o limitación de percepción de lenguaje corporal en la comunicación, la vacilación de tiempo en las respuestas y los problemas técnicos de soporte que abren espacios o intervalos donde se pierde fluidez.^{clxxviii} Cuando no hay proximidad presencial entre los participantes de una audiencia física, el flujo de información es distinto y se pierde el valor de la comunicación no verbal, lo que implica que el árbitro conozca y desarrolle una nueva manera de percibir y manejar el proceso, respetando en su desahogo el debido proceso y la oportunidad equilibrada, suficiente y justa a las partes para exponer su caso. Esto solo se dará con la práctica y con la capacitación especializada.

Los árbitros tendrán que desarrollar técnicas de valoración de pruebas de una manera sustancialmente diferente en las audiencias virtuales, lo que implica una capacidad técnica e incluso profesional añadida a los requerimientos tradicionales para fungir como árbitro.

También pueden presentarse otros inconvenientes: la limitación de horarios hábiles cuando las partes se ubican en diferentes países o continentes; los problemas técnicos y propios de la conectividad por el uso de redes y plataformas digitales; compatibilidad de sistemas de comunicación electrónica; el elevado costo de determinadas plataformas y herramientas digitales; variación en la experiencia y habilidad de las partes en el manejo de TIC's; seguridad de datos; protección de privacidad y confidencialidad de datos; integración de datos; autenticación de firmas e identidad de las partes; la complejidad misma de organizar y atender conferencias y audiencias.

Aunque es factible que un proceso arbitral pueda realizarse únicamente sobre bases documentales y sin la necesidad de desahogar audiencias, existirían algunos inconvenientes. El primero, estaría relacionado con ciertos documentos que son presentados al Tribunal Arbitral, donde la decisión acerca de su pertinencia, ocurre en audiencia. El segundo, refiere a las audiencias de testimonios y peritajes, donde los árbitros se pueden percatar de ciertos elementos que no son evidentes por escrito, y por último, la carencia de una audiencia de alegatos de conclusión dejaría a los representantes legales sin la oportunidad para reiterar sus argumentos más convincentes.^{clxxix}

Con una mayor aceptación de audiencias virtuales, se verán negativamente afectadas en particular, aquellas instituciones regionales que ya venían gozando de pocos medios y que descansaban mucho en centros de audiencias y en la celebración de audiencias presenciales como principal fuente de ingresos. Las principales instituciones internacionales, en cambio, probablemente serán percibidas como un valor más seguro, especialmente para casos significativos. En general, es previsible que las instituciones adapten sus reglamentos para confirmar la validez y facilitar la celebración de procesos por mecanismos electrónicos.^{clxxx}

B) Laudos electrónicos. En relación con los laudos electrónicos, el problema se presenta con su forma, su firma, su autenticación, su notificación y, en consecuencia, con su reconocimiento y ejecución. ¿Un laudo que no se imprime es un documento escrito?, ¿si se imprime deja de ser original la versión electrónica?, ¿si se imprime requiere firma autógrafa o puede ser digital?, ¿la firma digital cumple con el requisito de autenticación que previene la Convención de Nueva York para que pueda ejecutarse?

El Artículo III de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Convención de Nueva York), señala que “[c]ada uno de los Estados Contratantes reconocerá la autoridad de la sentencia arbitral y concederá su ejecución de conformidad con las normas de procedimiento vigentes en el territorio donde la sentencia sea invocada, con arreglo a las condiciones que se establecen en los artículos siguientes [...]”. El Artículo IV de la referida Convención señala: “1. Para obtener el reconocimiento y la ejecución previstos en el artículo anterior, la parte que pida el reconocimiento y la ejecución deberá presentar, junto con la demanda: a) El original debidamente autenticado de la sentencia o una copia de ese original que reúna las condiciones requeridas para su autenticidad [...]”.

La nota de recomendación emitida por UNCITRAL relativa a la interpretación del párrafo 2) del artículo II de dicha Convención, se refiere a los “acuerdos arbitrales” considerando que sus elementos no son exhaustivos (cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, firmados por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas), por lo que queda fuera de dicha interpretación la “originalidad” y “autenticación” de laudos electrónicos y, en consecuencia, se restringe a un elemento físico. Luego entonces, el laudo deberá constar en original, por escrito y firmado por los árbitros en una copia física.

Tanto la Ley Modelo de UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional, como muchas legislaciones nacionales que la han acogido, requieren el elemento por escrito y firmado, como sucede en Alemania, Suecia, Holanda y México, por citar algunas.

Sin embargo, existe una corriente que considera que un laudo emitido electrónicamente sí reúne todos esos requisitos.

Para analizar esta posibilidad tendrá que revisarse el tratamiento que brinda la legislación internacional y doméstica aplicable al manejo de datos electrónicos, documentos electrónicos, firmas electrónicas y la validez que les confiere.

La Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional de UNCITRAL en su revisión de 2006, incorporó el reconocimiento de la comunicación electrónica, correos electrónicos, mensajes de datos y similares, con el mismo peso que los documentos escritos (artículo 7(2) y 7(4)). Se adoptó lo que en doctrina se ha llamado la “teoría de la equivalencia funcional” en relación con el término “escrito”, que desde la Ley Modelo de Comercio Electrónico de UNCITRAL ya se había regulado. La Ley Modelo de UNCITRAL sobre Firmas Electrónicas fortalece la posición de que los documentos firmados electrónicamente tienen el mismo valor que los que contienen firmas físicas, aunque no se refiere específicamente a laudos. Asimismo, para que la equivalencia sea total, las legislaciones nacionales deben adaptarse poco a poco a los medios electrónicos, como ha sido el caso de Inglaterra y Estados Unidos de América.

En el primero de estos dos países, la ley de arbitraje de 1996, señala: "las partes son libres de acordar la forma del laudo", y en el segundo, la revisión a la Ley Uniforme de Arbitraje del año 2000 en su sección 19, autoriza a los árbitros a usar la firma electrónica. Estas experiencias, pueden servir de ejemplo para la introducción de nuevas tecnologías y hacer más benigno el tratamiento legal de los laudos electrónicos.^{clxxxi}

En consecuencia, dependiendo de cómo esté regulado el reconocimiento de documentos digitales y firmas electrónicas en cada país, podrá considerarse reconocido o no un laudo electrónico, sin que a la fecha exista un criterio universalmente aceptado, lo que genera desconfianza y riesgos que nadie quiere correr.

En cuanto a las notificaciones electrónicas de los laudos (sean electrónicos o físicos), también deberá atenderse al valor que les conceden las legislaciones locales y reglamentos de las Instituciones Administradoras, que en unos casos no las permiten y requieren una formalidad más estricta, ya sea de manera personal o por correo certificado.

Todas las consideraciones sobre el uso de la tecnología en el proceso arbitral que no se ajusten al acuerdo arbitral o la *lex arbitri* y que en puedan afectar al proceso mismo, recaen sobre la validez, reconocimiento y ejecución de laudos, por lo que un proceso de arbitraje *online* mal llevado o la implementación defectuosa de TIC's en el proceso arbitral, puede acarrear la nulidad o inejecución del laudo, sea físico o electrónico, haciendo nugatorio al arbitraje.

Arbitraje en línea (*online*)

En el arbitraje en línea el uso de herramientas tecnológicas no se toma como un elemento auxiliar, sino que debe "estar integrado e incrustado en el proceso mismo e indispensable para su correcto funcionamiento y administración".^{clxxxii}



En ese sentido, por el simple hecho de realizar una audiencia virtual o comunicarse con las partes a través de una videoconferencia, no se trata propiamente de un arbitraje en línea, sino de la aplicación y uso de TIC's en un momento o etapa del proceso arbitral.

El arbitraje en línea, en estricto sentido, “significaría la integración de TIC’s en procedimientos arbitrales en la medida que éstos últimos se lleven a cabo total o sustancialmente en línea. Esto incluiría archivos, presentaciones, audiencias y laudos hechos u otorgados en línea”.^{clxxxiii}

El arbitraje en línea o *e-arbitration* ha evolucionado y trascendido de los ODR, para incorporarse como todo un proceso en el arbitraje tradicional (*offline arbitration*). Se ha empleado fundamentalmente en disputas derivadas del comercio electrónico, pero no está restringido a ellas y puede ser utilizado para todo tipo de conflictos contractuales. Es también utilizado a nivel internacional para la resolución de disputas sobre nombres de dominios en internet (a través de la Organización Mundial de Propiedad Intelectual), entre otros usos. Es en todo caso en las disputas mercantiles electrónicas donde ha tenido su auge.^{clxxxiv}

Las ventajas que se atribuyen al arbitraje en línea son: (i) la celeridad del procedimiento, (ii) la eficiencia en costos y gastos, (iii) una mejor accesibilidad y disponibilidad de actuaciones durante el proceso, (iii) un mejor y eficiente manejo del caso, y (iv) su aplicación tanto para pequeños asuntos como para los que son complejos y de elevada cuantía.

Dado que en un arbitraje en línea pueden abreviarse tiempos, puede quedar la sensación que no se está respetando el debido proceso, ni permitiéndose una libre participación de las partes, ni una comunicación con tiempos y formas equitativas, lo cual no necesariamente corresponde con la realidad, pero puede suceder.

Impacto del uso de TIC's en los Tribunales Arbitrales

La esencia y quizá mayor atractivo del arbitraje es la libertad que tienen las partes de designar árbitros y delinear los procesos arbitrales. Un axioma frecuentemente citado y universalmente aceptado es que un procedimiento arbitral es tan bueno como la calidad de los árbitros que lo conducen. Sobre este punto, advertía Frederic Eisemann, quien fuera Secretario General de la CCI, que “tanto vale el arbitraje como el árbitro”. ^{clxxxv}

Considerando la importancia del Tribunal Arbitral y su peso en la conducción del proceso arbitral, resulta relevante detallar cómo afecta la transformación digital de los procesos arbitrales en los requisitos, características, habilidades y capacidades de los árbitros.

No existe un listado en las legislaciones nacionales, los ordenamientos internacionales, los reglamentos y reglas de las Instituciones Administradoras y Centros de Arbitraje que señalen estructuradamente cuáles son los requisitos para ser árbitro. En cada uno de ellos se establecen normas muy genéricas, limitaciones o prohibiciones a determinados funcionarios o autoridades para fungir como árbitro, pero son muy variadas y no profundizan en definiciones o parámetros claros, ya que cada Tribunal Arbitral es diseñado y constituido para cada caso concreto, como un traje a la medida, por requerimiento y solicitud de las partes.

La doctrina se ha encargado de estudiarlos, pero en esencia los requerimientos para la conformación del Tribunal Arbitral no son limitativos, ni existen árbitros que reúnan todas las cualidades. Además, es difícil señalar los requerimientos de un árbitro antes de que nazca una disputa. La naturaleza de la controversia, su duración, el importe de la reclamación, la materia sobre la que versa, los hechos específicos, las partes en conflicto y un sin número de variables determinarán “la pista de carreras antes de escoger al caballo” (*horses for courses*). ^{clxxxvi}

Considerando que la fuente primaria del arbitraje es la autonomía de la voluntad de las partes, son ellas las que impondrán, delimitarán, regularán, especificarán y en última instancia establecerán los requerimientos para ser árbitro.

En este artículo se hace referencia solo a aquellos requerimientos en los que tiene incidencia el uso de herramientas tecnológicas en los procesos arbitrales:

1. Persona individual

El árbitro debe ser una persona física. La mayoría de las legislaciones nacionales implícitamente lo consideran así y algunas son expresas en ello. Sin embargo, se ha planteado si la IA puede sustituir al ser humano para fungir como árbitro. Por ejemplo, ¿podrá aplicarse la IA para que un laudo pueda ser emitido por un programa tecnológico con autonomía de gestión?

Aunque en términos generales hay un rechazo, hay posiciones a favor sobre el uso de IA para la toma de decisiones. La posición a favor nos señala que no existe una exigencia expresa dentro del concepto de convenio arbitral que exija que el árbitro sea un ser humano. En tal sentido, conforme al artículo 7 de la Ley Modelo de UNCITRAL podría reconocerse un convenio arbitral que opte por la inteligencia arbitral y el laudo arbitral resultante podría ser ejecutado conforme a la Convención de Nueva York. La posición contraria nos indica que los procedimientos de designación y de revelación del árbitro implican que este último sea un ser humano, como puede observarse de lo prescrito por los artículos 11, inciso 1, y 12, inciso 1, de la Ley Modelo de UNCITRAL e igualmente, las leyes nacionales de arbitraje suelen establecer que el árbitro sea un ser humano.

En un informe titulado “The Current State and Future of International Arbitration: Regional Perspectives”, elaborado en 2015 por el Subcomité IBA Arb40, se afirma que la “tecnología no fue vista como un sustituto para la toma de decisiones”.^{clxxxvii}

Por otra parte, no existe ningún programa de IA que confiera asesoramiento legal y redacción jurídica a la medida del caso. Reducir la función del árbitro a un “gestor” de procesos no tiene cabida, su función va más allá de la emisión de un laudo.

En Tribunales Arbitrales de más de un árbitro, los roles y asignaciones de tareas, así como las deliberaciones, enriquecen la construcción del laudo, en el que se evalúan otros elementos como el impacto social de la resolución o las características culturales que pueden influir en el caso. La flexibilidad del proceso se vería disminuida en gran medida y el manejo y control de tácticas de los abogados y las partes no tendrían un manejo tan intuitivo como el que puede brindar un árbitro “no automatizado”. El prestigio, el profesionalismo, la confianza y la no predictibilidad de la decisión del árbitro humano, son valores que legitiman el arbitraje sobre otras formas de solución de controversias.

Las legislaciones locales y los reglamentos de las Instituciones Administradoras cuando se refieren a causas de sustitución de un árbitro señalan entre ellas el “fallecimiento”, lo que solo es atribuible a un ser humano.

Por todas las consideraciones anteriores, en arbitraje comercial internacional podría aplicarse la IA como herramienta de gestión y apoyo para fines muy concretos, sin que sustituya la facultad del árbitro para tomar decisiones y emitir laudos, ni mucho menos suplantarlos. Este alcance solo se presenta en un muy limitado campo del comercio electrónico a través de ODR.^{clxxxviii}

2. Calificaciones o cualidades profesionales y técnicas

Las partes pueden convenir determinadas características técnicas o profesionales que deban reunir los árbitros y ser tan variadas como las materias sometidas a controversia, por lo que las partes buscarán a las personas con habilidades, conocimientos y experiencia que se ajusten al campo de aplicación de la disputa. Con ello, tendrán la seguridad añadida de que el árbitro entenderá plenamente la complejidad, alcances y todos los detalles de su asunto, por tratarse de alguien experto y experimentado, brindando confianza en la calidad del proceso y la toma de decisiones.

Si el arbitraje se desarrolla en línea o partes de su proceso lo requieren, será imprescindible que los árbitros tengan conocimiento del uso de herramientas tecnológicas y estén capacitados para valorar virtualmente determinadas pruebas (testimoniales y periciales), dirigir audiencias por medios remotos, escuchar alegatos, deliberar y comunicarse con las partes, co-árbitros y la Institución Administradora de manera electrónica, todo ello desde una óptica carente del lenguaje corporal y la comunicación no verbal que aporta la presencia física de las personas.

3. Disponibilidad

Se ha presentado un problema en el arbitraje internacional en relación con la selección de los árbitros que la comunidad reconoce como más experimentados. Están muy ocupados y eso puede hacerlos inelegibles o retrasar los procesos arbitrales. Si el arbitraje se desarrolla en línea o partes de su proceso lo requieren, la disponibilidad de los árbitros podrá ampliarse considerando que no requieren trasladarse a diferentes sedes, con el desgaste e inversión de tiempo que esto involucra, así como llevar audiencias de diferentes procesos el mismo día o semana si es factible. El árbitro deberá tener un criterio objetivo sobre el tiempo de análisis y atención que requiere cada caso para no desatender ningún proceso arbitral.

4. Residencia

Otro elemento de relevancia al escoger un árbitro es su lugar de residencia. El país donde vive, la ciudad e incluso la cercanía a la sede del arbitraje, son factores que permitirán la facilidad de llevar el proceso y abatir costos al evitar largos viajes y estancia. Tratándose de arbitrajes en línea o de la implementación de TIC's en partes del mismo, la cercanía de la residencia del árbitro con el lugar de la sede pierde todo sentido como criterio de selección, pero deberán considerarse otros aspectos de fondo relacionados con la residencia, como el aspecto cultural, las costumbres, las normas e idiosincrasia del país o lugar donde vive el árbitro, que en paralelo con la nacionalidad, puede ser un factor utilizado como una ventaja para nombrar a un co-árbitro pero una desventaja para nombrar al árbitro único o al presidente del Tribunal.

5. Idioma

Las partes pueden requerir que los árbitros hablen un idioma en especial, ya sea por consideraciones al contrato base de la controversia, a las partes, a la sede, a los documentos probatorios, a las evidencias, a los testigos, a la ley arbitral o sustantiva aplicable o a la nacionalidad de los árbitros. Un árbitro que no tenga pleno dominio del idioma en el que se desarrolla el proceso arbitral, pese a que puede ser auxiliado por intérpretes, no tendrá el control suficiente ni la habilidad de comunicación con las partes ni los co-árbitros, por lo que puede tener una apreciación de los documentos y la disputa diferente o incluso equivocada, que lo descalifican como un candidato apropiado y confiable.

De igual manera, un árbitro que no domine el lenguaje técnico-informático que precisa un arbitraje en línea o el idioma requerido para el uso de un determinado medio de comunicación, programa, plataforma o dispositivo electrónico, tendrá limitaciones para manejar de manera ágil y fluida el proceso.

6. Experiencia y edad

Aunque todas las disputas son diferentes y los Tribunales Arbitrales son hechos a la medida, un elemento importante al escoger un árbitro es su experiencia, el número de asuntos de arbitraje en los que ha participado, el tipo de controversias que ha resuelto, su intervención o no como presidente o árbitro único, el tiempo que ha dedicado al arbitraje, la cuantía de las disputas donde ha intervenido, los Institutos Arbitrales en los que ha participado, la preparación que ha recibido, etcétera. Todo ello determinará la habilidad de conducción del arbitraje y el conocimiento empírico de su proceso.

La experiencia acreditada es un requerimiento indispensable pero también ha cerrado el círculo de árbitros. Algunos piensan que esto ha convertido a los árbitros en un grupo de elite que no permite el acceso a nuevos árbitros e incluso lo categorizan como una "mafia" porque son los árbitros los que se designan entre ellos.^{clxxxix}

En un mundo donde es usual ver las mismas caras de árbitros por ser de gran reputación, para los nuevos árbitros no es tan fácil abrirse paso para darse a conocer. A mi juicio, se abrirán posibilidades para los nuevos árbitros ante el reto actual de la digitalización del arbitraje y el aumento del volumen de las controversias por los efectos de la pandemia mundial por SARS-CoV-2 (COVID-19), porque un árbitro con más experiencia en el uso de TIC's tendrá una ventaja selectiva para conducir arbitrajes en línea o en partes del proceso.

En relación a la edad, salvo por las restricciones en el tema de capacidad legal que establezca la *lex arbitri*, no existe una limitación. Sin embargo, un árbitro joven aparentemente es más difícil que pueda ser seleccionado por carecer de experiencia, no solo arbitral, sino en cualquier otra rama profesional o técnica. Por otra parte, un árbitro de edad avanzada pueda acusar falta de salud física y mental y con ello entorpecer o dificultar el manejo del proceso.

Pero la edad puede ser un factor que favorezca a las generaciones más jóvenes de árbitros tratándose de arbitraje en línea o en los que se incorporen TIC's en el proceso, porque están más familiarizados con su uso, prácticamente nacieron utilizando y conviviendo con la tecnología. Por el contrario, la estructura generacional de los árbitros de más edad se tendrá que adaptar al uso de TIC's, lo que conlleva una capacitación tecnológica y un proceso de aprendizaje diferente y previsiblemente de más tiempo. En todo caso, no deben valorarse la experiencia y la edad como elementos aislados, sino en conjunto con otros factores.

Como resumen, queda acreditado que existe un impacto del uso de TIC's en el arbitraje en los requerimientos señalados para ser árbitro. Existen otros que no se analizan por considerar que no tienen afectación o modificación alguna con el uso de TIC's, como la capacidad legal, nacionalidad, género, independencia, imparcialidad y neutralidad del árbitro.^{CXC}

Consideraciones finales

El reto del arbitraje comercial internacional hacia su digitalización tiene un doble aspecto: (i) por un lado, los sistemas telemáticos o plataformas digitales de arbitraje en línea deben adecuarse específicamente a los procesos de arbitraje comercial internacional, que difieren de los asuntos que los ODR han resuelto hasta ahora; y (ii) por otro lado, todos los actores del proceso arbitral -partes, abogados, árbitros e Instituciones Administradoras-, deben estructurar un cambio radical en el manejo y desarrollo del proceso mismo, adoptando una visión sustancialmente diferente a la manera como se han desarrollado y resuelto los arbitrajes *offline*.

La implementación de un proceso de arbitraje comercial internacional *on line* resulta complicado en corto plazo, por las barreras legales existentes en la actualidad respecto de la aceptación de laudos electrónicos, la exigencia de notificaciones y comunicaciones personales y los inconvenientes que presentan las audiencias virtuales, pero con los debidos cambios y la experiencia que brindará su incorporación inicial en procesos arbitrales abreviados o de poca cuantía, no resultará imposible lograrlo, como era la opinión generalizada antes de la pandemia. Mientras se avanza en esa dirección, el manejo oportuno, eficiente y bien dirigido de las herramientas tecnológicas que desde hace tiempo están al servicio del arbitraje, dotarán de una identidad propia a estos procesos de arbitraje respecto de los tradicionales arbitrajes presenciales.

La adecuación de las legislaciones y reglamentos en materia de arbitraje tendiente al reconocimiento, facilitación y empleo de la tecnología en documentos, comunicaciones, notificaciones, audiencias, desahogo de pruebas, deliberaciones y emisión de laudos, brindarán un marco legal internacional con mayor seguridad jurídica de la que existe ahora. Sin este cimiento, no solo la aceptación del e-arbitraje sino la aplicación de TIC's al proceso arbitral serán limitados y justificados más por su necesidad o urgencia, que por su valor intrínseco y ventajas, no obstante que la tecnología siga avanzando y mejorando.

Los principios fundamentales del arbitraje no deben trastocarse con el uso de medios electrónicos, por lo que una gestión y administración correcta del debido proceso demanda árbitros debidamente capacitados para valorar pruebas, desahogar audiencias, reproducir documentos, generar y transmitir comunicaciones, así como deliberar, mediante la aplicación equitativa, correcta, diligente y justa de TIC's. El proceso virtual requiere nuevas habilidades de interpretación sensorial y destreza tecnológica, que serán los presupuestos adicionales para conformar un Tribunal Arbitral eficiente, expedito y con *expertise* digital.

Se abre una oportunidad para que futuros árbitros que reúnan esas cualidades técnicas y cognoscitivas, sean seleccionados en procesos de arbitraje no presenciales, diferenciándose de aquellos árbitros que no estén actualizados ni familiarizados con los procesos virtuales. Algunos requisitos tradicionales para ser árbitro serán menos relevantes en el e-arbitraje; otros tendrán una modificación sensible, pero en todos los casos será una nueva exigencia el requerimiento de capacidades técnicas en materia de herramientas electrónicas cuando estas se implementen en los procesos. La adaptabilidad, resiliencia y experiencia de los árbitros más reconocidos en la actualidad, serán factores decisivos para que puedan migrar a la administración de los procesos arbitrales virtuales.

Los arbitrajes presenciales y en línea podrán coexistir de manera paralela e incluso continuarán los procesos híbridos, pero ninguno de ellos sustituirá al otro, cumpliendo cada cual sus fines.

No todos los asuntos son susceptibles de tramitarse en línea o de manera virtual, por lo que la elección en el uso de medios electrónicos debe hacerse de una manera responsable, discernida, atendiendo cada caso y necesidad en concreto.

El papel del árbitro en materia internacional no será desplazado por la inteligencia artificial, pero sus funciones serán más eficientes si se aplica apropiadamente en sus procesos arbitrales, mientras esto no involucre delegación de sus deberes, ni suplantación o sustitución de su persona, ya que las funciones y poderes del Tribunal Arbitral son *intuitu personae*.

De la mano de la digitalización de los procesos arbitrales, deberán armonizarse los esfuerzos en desarrollar procesos jurisdiccionales en línea en las Cortes y juzgados. La sede arbitral, aspecto relevante en un arbitraje internacional, se fortalecerá con tribunales jurisdiccionales estatales que brinden e-justicia, lo cual añadirá un valor decisivo para su elección, considerando que una mejor simbiosis y coordinación entre ambos generará mayor facilidad, rapidez y eficiencia en los procedimientos de reconocimiento y ejecución de laudos.

La tecnología al servicio de las Instituciones Administradoras podría generar una brecha importante con aquellas de recursos más limitados que no puedan brindar el mismo nivel de avance digital que las más renombradas, situación que valoraran las partes al elegir la administración de sus arbitrajes.

El Tribunal Arbitral deberá manejar con amplio conocimiento y diligencia las plataformas vinculadas a cada Institución Administradora, lo que será motivo también de una especialización adicional a los requerimientos tradicionales para fungir como árbitro.

El dinamismo y eficiencia que brindan los medios electrónicos será plenamente aprovechado en la medida que se utilicen adecuadamente, sin forzar el proceso arbitral ni vulnerar principios arbitrales. Tanto vale la herramienta como la habilidad de la persona que la aplica.

El mundo ha cambiado y el Tribunal Arbitral va en camino hacia su digitalización y transformación. La era de la cuarta generación de árbitros ha nacido.

BIBLIOGRAFÍA

1. AKSEN, Gerald, "La designación del Tribunal", en *The Leading Arbitrator's Guide to International Arbitration*, Lawrence W. Newman y Richard D. Hill editores, Juris Publishing, tercera edición, Estados Unidos de Norteamérica, 2014.
2. BISHOP, Doak y KEHOE, Edward G., *The Art of Advocacy in International Arbitration*, Juris Publishing, segunda edición, Estados Unidos de Norteamérica, 2010.
3. BORN, Gary B., *International Arbitration: Law and Practice*, Kluwer Law International, 2a. edición, Holanda, 2016.
4. BRAVO PERALTA, Martín Virgilio, *Manual de Derecho Arbitral*, ed. Porrúa, primera edición, México, 2018.
5. ESTAVILLO CASTRO, Fernando *et al.*, *Diccionario Enciclopédico de Arbitraje Comercial*, ed. Themis, segunda reimpresión de la primera edición, México, 2011.
6. FLORES SENTÍES, Héctor, *Retos Contemporáneos del Arbitraje Internacional*, Tirant lo Blanch, primera edición, México, 2018.
7. GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, *Arbitraje*, ed. Porrúa, quinta edición, México, 2018.
8. MOSES, Margaret L., *International Commercial Arbitration*, ed. Cambridge, tercera edición, Gran Bretaña, 2017.
9. ONYEMA, Emilia, *International Commercial Arbitration and the Arbitrator's Contract*, Routledge, primera edición, Nueva Zelanda, 2010.

ARTÍCULOS Y FUENTES DE INFORMACIÓN

1. ABDEL WAHAB, Mohamed S., "ODR and e-arbitration. Trends and challenges", en *Online Dispute Resolution Theory and Practice*, Mohamed Abdel Wahab, Ethan Katsh & Daniel Rainey (Eds.), Eleven International Publishing, La Haya, Holanda, mayo 2013, <https://www.mediate.com/Futures/article.cfm?zfn=ODRTheoryandPractice18.cfm>
2. ABDEL WAHAB, Mohamed S., "Diversity, Legitimacy, Innovation and the Future of International Arbitration", *Icc Dispute Resolution Bulletin* 2019 Issue 3, International Chamber of Commerce, p. 27.
3. ÁLVAREZ ROMÁN, Edwin N., "Arbitration in Times of Restrained Social Relations Due to the COVID-19 Pandemic", en *The Arbitration Brief*, Center on International Commercial Arbitration at American University Washington College of Law, 29 de noviembre de 2020, <https://thearbitrationbrief.com/2020/11/29/arbitration-in-times-of-restrained-social-relations-due-to-the-covid-19-pandemic/>
4. ARGERICH, Guillermo y JORGE, Juan, "Las nuevas tecnologías ¿al servicio de los operadores del arbitraje internacional?", en *Cartas Blogatorias* de Javier L. Ochoa Muñoz, Claudia Madrid Martínez, y colaboradores, Rodríguez, Ochoa & Asociados, 10 de diciembre de 2019, <https://cartasblogatorias.com/2019/12/10/las-nuevas-tecnologias-al-servicio-de-los-operadores-del-arbitraje-internacional/>
5. AZAR MANZUR, Cecilia, "El Arbitraje Comercial", *Revista Perspectiva Jurídica UP*, número 4, Facultad de Derecho Universidad Panamericana, Campus Guadalajara, 2018.
6. BOWLES, Alexandria y FELDMAN, Amanda, "The Impact of COVID-19 on Arbitration", en *The Arbitration Brief*, 9 de abril de 2020, <https://thearbitrationbrief.com/2020/04/09/the-impact-of-covid-19-on-arbitration/>
7. EDGAR ANDRÉS, "¿Qué son las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC)?", en *Negocios Inteligentes*, 24 de abril de 2019, <https://negocios-inteligentes.mx/tecnologias-informacion-comunicacion-tic/>
8. FDEZ-SAMANIEGO, Javier, "El principal reto del arbitraje *online* no es tecnológico, sino humano", en *CIAR GLOBAL*, 6 de julio de 2020, <https://ciarglobal.com/javier-fdez-samaniego-el-principal-reto-del-arbitraje-online-no-es-tecnologico-sino-humano/>
9. GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, "Independencia, imparcialidad y apariencia de imparcialidad de los árbitros", *Pauta*, número 36, International Chamber of Commerce, ICC México, abril 2002.
10. HERNANDO MARTEL, Camila Andrea, "Arbitraje en línea y debido proceso", Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, septiembre 2015.

11. MATHEUS LÓPEZ, Carlos, "Tecnología y Arbitraje Internacional en Tiempos del Coronavirus", en *CIAR GLOBAL*, 23 de marzo de 2020, <https://ciarglobal.com/tecnologia-y-arbitraje-internacional-en-tiempos-del-coronavirus/>
12. NAMÉN BAQUERO, David, "Problemáticas del arbitraje virtual y algunas reflexiones a la luz del estatuto arbitral internacional colombiano". *Revist@ E-Mercatoria*, vol. 14, N° 2, julio- diciembre, 2015, <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/emerca/article/view/5049/>
13. RÍOS LEYVA, Erik, *La oralidad en los procesos civiles en América Latina*, 2013, Centro de Estudios de Justicia de las Américas, <https://biblioteca.cejamericas.org>
14. SABATER, Aníbal, "Los nuevos casos llevarán a la aparición de nuevos nombres en el arbitraje", en *CIAR GLOBAL*, 6 de julio de 2020, <https://ciarglobal.com/anibal-sabater-los-nuevos-casos-llevaran-a-la-aparicion-de-nuevos-nombres-en-el-arbitraje/>
15. YÚFERA, Pedro, "El Covid19 ha obligado a Cortes de arbitraje y a árbitros a reinventarse", en *CIAR GLOBAL*, 2 de julio de 2020, <https://ciarglobal.com/pedro-yufera-el-covid19-ha-obligado-a-cortes-de-arbitraje-y-a-arbitros-a-reinventarse/>

LEGISLACIÓN, REGLAMENTOS Y REGLAS DE INSTITUCIONES ARBITRALES

1. Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards.
2. Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration.
3. HKIAC Guidelines for Virtual Hearings.
4. ICC Guidance Note on Possible Measures Aimed at Mitigating the Effects of the COVID-19 Pandemic.
5. Model Order and Procedures for a Virtual Hearing via Videoconference (AAA).
6. Note to the National Committees and Groups of ICC on the Proposal of Arbitrators.
7. Reglamento de Arbitraje de la AAA.
8. Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo (SCC).
9. Reglamento de Arbitraje Internacional de la ICDR.
10. Reglamento de la CCI.
11. Reglamento de la LCIA.
12. Reglas de Arbitraje de la CIETAC.
13. Rules of ICC as Appointing Authority.
14. SIAC Guides: Taking Your Arbitration Remote.
15. The Seoul Protocol on Video Conference in International Arbitration.
16. Ley Modelo de UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional
17. Ley Modelo de UNCITRAL sobre Firmas Electrónicas
18. Ley Modelo de UNCITRAL de Comercio Electrónico.
19. Virtual Hearing Guide for Arbitrators and Parties (AAA).

La sede arbitral, el fulcro de una solución de conflictos exitosa.



Diego Bustamante Gil ^{43***}

La sede arbitral representa el elemento clave para cimentar una solución de controversias exitosa. De su adecuada y cuidadosa selección, puede surgir la cura a frustraciones terribles en el futuro, como la imposibilidad de iniciar un arbitraje, la inejecución de un laudo, inclusive su nulidad. Ofrezcamos siempre al cliente un momento de instrucción y reflexión sobre su trascendencia.

^{43***} Licenciado en Derecho por el Tec de Monterrey (ITESM), becario Chevening (Reino Unido), Maestro en Derecho de Hidrocarburos por la Universidad de Aberdeen (Escocia). Co-Fundador de BK Energy, firma especializada en consultoría legal y comercial para el sector energético. Se ha desarrollado como abogado y negociador para los sectores de: generación de energía, hidrocarburos, construcción, infraestructura, transporte y telecomunicaciones.

INTRODUCCIÓN

Sin importar si se trata de un arbitraje dentro del territorio nacional o bien de uno que habremos de defender en el ámbito internacional, un elemento que sin duda alguna representa el cimiento más básico y determinante para el arbitraje es la correcta selección de la sede arbitral.

Resulta fundamental establecer la diferencia clara entre el concepto de sede y lugar del arbitraje. Comúnmente se utilizan ambos términos de manera indistinta y con una frivolidad apabullante, sin advertir los tremendos riesgos que esto supone; tales como quedar atados a cuerpos legales indeseados por lo nebuloso e intrincado, poco “amigables” al arbitraje, o bien, que pese a tener éxito en la obtención de un laudo, éste no sea ejecutable^{cxci}.

Posiblemente en el idioma inglés la separación de los conceptos resulte más nítida, al utilizarse el vocablo “seat” para referirse a la sede y “venue” para el lugar en que pueden llevarse a cabo algunas o todas las actuaciones. Por su parte, el Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional (“Reglamento CCI”), en su artículo 18(1) utiliza el término sede, y subsecuentemente en 18 (2) y (3) únicamente alude a un lugar en que se podrán ejecutar actos procesales o tomar deliberaciones.

En primer lugar, se debe aclarar que la sede tiene un impacto jurídico directo en el arbitraje mientras que, por su parte, la determinación del lugar en el que podrán llevarse a cabo las actuaciones inherentes al proceso, tiene una relación más estrecha con la correcta administración de éste (tiempos y costos de traslado, localización de las pruebas, domicilio de testigos, etc.).

Efectos de la falta de territorialidad para el arbitraje.

La declaración de las partes en el acuerdo arbitral o bien en la cláusula compromisoria incluida en el contrato, de establecer la sede del arbitraje anuncia desde ya, el lugar específico cuya legislación local también deberá ser considerada por el Tribunal Arbitral (que en su caso se constituya), para apoyar el procedimiento y resolver en definitiva la controversia y dictar un laudo. Es precisamente esta multiplicidad de regulaciones y cuerpos legales de los que disponen los árbitros, lo que sustenta una creciente corriente de pensamiento que el arbitraje internacional se encuentra completamente desterritorializado, es decir que no conoce restricciones fronterizas ni de legislaciones locales, sino que se beneficia de todas estas. Fernández Rozas^{cxci} aporta un ejemplo que representa claramente este punto:

Pensemos en un contencioso entre una empresa brasileña y otra boliviana con cláusula CCI donde el Derecho aplicable al fondo es el boliviano pero se designa Montevideo como sede del arbitraje: es muy probable que, surgido el litigio si ninguno de los árbitros o de los representantes de las partes es uruguayo, ninguna actuación procesal tenga lugar en esta plaza, y que ni las partes ni los árbitros la pisen; pero el laudo tendrá nacionalidad uruguayo y su control, en caso de impugnación, debe realizarse allí.

Ante la realidad actual, no parece dable pensar que el arbitraje internacional pese a existir echando mano de múltiples jurisdicciones estatales, éste pueda sobrevolarlas por completo y desvincularse de cualquier sistema local de normas. Al contrario, es precisamente gracias a que puede encontrar un anclaje en algún cuerpo legal determinado. Qué puede conducirse con éxito y apoyar a la parte vencedora a lograr la ejecución del laudo.

Al hablar de la sede (también “lugar” en algunos reglamentos), se refiere a un concepto totalmente jurídico, íntimamente vinculado con la participación que podrían tener los tribunales locales (de la sede) en apoyo del arbitraje o para anular un laudo.

Tres son las interacciones posibles de la jurisdicción de la sede en el arbitraje, en curso o ya acabado: en primer lugar, el juez puede ser llamado a intervenir en apoyo del arbitraje, completando la competencia de los árbitros en cuestiones vedadas a sus posibilidades; en segundo lugar, el juez retiene una competencia natural de control del laudo ya dictado y cuya utilización es dispositiva para las partes; por último, en todo momento, el juez nacional puede encontrarse ante la necesidad de pronunciarse sobre su propia competencia, en los casos en que una de las partes, en incumplimiento del convenio arbitral pactado, interpone demanda judicial.^{cxci}

Sobre la intervención del derecho local de la sede, el Artículo 1.2 de la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (Ley Modelo), aclara la aplicabilidad territorial del derecho local de la sede, al proceso arbitral, despejando por completo la más mínima conjetura a que éste se desarrolle en una especie de esfera supranacional ajena a una jurisdicción determinada. Así quedó recogido en el Artículo 1415 del Código de Comercio, que a la letra dice:

Artículo 1415.- Las disposiciones del presente título se aplicarán al arbitraje comercial nacional, y al internacional cuando el lugar del arbitraje se encuentre en territorio nacional, salvo lo dispuesto en los tratados internacionales de que México sea parte o en otras leyes que establezcan un procedimiento distinto o dispongan que determinadas controversias no sean susceptibles de arbitraje.

Lo dispuesto en los artículos 1424, 1425, 1461, 1462 y 1463, se aplicará aun cuando el lugar del arbitraje se encuentre fuera del territorio nacional.

Situémonos por un instante en el supuesto que el procedimiento arbitral que estamos llevando a cabo, lo hiciésemos en total ausencia del aparato jurisdiccional local, a primera impresión parecería que la nula intervención de un juez consagraría la voluntad de las partes de mantenerse alejados del orden nacional y completar la solución del conflicto entre particulares. Sin embargo, esta aparente utopía lleva aparejada una incertidumbre e inseguridad jurídicas poco recomendable. De existir un conflicto para determinar la competencia del tribunal arbitral, con motivo de oscuridad o confusión en la redacción de la cláusula compromisoria, las partes se habrían ubicado en un limbo del que sin acuerdo entre ellas, no podrían salir;

tomando en cuenta que renunciaron al auxilio/intervención de tribunales y que el mecanismo de arbitraje no puede activarse. En esta línea, Fragistas apunta que: <[d]ebe prescindirse, en todo caso, de la polémica, tanto doctrinal como profesional, acerca de las bondades del arbitraje supranacional, es decir, del arbitraje sin referencia estatal^{cxciiv}.>

La sede del arbitraje es, por tanto, el punto geográfico específico acordado por las partes, para cumplir dos propósitos, definir la legislación aplicable a la controversia e identificar a los tribunales que (potencialmente) prestarán auxilio al tribunal arbitral y/o atenderán las acciones que alguna de las partes intente contra el laudo. Como ya puede intuirse, las partes al momento de decidir sobre la sede del arbitraje, deberán tomar en consideración el contenido de las disposiciones legales de dicho sitio, para escoger aquel emplazamiento cuyo derecho les sea una herramienta y no un impedimento. Apoyados en la legislación de la sede, el tribunal arbitral podrá sortear escollos como deficiencias del acuerdo arbitral, competencia del tribunal arbitral mismo, desarrollo de actuaciones, contenido del laudo y la ejecución del laudo. Después de la solución de un posible conflicto respecto de la competencia del tribunal arbitral (en este supuesto no podría si quiera iniciarse el procedimiento arbitral), el siguiente elemento más trascendente es precisamente la ejecución o desconocimiento del laudo. Como se había mencionado anteriormente la visión del arbitraje supranacional tiene inconvenientes tan palpables como verse ante un laudo de imposible ejecución o contra el cual no podamos defendernos, al respecto, los tribunales de Reino Unido reconocen los efectos benéficos de los que se traduce como “jurisdicción supervisora”:

En el comercio internacional una parte que celebre un acuerdo arbitral en una jurisdicción extranjera está obligada no solo por el procedimiento arbitral local, sino también por la jurisdicción supervisora de los Tribunales del foro arbitral. Si el laudo es defectuoso o el arbitraje es conducido deficientemente la parte que se queje del defecto debe buscar en primer lugar aquellos recursos que existan bajo esa jurisdicción supervisora. Ello por la razón de que por su acuerdo sobre el lugar en cuestión como la sede del arbitraje acordó no solo referir las controversias a arbitraje, sino porque además la conducción del arbitraje debe ser objeto de esa jurisdicción supervisora. La adhesión a esta parte del acuerdo debe ser (...) una política cardinal a ser considerada por una corte inglesa que considere la ejecución de un laudo extranjero^{cxcv}.

Así como se adelantaba en párrafos anteriores, en el ejemplo expuesto por Fragistas, en el que hablaba de la nacionalidad del laudo, es precisamente ese, otro de los efectos claros que tiene la determinación de la sede arbitral. De haber seleccionado una sede afín al arbitraje, habremos provisto al laudo de mayores elementos para su reconocimiento en otros países, de manera figurativa, la nacionalidad del laudo le otorgará más fuerza en la ejecución. Una desagradable sorpresa a la que podríamos enfrentarnos sería, la imposibilidad de ejecutar el laudo a partir de la nulidad del acuerdo arbitral a la luz de la ley del Estado en que fue dictado el laudo. Otra limitante podría actualizarse al solicitar la ejecución de un laudo en un Estado que no reconoce el derecho del Estado en que se dictó. Como consecuencia de lo anterior, la recomendación permanente es que aquellos celebrando transacciones internacionales, permitan a sus asesores, tener oportunidad de negociar con sus contrapartes, la utilización de sedes cuyos Estados, a través de la celebración e implementación de convenciones internacionales (vr. México mediante la adopción de la Ley Modelo en el Código de Comercio y ratificación de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras “Convención de NY”), garanticen tanto el desarrollo de procesos arbitrales como el reconocimiento y ejecución de sus respectivos laudos.

Es común que las partes puedan confundir la sede arbitral con el lugar específico en el que se llevarán a cabo las actuaciones del arbitraje, o incluso, pueden entender que el lugar de residencia de la institución administradora (descontando los procedimientos *ad hoc*), es la sede. Nada más equivocado. La sede del arbitraje es única, y se designa por las partes o a falta de acuerdo de éstas, por la institución administradora. Las ubicaciones en las que se pueden llevar a cabo las actuaciones del procedimiento, pueden ser múltiples (previa consideración de las partes), sin implicar esto un cambio de sede. Para ejemplificar esto, se puede tener sede del arbitraje en París, celebrar la mayoría de las audiencias y actuaciones en Nueva York y que la institución administradora tenga sus oficinas en Singapur; caso contrario, podrían concurrir en París todos los elementos, sede, lugar de actuaciones e institución administradora.

Ya hablamos de la importancia de nombrar una sede arbitral y de afianzar el procedimiento a las disposiciones de un Estado determinado. Toca ahora hablar de los criterios que deben tomarse en consideración para elegir una sede en particular.

Lo primero será observar la actitud que la regulación local tiene respecto del arbitraje, es decir, lo fomenta o lo disuade. Un Estado en particular, pese a contar con legislación que regule al arbitraje, podría hacerlo con exceso, otorgando a los órganos jurisdiccionales locales un exceso de control en la materia, hasta el límite de volverlo inútil. Otro extremo sería la regulación laxa y confusa, que destruya por completo la certeza jurídica tanto del procedimiento como del resultado.

Un sistema sano y que ofrece el auxilio del aparato jurisdiccional local a la labor del tribunal arbitral es sin duda, un indicador claro de un Estado susceptible de ser designado como sede. Como se ha elaborado prolífica y detenidamente en la doctrina internacional, el árbitro carece de *imperium* que le está concedido exclusivamente a los jueces, es por ello que una judicatura cooperativa (no intrusiva) potencia al arbitraje. Los Estados en que árbitros y jueces conviven de manera industriosa, benefician a las partes del arbitraje con la gestión correcta de medidas precautorias o con la producción de elementos de prueba, además de apoyarles con la ejecución de laudos.

Resulta a tal grado trascendente el estudio del derecho del Estado sede, que cuando las partes fueron omisas en determinar la sede, o fueron incapaces de llegar a un acuerdo, y por tanto solicitan a la Cámara de Comercio Internacional ("CCI") que sea ésta la que la determine (Artículo 18 (1) del Reglamento CCI), la CCI, en pro de garantizar el *favor arbitratris*, elimina como posibles sedes a los Estados de los que las partes sean nacionales, y además hace un estudio de la legislación de los Estados tentativos, a fin de determinar si son entornos favorables para el arbitraje. A partir del estudio de la CCI, se confirma lo dicho en párrafos anteriores: la validez de seleccionar una sede con base en su regulación y actitud de la judicatura hacia los tribunales arbitrales.

Resulta irrefutable que los criterios anteriormente expuestos son torales al momento de designar una sede, sin embargo, también debe hacerse mención a la conveniencia en términos económicos y de logística. Utilizar una sede diametralmente opuesta a donde se encuentran las pruebas, radican los testigos y/o peritos, o con infraestructura deficiente, representa el riesgo latente de conducir el proceso con poca eficiencia. Cada audiencia supondrá costos innecesarios de transporte y de tiempo de cada uno de los involucrados, consiguiendo diluir la celeridad del procedimiento arbitral. A nadie favorece un procedimiento largo y tedioso, ciertamente no lo hace en lo económico. Además de escrupulosos, también se debe ser pragmáticos al momento de determinar una sede.

Jurisdicción primara y secundaria, control del procedimiento y laudo.

Entendamos que las partes, al someterse a arbitraje y a una sede en específico, no renuncian por completo a la tutela judicial efectiva. Para el caso de un arbitraje internacional, el control judicial varía en su alcance dependiendo si es el que facilitará el proceso, o reconocerá el fruto del mismo.

<[E]l juez de la impugnación tiene vocación de dar una resolución que trascienda sus fronteras más la decisión del juez del reconocimiento es necesariamente de ámbito nacional^{cxvii}>. A partir de esto, podemos hablar de la existencia de una jurisdicción primaria y de una secundaria. La primera correspondiendo al ámbito jurídico de la sede, bajo el cual se deberá emitir un laudo ejecutable; y la segunda será la del Estado en que se ejecute dicho laudo. La Convención de NY nos apoya reconociendo esta distinción de ámbitos de aplicación, la primaria con un alcance universal, y la secundaria con uno territorial.

Al respecto, Fernández Rozas nos dice que <[ú]nicamente tras la determinación del foro de competencia es posible localizar del laudo arbitral en el sistema judicial, aunque no jurídico. Ello implica que será competente un orden jurisdiccional para la fase de control, pero no necesariamente será aplicable su Derecho.^{cxviii}>

En un doble ejercicio de la función jurisdiccional, al mismo tiempo que los jueces de un Estado pueden intervenir numerosas ocasiones para el auxilio del procedimiento, también pueden hacerlo para la anulación del laudo. Al respecto no son raras las leyes locales que ven a la sede del arbitraje como el elemento de competencia para anular un laudo, posiblemente derivado de lo contenido en el Artículo 1.2 de la Ley Modelo. Reflejo de la facultad de revocación que se concede a la jurisdicción secundaria, basta con leer el artículo 1457 del Código de Comercio^{cxix}.

Otro aspecto nada menor de la intervención de la jurisdicción secundaria, es el referente al reconocimiento y ejecución de laudos, que, para el caso particular de México, quedó imprimado de la Ley Modelo, en el Artículo 1462 del Código de Comercio^{cxix}. Como se hizo patente en el caso *Commisa v Pemex*, la determinación hecha por un juez local respecto de la arbitrabilidad de la controversia y la calibración del laudo al orden público son elementos a analizar con la misma profundidad que los requisitos de validez y existencia del procedimiento arbitral y del laudo en la jurisdicción de la sede.

De la lectura de los artículos 1457 y 1462, se advierte que aunque su redacción pareciere idéntica, es conveniente aclarar dos diferencias prácticas entre estos. El rechazo a la ejecución del laudo por contravenir el orden público o que la materia sustantiva no tenga la calidad de arbitrable, sólo causa efectos respecto del Estado en que se intente. Por el contrario, los efectos de la anulación del laudo en el Estado de origen, cancela su ejecución en el resto de Estados (Artículo 1462, f I, e) del Código de Comercio; Artículo 36.1, a), v) de la Ley Modelo; y Artículo V.1 e) de la Convención de NY).

Al tanto que en ocasiones puede existir una incompatibilidad entre los sistemas legales entre el Estado sede del arbitraje y de aquél en que se busca su ejecución, algunos tribunales, en auxilio del arbitraje, se han permitido realizar ajustes considerados formales (casi cosméticos), para otorgar a la parte vencedora la justicia anhelada. Tal es el caso de *Betchel*, que en sentencia de la Corte de Apelación, en 29 de septiembre de 2005: <... reconoció el executur en Francia de un laudo pronunciado en Dubái pese a que éste había sido anulado por los tribunales de este Estado, que era la sede del arbitraje por un defecto de procedimiento; en concreto, el árbitro único en la fase probatoria no había tomado juramento a los testigos, basado en la ley islámica, que exigía ley local. El juez del executur no tuvo en consideración este extremo entendiendo que la violación de una formalidad local no podía ser esgrimida internacionalmente como causa de nulidad de un laudo, máxime cuando éste se presentaba para su reconocimiento ante un tribunal distinto del Estado en donde fue anulado. El fallo del árbitro quedó absolutamente desvinculado del orden jurídico estatal adquiriendo efecto fuera de las fronteras de éste.^{cc}>.

Para continuar abonando en el tema, sirve la referencia al caso *Chromalloy*, que para su ejecución, el juez recurrió a una elaborada argumentación sintáctica del Artículo V y a la aplicación del Artículo VII, ambos de la Convención de NY, para asumir la facultad potestativa de denegar o no la ejecución (Art. V "... se podrá denegar..."). La postura decisiva agregó el beneficio de la actora, dentro del contexto de la *Federal Arbitration Act* al derecho de la actora a recibir justicia y a la negativa de ejecución de laudo bajo criterios muy limitados y estrictos.

Dos ejemplos más, decididos en Estados Unidos de América, bajo un argumento más contundente que la semántica, son *Lapine Technology Corp. C. Kyocera Corp.* y el más cercano a nuestro contexto, *Commisa v Pemex*; en los cuales, los juzgados tuvieron la capacidad de revisar el fondo de los laudos por calificarlos de completamente irracionales o que mostraban total desaprensión de la ley.

CONCLUSIONES

Resulta incuestionable que los efectos que la designación de la sede arbitral tiene sobre la totalidad del arbitraje, desde su existencia (que la materia sea arbitrable), su tramitación (auxilio de jueces locales) hasta la ejecución del laudo, son medulares para que el objetivo fundamental sea obtenido: la resolución de una controversia.

Previo a la determinación de la sede, las deben evaluar cuando menos dos aspectos, la conveniencia de la legislación aplicable del Estado y verificar la arbitrabilidad de la materia. De hacerse correctamente este análisis, se habrán evitado dos calamidades terribles: i) usar el argumento que una formalidad local deba ser reconocida internacionalmente como causa suficiente para la nulidad de un laudo; y, ii) la designación de una sede para restar legitimidad a una eventual incidencia de la legislación de ese Estado.

Pese a que durante las negociaciones de un contrato, suelen discutirse con vehemencia los aspectos económicos y técnicos, tratando con absoluta indiferencia (y hasta desprecio) a la cláusula arbitral, los asesores jurídicos internos y externos de las partes, les debemos una obligación de educación en las consecuencias nefastas de no pactar nítidamente el mecanismo de solución de controversias, que todos deseamos se use única y exclusivamente en caso de emergencia (y que el momento no llegue). Tampoco se recomienda una sobre-compensación, llegando a la confección de una cláusula arbitral en exceso intrincada. La designación de la sede arbitral es tal trascendencia que sencillamente no puede ser dejada para el último momento y resolverla con “los flecos” del contrato.

BIBLIOGRAFÍA

FUENTES PRIMARIAS:

- Código de Comercio.
- Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras.
- Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.
- Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (2017).

FUENTES SECUNDARIAS:

- Bédard, Julia; Haber Kuck, Lea; Nelson, Timothy Gg. *PEMEX and US Enforcement of Foreign Arbitration Awards Nullified in Their 'Home' Courts* Skadden's 2017 Insights.
- Clyde & Co. *The seat of Arbitration – Why is it so important?* 18 de septiembre de 2011.
- Corporación Mexicana De Mantenimiento Integral, S. De R.L. De C.V. v. Pemex-Exploración Y Producción. Docket No. 13-4022
- Fernández Rozas, José Carlos. *Determinación del lugar de arbitraje y consecuencias del control del laudo por el tribunal de la sede arbitral*. Lima Arbitration N° 2 – 2007 pp. 25 – 62.
- Guerrero Valle, Juan Carlos. *La reforma energética en México y el arbitraje: Avances, retrocesos y temas pendientes*. Arbitraje, vol. VIII, no 2, 2015, pp. 443–470
- Henderson, Alastair. *Lex arbitri, procedural law and the seat of arbitration, Unravelling the Laws of the Arbitration Process*, Singapore Academy of Law Journal. (2014) 26 SAcLJ pp 886 – 910
- Hesse, David. *The Seat of Arbitration is Important. It's That Simple*. Kluwer Arbitration Blog. Junio 10 2018.
- Latham & Watkins LLP. *Guía del Arbitraje Internacional*. 2019
- Patel, Apoorva J. *A New Chapter in the Confirmation of International Arbitration Awards Vacated at Their Seat*. Young ICCA Blog.

Cláusulas de Estabilización y su Ejecución Mediante Arbitraje de Inversión



Enrique Garza Tello

Resumen

Derivado de los cambios de regulación implementados por el gobierno actual, los Contratos de Exploración y Extracción se han visto afectados de forma indirecta. El presente ensayo analizará la utilidad de las Cláusulas de Estabilización en los contratos de Exploración y Extracción, como las mismas pueden ser ejecutadas mediante un arbitraje comercial o en un arbitraje de inversión, así como la función de dichas cláusulas en algunos casos de cambio de ley con fines de expropiación indirecta, específicamente en Venezuela.

Introducción

Las Cláusulas de Estabilización han estado en los contratos petroleros desde los regímenes de concesión de la década de 1960 y varios arbitrajes han tenido como único foco la interpretación y aplicación de cláusulas de estabilización como el arbitraje Aminoil o el arbitraje Texaco.

Si bien el régimen de la Concesión ha cambiado y no existen los mismos regímenes en el Sector Energético que en 1960, las cláusulas de estabilización y renegociación se incluyen continuamente en los contratos de energía para garantizar la integridad del contrato en sí o del precio del contrato.

El presente ensayo buscará analizar de manera general los diferentes tipos de cláusulas de estabilización y renegociación y cuáles son los efectos y la forma en que las mismas pueden llegar a ser ejecutadas a través de un arbitraje de inversión.

Además, se destacará las diferencias entre las cláusulas de estabilización fiscal y renegociación y las cláusulas generales de estabilización y renegociación.

Para entender los contratos petroleros mexicanos, este ensayo brindará una breve descripción de la Reforma Energética Mexicana, los cambios en la Constitución Mexicana para implementarla, los tipos de contratos que ahora se utilizan en el Sector de Petróleo y Gas mexicano.

Luego, este ensayo analizará en detalle la cláusula de renegociación fiscal de la Ronda 1.4. Contrato de licencia. Teniendo en cuenta el número restringido de palabras, este ensayo solo se centrará en la Ronda 1.4. Contrato de licencia en lugar de los contratos de PSA y Licencia de las rondas anteriores.

Este último, tomando en cuenta que es el contrato más reciente y es el mejor ejemplo de los últimos términos que el Gobierno de México está incluyendo en sus contratos para atraer inversiones a pesar de la difícil situación que atraviesa el sector de Petróleo y Gas.

Después analizaremos la cláusula arbitral de la Ronda 1.4. Contrato de licencia y buscar determinar si el alcance de la cláusula de arbitraje también comprende el reequilibrio de la cláusula o si el alcance de la clase no será suficiente para llevar a cabo un arbitraje en virtud del contrato.

El ensayo buscará analizar algunos ejemplos de arbitraje de inversión que se relacionan con cláusulas de estabilización y renegociación y ver si los principios aplicados en el arbitraje podrían utilizarse en un posible arbitraje por falta de cumplimiento de la cláusula de renegociación fiscal de la Ronda 1.4. Contrato de licencia.

Finalmente, este ensayo hará un breve análisis de los casos de expropiación venezolana (específicamente los Arbitrajes de Cerro Negro y La Ceiba) y analizará las últimas acciones llevadas a cabo por el gobierno mexicano con el fin de evitar la exportación

Por lo tanto, este ensayo analizará cómo las cláusulas de estabilización y renegociación jugaron un papel para proteger las inversiones y cómo esto podría aplicarse en caso de que México enfrentara una situación similar.

Cláusulas de estabilización

Antes de analizar las cláusulas de estabilización específicas en los contratos petroleros mexicanos, es importante dar una visión general sobre los tipos de cláusulas de estabilización y sus componentes.

Como lo mencionaron varios académicos^{cci}, las Compañías Petroleras Internacionales (IOC) y los gobiernos tienen como principal objetivo reducir el riesgo que conlleva la realización de operaciones petroleras. Considerando que la industria del petróleo y gas conlleva altos costos, a partir de las tarifas para acceder a la sala de datos, así como las tarifas de registro para la licitación, el bono de firma; sin mencionar los costos de exploración^{ccii}

De acuerdo con lo anterior, los IOC necesitan determinar si podrán recuperar sus costos una vez declarada la comercialidad y saber que el acuerdo que han celebrado no cambiará una vez que los beneficios comiencen a llegar.

Por otro lado, el gobierno anfitrión quiere saber que obtendrá su parte de los ingresos e incluso si el precio del petróleo aumenta, habría la posibilidad de hacer ajustes al régimen fiscal del contrato petrolero para poder compensar los aumentos repentinos del precio del petróleo.

Las cláusulas de estabilización pueden tener diferentes efectos, dependiendo de la forma en que se redacte el contrato y la voluntad del gobierno de extender los efectos de la cláusula. Ha habido varios instrumentos legales que han sido utilizados por los gobiernos para mitigar los efectos que los cambios en la legislación o los cambios en el entorno político pueden tener en los contratos petroleros.

Algunos de los instrumentos que utilizan los gobiernos para estabilizar los contratos son los siguientes:

El enfoque más común y el que se utiliza actualmente en los contratos petroleros mexicanos es únicamente para efectos fiscales y consiste en agregar una disposición al contrato para evitar que cualquier cambio en la ley afecte el régimen fiscal del contrato y en caso renegociar el contenido de la cláusula. En algunos casos se considera que el contrato se encuentra en una jerarquía legal superior a la nueva ley o acto administrativo que podría afectarlo, sin embargo este no es el caso para los contratos de Exploración y Extracción en México.^{cciii}

La segunda forma en que se implementan este tipo de cláusulas es considerando una ley especial, siguiendo el principio de *lex specialis* sobre la ley general.^{cciv}

Un ejemplo de este enfoque se puede encontrar en los contratos de Exploración y Producción Compartida de Libia, en los que el contrato junto con la Ley del Petróleo de Libia se considera la ley vigente del contrato^{ccv}

El tercer enfoque hacia la estabilización consiste en establecer el derecho internacional como la ley que rige el contrato. En este caso la ley aplicable sería *lex mercatoria*, *lex petrolea* y los Principios Generales de Derecho Internacional^{ccvi}

Sin embargo, esto podría dar lugar a varios problemas de interpretación, solo hay que mirar la interpretación de trato justo y equitativo en los diferentes casos del CIADI o la interpretación de cambio de paradigma dada por el Tribunal de SD Myers c. El Gobierno de Canadá.

Otro ejemplo podría ser la diferente interpretación y alcance que se le da al significado de “Buenas Prácticas en Yacimientos Petroleros”, para entender que agregar este tipo de disposiciones a un contrato sin agregar una definición adecuada al contrato puede crear confusión en lugar de agregar certeza jurídica.

A lo largo de los contratos petroleros, como menciona Berger, existen diferentes tipos de cláusulas de estabilización:

Este tipo de cláusulas de estabilización en los contratos petroleros podrían dividirse en dos tipos:

Lo que se conoce como cláusula de suspensión (*freezing clause*) y cláusula de renegociación. La cláusula de suspensión es un compromiso del Estado con el COI de no cambiar la ley aplicable al contrato o, en otras palabras, si la ley cambia, la ley aplicable al contrato será la que estaba vigente en el momento de la firma del contrato. Sin embargo, este tipo de cláusulas han sido muy criticadas considerando que limita la soberanía del Estado y que de alguna manera dificulta su capacidad para legislar. ^{ccvii}

Además, si la cláusula limita el derecho inherente que tiene el estado de expropiar, se puede considerar que la cláusula de estabilización viola las disposiciones de la ley internacional y no puede ser ejecutada^{ccviii}

A diferencia de las cláusulas de suspensión, el segundo tipo de cláusulas de estabilización es la cláusula de renegociación o adaptación. Según Berger, existen cláusulas de renegociación o adaptación que no congelan la ley aplicable al contrato pero proporcionan un andamiaje con el fin de adaptar o renegociar el contenido del contrato^{ccix}

Por lo tanto, estas cláusulas no obstaculizan la capacidad del Estado para legislar y, al mismo tiempo, brindan al gobierno y al IOC la oportunidad de renegociar los términos del contrato en caso de que haya un cambio de circunstancias.

Este tipo de cláusulas no solo son beneficiosas para el IOC, sino también para el gobierno anfitrión, ya que dan la oportunidad de adecuar los contratos a los cambios del mercado y fluctuaciones del precio del petróleo y reducen el riesgo de expropiación en caso de un aumento de los precios.

En el caso de las cláusulas de adaptación, el elemento principal que debe definirse claramente y es una causa habitual de conflicto entre las partes, es el llamado "gatillo" de la cláusula, que son las circunstancias que permiten a ambas partes renegociar el contrato en caso de un cambio de circunstancia.

ccx

Sin embargo, se han presentado varias cuestiones con estas cláusulas, considerando que la redacción puede resultar algo ambigua, mencionar como evento detonante un cambio sustancial de circunstancias o establecer como criterio para renegociar las cláusulas que el saldo fiscal del contrato se vea afectado sin definir lo que es. entendido como equilibrio fiscal. Además, algunas cláusulas no limitan los poderes de los tribunales arbitrales sin determinar hasta qué punto el tribunal puede modificar los términos de los contratos.

Antes de discutir la reforma energética mexicana, es importante hacer una diferencia entre las cláusulas de estabilización fiscal y las cláusulas de estabilización general.

Una cláusula de estabilización general tiene como alcance todo el contenido del contrato por lo tanto los efectos de la cláusula afectarán las disposiciones del contrato en su conjunto, en caso de que la cláusula sea una cláusula de congelación todas las disposiciones del contrato estarán protegidas por esa cláusula.

Por otro lado, las cláusulas de estabilización fiscal se utilizan comúnmente en contratos que incluyen sistemas complejos de captura de rentas como contratos petroleros (licencias, producción compartida contratos de suministro de gas y contratos de compra de energía.

Tomando como ejemplo los contratos de petróleo, los ingresos del estado se determinan por el precio del petróleo que se calcula de acuerdo con una fórmula contenida en el contrato. La fórmula tiene en cuenta varios factores para determinar el precio del petróleo y qué porcentaje de dicho precio será pagado al estado.

ccxi

Como ejemplo, el precio del petróleo en los contratos de la ronda 1.4 se calcula teniendo en cuenta precio de Brent Oil y Louisiana Sweet, sin embargo, estos precios están sujetos a las Fluctuaciones del mercado.^{ccxii}

Por ejemplo, el precio del Brent pasó de 52 USD por barril a principios de 2007 a 110 USD por barril a mediados de 2016 y disminuyó a 27 dólares por barril a principios de 2016.^{ccxiii}

Por lo tanto, la estabilización fiscal es necesaria en los contratos petroleros para poder compensar estas fluctuaciones de precio del petróleo sin tener que renegociar el contrato completo, en caso de que haya un cambio en el precio del petróleo que afecte el precio contractual. Pero antes de analizar las cláusulas de estabilización de los contratos petroleros mexicanos, es importante dar una visión general de la Reforma Energética Mexicana y los cambios que generó en el sector energético mexicano y las regulaciones mexicanas.

La Reforma Energética en México

La Reforma Energética Mexicana de 2013 modificó el contenido de los artículos 25, 27 y 28 de la Constitución Mexicana con el fin de abrir el Sector Energético Mexicano a la inversión privada.

Las reformas mencionadas anteriormente, tuvieron los siguientes resultados:

Se reformó el artículo 25 para someter la planificación y distribución de energía eléctrica y extracción de Hidrocarburos al párrafo segundo del artículo 27 de la Constitución.

La reforma a los párrafos 4 y 5 del artículo 27 es el núcleo de la reforma energética mexicana; estableciendo que el Estado mexicano está autorizado a otorgar derechos a las Empresas Estatales Mexicanas o suscribir contratos con empresas privadas para realizar las actividades de extracción y exploración de hidrocarburos.

En el caso específico del artículo 28, se agregó un párrafo al artículo con el fin de establecer la creación de las dos agencias reguladoras de energía mexicanas: la Comisión Nacional de Hidrocarburos y la Comisión de Regulación de Energía.

Las funciones de las Agencias de Energía mencionadas son las siguientes:

Comisión Nacional de Hidrocarburos

La Comisión Nacional de Hidrocarburos es la Entidad que regula el sector upstream de la Industria Mexicana de Petróleo y Gas; realizar las licitaciones de nuevas áreas contractuales y supervisar las operaciones de exploración y extracción.

Comisión Reguladora de Energía

La Comisión Reguladora de Energía es la Entidad que regula a los sectores midstream y downstream de los Sectores Mexicanos de Petróleo y Gas, emisión, almacenamiento, transporte y comercialización de hidrocarburos, emitiendo los permisos requeridos y regulando la operación de la red eléctrica y el mercado.

En el sector upstream, la Comisión Nacional de Hidrocarburos junto con la Secretaría de Energía de México habían realizado 4 rondas de licitaciones con resultados mixtos.

Los dos tipos de contratos que ha utilizado la Comisión Nacional de Hidrocarburos de México han sido los Acuerdos de Licencia y los contratos de PSA. Sin embargo, la Ley de Hidrocarburos de México establece 3 tipos de contratos:

- Contratos de licencia
- Acuerdos de producción compartida
- Acuerdos de participación en los beneficios
- Acuerdos de servicio.

Así lo establece el artículo 18 de la Ley de Hidrocarburos Mexicana que dice lo siguiente:

“Artículo 18. La Secretaría de Energía, determinará el modelo de contrato aplicable a cada Área Contractual que haya sido juzgada en el mismo lugar, con lo que la Secretaría podrá optar entre contratos de servicios, participación de utilidades o convenios o licencias de producción”. ^{CCXIV}

La Comisión Nacional de Hidrocarburos ha realizado diversas rondas petroleras y adjudicado contratos de Licencia y Contratos de Exploración y Producción.

Ambos tipos de Contratos Mexicanos no contienen una cláusula completa de estabilización del contrato, en ambos tipos de contratos se deja más que claro que el contrato se regirá e interpretará por la Ley Mexicana y que cualquier modificación será acordada por escrito por las partes.

Si nos fijamos en la cláusula arbitral de la ronda 1.4. contratos podemos encontrar que sujeto a un período de conciliación de 3 meses las partes pueden someter la disputa del arbitraje ante el secretario permanente de la Haya, sin embargo, la cláusula arbitral del contrato establece claramente que la ley aplicable será la que establezca el contratarse.

Por lo tanto, la ley sustantiva aplicable a la controversia será la ley mexicana; si volvemos a la cláusula de jurisdicción de ley del contrato, veremos que la cláusula dice lo siguiente:

“26.1 Leyes aplicables.

Este Contrato se regirá e interpretará de conformidad con las leyes de México”. ^{CCXV}

Si analizamos la cláusula podemos ver que la cláusula solo menciona “*las leyes de México*” sin hacer ninguna referencia a un período específico como “*las leyes vigentes al momento de la ejecución del contrato*” o las “*leyes vigentes*” por lo que es más que claro que no hay intención de estabilizar las disposiciones legales aplicables al contrato.

Incluso si los contratos de Petróleos Mexicano no contienen una cláusula de estabilización del contrato completo, el 1.4. El Contrato de Licencia sí tiene una cláusula de estabilización fiscal, el propio contrato establece una fórmula de ajuste, pero esta cláusula permite cambiar las variables de la fórmula en determinadas circunstancias.

Esta cláusula de estabilización fiscal se encuentra en el Anexo 4 del contrato de Licencia y dice lo siguiente:

"4.4 Otros ajustes a las Contraprestaciones

La Secretaría de Hacienda efectuará ajustes al monto de las Contraprestaciones como porcentaje del Valor Contractual de Hidrocarburos que permitan restablecer el equilibrio económico del Contratista en relación con los términos fiscales vigentes al momento de la adjudicación de este Contrato en caso de que: (i) se establezcan aportes específicos a la industria de Exploración y Extracción de Hidrocarburos que sean distintos a los que se encontraban vigentes al momento de la adjudicación del Contrato, respecto a dicho aporte y en ningún caso respecto a aportes de carácter general, o (ii) existe una modificación de elementos específicos a la industria de Exploración y Extracción de Hidrocarburos para la determinación de los aportes vigentes al momento de la adjudicación del Contrato respecto a dichas modificaciones. Si este fuera el caso, el Secretario de Hacienda establecerá el mecanismo necesario. La Secretaría de Hacienda, a través del Fondo notificará al Contratista respecto a cualquier ajuste a las Consideraciones que se determine de acuerdo con este subtítulo ” ^{ccxvi}

Si analizamos el contenido de la cláusula veremos que más que una cláusula de estabilización, esta cláusula es una cláusula de ajuste. Por lo tanto, esta cláusula prevé un mecanismo para que la fórmula determine el monto de las consideraciones en caso de que cambien las circunstancias o uno de los elementos de la fórmula.

Sin embargo, esta cláusula no otorga las mismas facultades de ajuste al operador y a la Comisión Nacional de Hidrocarburos. Leyendo la cláusula de cerca, podemos ver que quien tiene derecho a hacer los ajustes a la Cláusula es la Secretaría de Hacienda de México.

Esto podría dejar al contratista en una posición difícil considerando que la negociación para desencadenar la cláusula, en caso de que el contratista considere que es necesario ajustar la fórmula no se realizará con la Comisión Nacional de Hidrocarburos sino con el Secretaría de Hacienda.

La razón por la que esto podría resultar problemático es que el la Secretaría de Hacienda no se involucra en la gestión diaria de las operaciones petroleras, sin embargo, si analizamos las dos causas para desencadenar la modificación de la fórmula es posible entender por qué la modificación será realizada por el Secretaría de Hacienda en lugar de la Comisión Nacional de Hidrocarburos o la Secretaría de Energía.

La primera causa que establece la cláusula para que se reajuste la fórmula de pago de contraprestaciones es "(i) se establecen aportes específicos a la industria de Exploración y Extracción de Hidrocarburos que son distintos a los que se encontraban vigentes en el momento se adjudicó el Contrato, respecto a dicha aportación y en ningún caso respecto a aportaciones de carácter general".

La primera causa de modificación de la fórmula es en caso de que se aplique un nuevo impuesto o un nuevo tipo de contraprestación a los Contratos Petroleros. Esta causa se podría interpretar tanto a favor como en contra del contratista.

Bajo esta primera cláusula, si el gobierno decide aplicar un impuesto especial sobre el petróleo comercializado bajo Contratos de Licencia, entonces la fórmula podría ajustarse para tomar en cuenta este nuevo impuesto y ajustar el equilibrio económico del Contratista a la forma en que estaba cuando él se firmó el contrato.

Por lo tanto, se entiende que la Secretaría de Hacienda puede reducir la contraprestación estatal que primero ofreció el contratista en la licitación si se implementa un nuevo impuesto y afecta los ingresos totales del Contratista.

Sin embargo, es importante mencionar que la cláusula establece una excepción para que se aplique la primera cláusula; Es decir, la contribución debe establecerse específicamente para la exploración y extracción de hidrocarburos.

Así, si hay un nuevo impuesto que se aplica a todas las actividades o se incrementa uno de los impuestos existentes que se aplica a todos los sectores como el Impuesto sobre la Renta, entonces el contratista no tendrá derecho a solicitar el saldo de la contraprestación bajo la causa uno de la cláusula 4.4. del Anexo 4 de la Ronda 1.4. Contrato de licencia.

La segunda causa para activar la cláusula es (ii) hay una modificación de elementos a la industria de Exploración y Extracción de Hidrocarburos para la determinación de las contribuciones vigentes en el momento de la adjudicación del Contrato en relación con dichas modificaciones ^{ccxvii}

Esta segunda causa podría entenderse como un cambio de circunstancias no creado por el gobierno sino por el mercado.

Si vemos la redacción de la cláusula se menciona “*la modificación de elementos específicos a la Industria de Exploración y Extracción de Hidrocarburos para la determinación de los aportes prevalecientes al momento de la adjudicación del contrato*”. Esto podría entenderse como un cambio en el precio del petróleo o un aumento repentino en la demanda de plataformas de perforación que podría incrementar el precio de las operaciones.

Sin embargo, esta segunda causa es increíblemente ambigua considerando que una modificación de los elementos específicos de la Industria de Hidrocarburos puede significar cualquier número de cambios en cualquier número de elementos.

El segundo problema con la redacción de esta cláusula, es que no establece la extensión del cambio, por lo que esta cláusula podría malinterpretarse con el fin de alterar la fórmula incluso con los más mínimos cambios en los elementos de exploración y extracción. un ligero cambio en el precio del petróleo podría activar la cláusula y modificar la fórmula.

Al ver la cláusula de una manera extremadamente crítica, se podría decir que las causas (i) y (ii) podrían anularse entre sí. Por ejemplo, la Secretaría de Hacienda podría determinar una nueva contribución aplicable solo a las actividades de exploración y extracción y el contratista podría solicitar el disparador de la cláusula de ajuste. Pero al mismo tiempo podría haber un ligero cambio en el precio del petróleo y el Secretaría de Hacienda podría reajustar la fórmula.

Otro aspecto de la cláusula que podría ser perjudicial para el contratista es el hecho de que el objetivo de la cláusula es restablecer el equilibrio del Contrato del Contratista relacionado con las Condiciones Fiscales. Sin embargo, el contrato no define qué se entiende por “Balance Contractual”.

Por lo tanto, si los términos del contrato no fueron tan beneficiosos para el contratista y el contratista desea implementar nuevos términos en el contrato y reequilibrar la cláusula, es posible que la cláusula no se active. Si analizamos el significado de equilibrio en la cláusula, podemos ver que la idea es mantener los términos del contrato cuando se ejecutó el mismo.

Por otro lado, si analizamos el contrato, podemos ver que la cláusula arbitral no otorga facultades al tribunal para modificar la cláusula o incluso para resolver específicamente las controversias que se relacionan con la aplicación o modificación de la cláusula.

Si analizamos la Cláusula Arbitral del contrato podemos ver que se lee de la siguiente manera:

Arbitraje. Sujeto al Artículo 26.4, cualquier disputa que surja de o esté relacionada con este Contrato que no se ha resuelto dentro de los tres (3) meses posteriores al inicio de la conciliación período descrito en el artículo 26.2 se resolverá mediante arbitraje de conformidad con la CNUDMI^{ccxviii}

Si comparamos esta cláusula de renegociación con algunas de las famosas cláusulas de arbitraje, podemos ver que incluso si el contrato no es una concesión, la cláusula es algo similar a la cláusulas utilizada en el Contrato de Aminoil.^{ccxix}

La Cláusula de Aminoil establece lo siguiente:

Art. 9

Si, como resultado de cambios en los términos de las concesiones ahora existentes o como resultado de los términos de las concesiones otorgadas en lo sucesivo, un aumento de los beneficios para los gobiernos en el Oriente Medio debería llegar generalmente a ser recibido por ellos, la Compañía deberá consultar con el Gobernante, ya sea a la luz de todas las circunstancias relevantes, incluidas las condiciones en las que se realizan las operaciones, y teniendo en cuenta todos los pagos efectuados, cualquier alteración en el Los términos de los acuerdos entre el Gobernante y la Compañía serían equitativos para las partes. ^{ccxx}

Y si vemos el contenido de la cláusula de arbitraje es claro que es bastante similar a la cláusula de arbitraje de la Licencia Mexicana, considerando que sometió todos los desacuerdos del contrato a arbitraje.

Las dos diferencias que podemos encontrar en las cláusulas son que la redacción de la cláusula mexicana es menos ambigua y además establece un procedimiento de conciliación que el contrato de Aminoil no estableció.

Sin embargo, tanto la cláusula de Aminoil como las cláusulas de arbitraje de la Licencia Mexicana tienen una falla importante que puede obstaculizar su aplicabilidad y puede dejar a ambas partes con un laudo que no es inaplicable. Eso se discutirá más adelante.

Cumplimiento de las cláusulas de estabilización

Como se mencionó anteriormente, las cláusulas de estabilización o cláusulas de renegociación, tienen como objetivo brindar un mecanismo o brindar protección al inversionista. Entonces, en caso de que exista la necesidad de modificar el contrato, el contrato en sí dará el mecanismo para llevar a cabo la modificación del contrato o estabilizar el contrato.

Arbitraje bajo la Cláusula de Arbitraje Contractual

Al respecto, el Contrato de Licencia Mexicano establece que en caso de cualquier controversia de las partes en relación con la ejecución o interpretación del contrato, la controversia debe ser primero sometida a conciliación.

Sin embargo, si las partes no pueden llegar a un acuerdo, la disputa debe ser sometida a arbitraje.

En cuanto a la ejecución de la cláusula de estabilización, hay varias cosas que se deben tener en cuenta antes de llevar a cabo la ejecución de la cláusula en sí

Como lo menciona Thomas J. Pate, para que un árbitro aplique el derecho internacional en una disputa, el contrato mismo debe establecer que dicha ley será aplicable. Si el propio acuerdo se rige por la ley municipal, el contrato no se considerará como un contrato regido por derecho internacional^{ccxxi}

En el caso de los Contratos de Licencia Mexicanos, el contrato en sí está sujeto a la Ley Mexicana bajo la cláusula 26. Por lo tanto, el arbitraje bajo la CNUDMI establecido en la cláusula 26.5 del Contrato de Licencia se llevará a cabo bajo la Ley Mexicana.

Sin embargo y como lo menciona Berger, para que un árbitro lleve a cabo el reequilibrio de la cláusula, el acuerdo arbitral debe otorgar expresamente al árbitro la facultad de re-balancear dicha cláusula^{ccxxii}

El problema principal sobre el reequilibrio de las cláusulas es que, a menos que haya habido un incumplimiento de contrato, daños a una de las partes o una expropiación directa, entonces no existe una disputa per se, sino que las partes simplemente solicitan al tribunal que emita una decisión sobre cómo reequilibrar la cláusula^{CCXXIII}

Por lo tanto, las partes deben otorgar facultades al tribunal para conocer este tipo de controversias o otorgar plenas facultades al tribunal para que pueda resolver cualquier controversia en el marco del contrato^{CCXXIV}

Cuando se trata de someter a arbitraje el reequilibrio de la cláusula del contrato de Licencia Mexicana, no queda claro si una disputa derivada de la cláusula de reequilibrio puede someterse a arbitraje bajo la cláusula de arbitraje del contrato.

El Contrato de Licencia solo proporciona una reserva expresa para las disputas que surjan del contrato que son las disputas relacionadas con la rescisión administrativa.

Cláusula 26.4 de la Ronda 1.4. El Contrato de Licencia establece que todas las disputas que surjan de cuestiones de rescisión administrativas deberán de ser resueltas por las Cortes Federales^{CCXXV}

La única excepción para someter las diputas a arbitraje será con respecto a la determinación de daños relacionados con la rescisión administrativa del contrato.^{CCXXVI}

Arbitraje de inversión

Sin embargo, el contrato en sí no excluye la posibilidad de realizar un arbitraje de inversión. México es uno de los países que ha ejecutado una gran cantidad de acuerdos comerciales (

Tratados de libre comercio y acuerdos comerciales bilaterales) con más de 12 acuerdos de libre comercio con 46 países y 32 tratados bilaterales de inversión^{CCXXVII}. Por lo tanto, extranjero.

Los inversionistas en México pueden contar con la protección de uno de estos instrumentos para proteger su inversión en el sector de petróleo y gas de México.

Sin embargo, ¿cómo se puede realizar un arbitraje de inversión ante la falta de incumplimiento de una cláusula de estabilización o renegociación (ya sea fiscal o general).

En los diferentes laudos arbitrales de inversión podemos ver diferentes ejemplos de cómo se ha utilizado la disposición de un tratado de inversión para hacer cumplir una cláusula de estabilización.

Algunos ejemplos de arbitrajes de inversión relacionados con cláusulas de estabilización o renegociación son los siguientes:

- Texas Overseas Petroleum Co. contra la República Árabe Libia
- En este caso, el tribunal concluyó que la internacionalización del contrato no podía obstaculizar la capacidad del Estado para regular o restringir su soberanía. Sin embargo, si el estado asumió un compromiso al que tenía derecho conforme a su legislación nacional, entonces el estado no puede ignorar dicho compromiso alegando una violación a su soberanía^{CCXXVIII}
- *Revere Copper & Brass Inc. v. Overseas Private Investment Corp.*
 - Este caso se relaciona con la aplicación de nuevos impuestos a una corporación minera, los árbitros aplicaron el principio de que el gobierno no puede ignorar el un acuerdo previo realizado bajo un contrato.^{CCXXIX}
- *Eureko BV v Republic of Poland*
 - En este caso, el tribunal estableció que el hecho de que el gobierno ignorara la cláusula de estabilización implicaba un incumplimiento de la cláusula de trato justo y equitativo en el TBI entre los Países Bajos y Polonia y la Prohibición de Expropiación sin la compensación adecuada^{CCXXX}
- *EnCana Corporation v. Republic of Ecuador*

En este caso, la Corporación Encana intentó argumentar que el hecho de que el gobierno ecuatoriano modificó la ley eliminando una exención del IVA de determinadas operaciones petroleras. Como consecuencia, varias corporaciones, incluida EnCana, intentaron renegociar la contraprestación estatal para equilibrar el cambio en los términos fiscales. EnCana argumentó que la modificación de los términos fiscales constituyó un incumplimiento de las siguientes disposiciones: Trato justo y equitativo, expropiación o medidas equivalentes a expropiación sin compensación adecuada y trato nacional, sin embargo el tribunal consideró que no había contado con Jurisdicción y rechazó las demandas de EnCana.^{CCXXXI}

Tomando los casos anteriores como ejemplo, sin tener en cuenta los dos primeros casos que no se relacionan con los tratados Bilaterales de Inversión, podemos ver que los principios fundamentales que se utilizan en el arbitraje de inversiones relacionados con las cláusulas de estabilización son el trato justo y equitativo y la prohibición de Expropiación sin compensación adecuada.

Por lo tanto, en caso de que un inversionista extranjero decida realizar un arbitraje de inversión para hacer cumplir la cláusula de estabilización fiscal del Contrato de Licencia Mexicano, el inversionista podría invocar la falta de trato justo y equitativo o la expropiación sin la debida compensación.

Pero, ¿cómo puede un inversionista invocar la falta de un trato justo y equitativo cuando el estado se niega a hacer cumplir la cláusula de reequilibrio descrita anteriormente?

Esto claramente resulta una opción considerando la vinculación que se ha llevado a cabo con el Trato Justo y Equitativo y las expectativas legítimas del inversionista al momento de llevar a cabo la inversión.

Es importante recordar que el trato justo y equitativo también puede comprender las expectativas legítimas del inversionista, por lo tanto, si el gobierno anfitrión se niega a hacer cumplir la cláusula de reequilibrio, el inversionista puede iniciar un arbitraje de inversión.

En esencia, el Estándar FET se hace fundar "en las expectativas legítimas y razonables de las partes, que derivan de la obligación de buena fe."^{CCXXXII}

Así como en la obligación del Estado en dar una protección real y efectiva del tipo que alentaría a los inversores a participar en la economía del Estado receptor."^{CCXXXIII}

Y utilizar los instrumentos legales que rigen las acciones del inversionista o la inversión de conformidad con la función usualmente asignada a dichos instrumentos, y no privar al inversionista de su inversión sin la compensación requerida."^{CCXXXIV}

Considerando que los Contratos de Exploración y extracción no cuenta con una cláusula que les permita renegociar los términos del contrato el hecho de que el gobierno modifique de forma unilateral los términos Económicos en los que se negoció el contrato, implica una violación a las expectativas legítimas del inversionista.

Por lo que iniciar un Arbitraje de Inversión alegando que el Estado Mexicano ha violado las expectativas legítimas del inversionista resulta viable.

La segunda opción sería si la negativa del Estado a renegociar los términos del contrato, disminuye el valor de la inversión de tal manera que la inversión se vuelve inviable; por lo tanto, la medida podría considerarse una expropiación progresiva y podría dar derecho al inversionista a presentar una reclamación mediante arbitraje de inversión.

En este sentido, diversos tribunales han concluido que una medida equivalente a expropiación no necesariamente implica que se haya privado al inversionista de sus bienes, sino que el gobierno haya llevado a cabo acciones o impuesto medidas que en tengan como resultado la destrucción de la inversión. Lo anterior se ejemplifica con las siguientes resoluciones:

As also Respondent concedes that, at least for a period of 4 months, Claimant was deprived, by the Decree, of rights it had been granted under the License, there is no dispute between the Parties that, in principle, a taking did take place. When measures are taken by a State the effect of which is to deprive the investor of the use and benefit of his investment even though he may retain nominal ownership of the respective rights being the investment, the measures are often referred to as a "creeping" or "indirect" expropriation or, as in the BIT, as measures "the effect of which is tantamount to expropriation."

As a matter of fact, the investor is deprived by such measures of parts of the value of his investment. This is the case here, and, therefore, it is the Tribunal's view that such a taking amounted to an expropriation within the meaning of Art. 4 of the BIT and that, accordingly, Respondent is liable to pay compensation therefor. In order to determine the amount of such compensation, the Tribunal has to determine the "market value" of the investment affected.^{ccxxxv}

Adicionalmente una medida puede ser considerada como equivalente a expropiación cuando dicha medida efectivamente priva al inversionista de la utilidad económica de su inversión como se establece en la resolución emitida en *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States* que se transcribe a continuación para fácil referencia:

115. Para establecer si la Resolución constituye medida equivalente a una expropiación bajo los términos del artículo 5(1) del Acuerdo, es necesario determinar, en primer término, si en razón de la Resolución la Demandante se vió privada, de manera radical, de la utilidad económica de su inversión, como si los derechos relativos a ésta – por ejemplo, la percepción o goce de los beneficios asociados con el Confinamiento o su explotación - hubiesen cesado. Es decir, si a raíz de actuación atribuible a la Demandada, los bienes en cuestión han perdido valor o utilidad para quién se beneficia de los mismos, y en qué medida (...)^{ccxxxvi}

Lo arriba establecido resulta claro, lo anterior tomando en cuenta que debido a las medidas implementadas por el Estado Mexicano el inversionista se vio privado de su utilidad económica.

Cuando se trata de arbitrajes de inversión y cláusulas de estabilización y renegociación y América Latina es imposible no mencionar a Venezuela, considerando que las últimas resoluciones sobre cláusulas de estabilización, expropiaciones y medidas equivalen a expropiación o expropiación progresiva.

Situación actual de los Contratos de Exploración y Extracción.

A pesar de las constantes amenazas del actual presidente de la Republica de revertir la reforma energética^{ccxxxvii}, dichos contratos no han sido modificados aún. No obstante, lo anterior, en diciembre del 2020, la Secretaría de Energía emitió un acuerdo por medio del cual se modificó la vigencia de los permisos de importación de hidrocarburos de 20 a 5 años.^{ccxxxviii}

Adicionalmente, dicho Acuerdo otorga facultades discrecionales a la Secretaría de Energía para negar los permisos de exportación en caso de que consideren que por cuestiones de política energética no resulta viable otorgar el permiso.^{ccxxxix}

No obstante, lo anterior, dicho cambio llevado a cabo por la Secretaría de Energía ha implicado un cambio en las condiciones de los Contratos de Exploración y Extracción, ya que, aunque los Contratos como tal, no se han visto modificados. Las circunstancias en las que fueron adjudicados los contratos si lo han sido, ya que no resulta viable realizar inversiones por periodos de 15 o 25 años si la posibilidad de exportar el crudo que generan sus operaciones se encuentra limitado por 5 años, sin seguridad jurídica de que se posible renovar los mismos.^{ccxi}

Los casos de arbitraje de inversión venezolanos.

En general, la activación de una cláusula de estabilización es provocada por la inestabilidad política, como se menciona al principio de este ensayo, el propósito de la cláusula de estabilización es evitar modificaciones al contrato y sus disposiciones con cambios de ley, sin embargo Hay casos en que el gobierno ignora la cláusula y rescinde los contratos de todos modos o obliga al CON a renegociar el contrato.

Un ejemplo perfecto de esta situación se puede ver con el caso de Venezuela y el proceso de Nacionalización llevado a cabo por Hugo Chávez en 1999, con el fin de darle la plena soberanía del petróleo de la nación a la nación^{ccxlii} Esto derivó en la creación de una nueva ley de Hidrocarburos. que aumentaron las regalías y las tasas impositivas para las actividades de hidrocarburos, pero únicamente para nuevos contratos.^{ccxlii}

Este cambio en las políticas del régimen fiscal también se generó porque el gobierno anterior otorgó términos fiscales excesivamente generosos a las empresas petroleras para promover la inversión.

Esta reducción de la regalía se otorgó en virtud de la Ley de Hidrocarburos de Venezuela de 1943 mediante la cual el gobierno venezolano pudo reducir la regalía para extender la vida productiva de los campos.^{ccxliii}

Sin embargo, en 2004 con la subida del precio del petróleo el gobierno de Venezuela elevó la consideración de estado con el fin de incrementar las consideraciones del gobierno y al final el gobierno venezolano expropió parte de las empresas obligando al COI a crear nuevas empresas denominadas “mixtas” empresas en las que PDVSA (Paraestatal de Venezuela) contaba con una participación del 60% en cada contrato.^{ccxliv}

El objetivo de este plan era apuntar a las ganancias inesperadas que la IOC estaba obteniendo del aumento de los precios del petróleo. Al final, esto obligó a la mayor parte del COI a renegociar con el gobierno de Venezuela e ir a participar en este esquema de “Compañía Mixta” o expropiar sus propiedades y contratos. Como le sucedió efectivamente a Exxon y Conoco-Philips a quienes les expropiaron sus bienes sin compensación alguna.^{ccxlv}

En consecuencia, esto dio lugar a varios arbitrajes de inversión en el marco del TBI entre los Países Bajos y Venezuela. El Arbitraje Cerro Negro se resolvió a favor de Exxon otorgándole a Exxon una compensación de más de mil millones de dólares por expropiación sin embargo esa parte del laudo fue anulado el resto de las compensaciones fueron los siguientes 179.3 millones por la expropiación de Ceiba y \$9,042,482 USD por las pérdidas por limitación de exportación y producción.^{ccxlvi}

Los reclamos que dieron fundamento a este laudo con base en los principios generales de los TBI fueron la expropiación sin la debida compensación y el incumplimiento del trato justo y equitativo en general.

El propósito de este ensayo no es analizar la situación de Venezuela ni discutir en detalle el Premio Cerro Negro-La Ceiba. Sin embargo, en mi opinión, la situación de Venezuela y en particular el Caso Cerro Negro, debe servir de ejemplo tanto a gobiernos como a inversionistas sobre el riesgo que implican las operaciones petroleras. Además, la historia de Venezuela podría repetirse con México.

Cláusulas de estabilización y su relevancia, aprendiendo de Venezuela.

La Reforma Energética Mexicana ha tenido resultados mixtos, sin embargo las últimas rondas y el primer Farmout realizado por Pemex han sido un gran éxito con 8 de las 11 áreas asignadas.

No obstante lo anterior Las operaciones petroleras están sujetas a riesgo político y al no existir una cláusula de estabilización general del contrato, los cambios en las regulaciones pueden afectar fácilmente el contrato e incluso si el contrato no se revoca los cambios en la ley pueden hacer que el contrato inviable.

El hecho de que específicamente los Contratos de Licencia contengan cláusulas de estabilización fiscal podría proteger al IOC de estar sujeto a condiciones fiscales injustas o abusivas. Sin embargo, los términos ambiguos de la cláusula de estabilización y además la falta de una definición concreta del término “Saldo fiscal del contrato” podrían complicar la situación.

Por otro lado, si miramos más de cerca la situación que desencadena la expropiación ola de Venezuela fue el repentino aumento de los precios del petróleo y el hecho de que el deseo de la Gobierno venezolano para captar inversiones derivadas de la apertura petrolera de 1970.^{ccxlvii}

Incluso si el gobierno mexicano ha dado términos atractivos en los contratos para que los IOC inviertan en el país e incluso ha permitido que los COI hagan comentarios a los contratos y cambien los términos de los mismos de acuerdo con las recomendaciones del IOC.

Los regímenes fiscales del contrato y la fórmula del lucro extraordinario pueden evitar caer en la misma situación que desemboca en la fase de expropiación de Venezuela.

Incluso si la situación del mercado es bastante diferente a la de principios de 2000 y los términos del contrato son diferentes a los de los contratos venezolanos. Existe la posibilidad de que México enfrente una situación similar.

Uno de los mayores riesgos del contrato de Licencia Mexicana es el hecho de que la terminación administrativa está regulada por la Ley Mexicana y es escuchada por los tribunales Administrativos Mexicanos. Por lo tanto, en caso de recesión total del contrato, el caso no será resuelto por un tribunal arbitral.

Sin embargo, como se ha mencionado anteriormente, la gran cantidad de tratados Bilaterales de Inversión que ha celebrado el Estado mexicano pueden crear una certeza o brindar una protección que el contrato en sí no puede brindar al inversionista debido a las limitaciones de la cláusula arbitral.

Conclusión

Después de analizar los diferentes tipos de cláusulas de estabilización y renegociación y ver cuál es la diferencia entre una cláusula de estabilización fiscal y una general. Brindando un panorama general de los resultados de la Reforma Energética Mexicana y los tipos de contratos que se utilizan en esa reforma.

Es posible concluir que la cláusula de reequilibrio fiscal mexicano puede ser una herramienta útil para evitar disputas entre las partes, pero el lenguaje ambiguo de la cláusula también puede ser una herramienta para que el Estado modifique unilateralmente los términos de la fórmula para establecer las consideraciones estatales o alterar el equilibrio contractual del contratista.

Sin embargo, como se mencionó anteriormente, el Contrato de Licencia Mexicano tiene un defecto grave en la cláusula de arbitraje, considerando que no otorga al tribunal arbitral la facultad de alterar la fórmula, por lo que las disputas que surjan del reequilibrio de la cláusula podrían considerarse no arbitrables. bajo el contrato.

Además, el hecho de que el reequilibrio de la cláusula no lo lleve a cabo la Comisión Nacional de Hidrocarburos sino el Secretaría de Hacienda podría dificultar incluso más la realización de un arbitraje en el marco del contrato.

Lo anterior considerando que el Secretaría de Hacienda no es parte del contrato y no tiene participación directa en el día a día de las operaciones de las petroleras y esto puede conducir a un reequilibrio que podría hacer completamente inviable todo el negocio bajo el contrato de licencia.

Por lo tanto, esto podría dar lugar a una serie de arbitrajes de inversión que podrían tener como base la falta de un trato justo y equitativo y medidas equivalentes a la expropiación.

Algunos buenos ejemplos de esta situación son los casos de Eureka BV contra la República de Polonia y EnCana Corporation contra la República del Ecuador; Sobre la cual el tribunal dictaminó que el incumplimiento de las cláusulas de estabilización podría considerarse falta de trato justo y equitativo y medidas equivalentes a expropiación.

Por otro lado haciendo un repaso de Venezuela Holdings, B.V. Mobil Cerro Negro Holding, LTD. Mobil Venezolana de Petróleos Holdings, INC. Mobil Cerro Negro, LTD. Y Mobil Venezolana de Petróleos Holdings, INC. Contra la República Bolivariana de Venezuela podemos ver que México podría estar enfrentando una situación similar a la de Venezuela si el candidato de extrema izquierda gana las elecciones.

En caso de que ocurra esta situación, la protección otorgada por los diferentes podría resultar útil para proteger a las empresas de las medidas abusivas tomadas por el gobierno mexicano.

Considerando las acciones que ha llevado a cabo últimamente el estado mexicano, no queda duda que las empresas petroleras, pronto comenzaran a desear que los contratos petroleros hubieran contado con cláusulas de estabilización y pronto comenzaremos a ver varios arbitrajes de inversión relacionados con dichos contratos.

BIBLIOGRAFÍA

- Acuerdo que establece que las mercancías cuya importación y exportación está sujeta a regulación por parte del Secretaría de Energía, Diario Oficial de la Federación, https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5608832&fecha=26/12/2020 ingreso el 24 de enero de 2021
- Contrato de Licencia Ronda 1.4.
- F.M. Maniruzzaman, "The pursuit of stability in international energy investment contracts: A critical appraisal of the emerging trends", [2008] J World Energy Law Bus 1 (2).
- EnCana Corporation v. Republic of Ecuador Award, LCIA Case No. UN3481, UNCITRAL, https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0285_0.pdf
- Europe Brent Spot Price FOB (Dollars per Barrel), U.S energy information administration <https://www.eia.gov/dnav/pet/hist/LeafHandler.ashx?n=PET&s=rbrte&f=D>
- JC Boué, "Enforcing Pacta Sunt Servanda? Conoco-Phillips and Exxon-Mobil Versus the Bolivarian Republic of Venezuela" [2014] Journal of International Dispute Settlement. Vol. 5.
- Joseph Nwaokoro, "Enforcing stabilization of international energy contracts" [2010] J World Energy Law Bus 3 (1).
- K. Peter Berger, Renegotiation and Adaptation of International Investment Contracts: The Role of Contract Drafters and Arbitrators, [2003], 36, Vanderbilt Journal of International Law.
- Ley de Hidrocarburos, 2014
- López Obrador promete revocar reforma energética, el Financiero (15 March 2017) <https://www.elfinanciero.com.mx/nacional/lopez-obrador-pide-respeto-a-eu-por-reforma-electrica/>
- Mexican Constitution, 1910
- "México cuenta con 12 Tratados de Libre Comercio", gob.mx, <https://www.gob.mx/se/articulos/mexico-cuenta-con-12-tratados-de-libre-comercio>
- M.Mansour & Dr C. Nakhle, "Fiscal Stabilization in Oil and Gas Contracts:Evidence and Implications", <<https://www.oxfordenergy.org/wpcms/wp-content/uploads/2016/01/Fiscal-Stabilization-in-Oil-and-Gas-Contracts-SP-37.pdf>> accessed 20 of april 2017.
- M. Sornarajah, "The International Law on Foreign Investment" (3th edn Cambridge University Press 2014)
- *Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. c. Arab Republic of Egypt*, Caso CIADI No. ARB/99/6, Laudo, 12 de abril de 2002, pár. 107
- *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. c. The United Mexican States*, Caso CIADI No. ARB (AF)/00/2, pár. 115
- P. Bernadini, Stabilization and adaptation in oil and gas investments, [2016] 1 World Energy Law Bus.
- Rondas Mexico, <<http://rondasmexico.gob.mx>> accessed 22 March, 2017.
- T.J. Pate "Evaluating Stabilization Clauses in Venezuela's Strategic Association Agreements for Heavy- Crude Extraction in the Orinoco Belt: The Return of a Forgotten Contractual Risk Reduction Mechanism for the Petroleum Industry" [2009] The University of Miami Inter-American Law Review, Vol. 40, No. 2.
- Venezuela Holdings, B.V. Mobil Cerro Negro Holding, LTD. Mobil Venezolana de Petróleos Holdings, INC. Mobil Cerro Negro, LTD. AND Mobil Venezolana de Petróleos Holdings, INC. v.The Bolivarian Republic of Venezuela, <<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4011.pdf>> accessed 3 of april 2017
- W.A. Otman "Appraising the Libyan Petroleum Agreements:A Comparative Analysis of Risk Factors & An Evaluation of their Effectiveness" [2007] OEGL 5 (4).

El arbitraje de emergencia: sus elementos y regulación en México



[Rodrigo Méndez Arellano](#)

Nota Curricular

Rodrigo Méndez Arellano es egresado de la Licenciatura en Derecho por el ITESM-CCM. Obtuvo los grados de Maestro en Derecho Internacional por el ITESM-Santa Fe, y el LLM en Comparative and International Dispute Resolution del Queen Mary University of London en Londres, Inglaterra. Desde el año 2010 es Socio Director de la firma MA International Legal Counsel en CDMX.

Resumen

El arbitraje de emergencia es una garantía de seguridad jurídica para la tramitación de medidas cautelares previo a la constitución del Tribunal Arbitral. Esto ha generado que su regulación esté incluida en los reglamentos de las principales instituciones arbitrales a nivel mundial. En el presente trabajo se analizará la evolución, los retos y la administración del arbitraje de emergencia en tres importantes instituciones de arbitraje en México

1.- Introducción

Tras haber transcurrido nueve años de la inserción de las reglas del Arbitraje de Emergencia en el reglamento de arbitraje 2012 de la Cámara de Comercio Internacional (ICC) esta figura ha sido de sumo interés dadas sus características primordiales: velocidad, predictibilidad y confidencialidad. Conforme a estadísticas del ICC en el Reporte sobre Arbitraje de Emergencia (Reporte ICC), hasta abril de 2018 se habían presentado 80 solicitudes para iniciar estos procedimientos. Así mismo el *International Centre for Dispute Resolution* (ICDR) en su reporte de 2016 informó haber recibido 60 solicitudes solicitando medidas cautelares a través de esta figura. Esta tendencia ha generado que las principales instituciones administradoras de arbitraje a nivel mundial modifiquen sus reglamentos. Consecuentemente, diversas legislaciones se han reformado como es el caso de Hong Kong y Singapur para facilitar la ejecución de sus resoluciones.

Esto ha permitido a los usuarios tener un mayor interés en acceder al procedimiento de arbitraje de emergencia para salvaguardar sus derechos y mantener el *estatus quo* hasta la emisión del laudo definitivo sobre los sistemas de medidas precautorias establecidos por las Cortes Nacionales.

En el presente trabajo se estudiará la figura del arbitraje de emergencia y su regulación en las principales instituciones de arbitraje en México. Profundizaremos en sus inicios y transición del “tercero” en el procedimiento pre-arbitral, la forma de acceder al arbitraje de emergencia, elementos para la constitución y debido proceso. Por último, se analizará la clasificación y efecto de sus resoluciones. Para realizar lo anterior se utilizarán métodos comparativos y descriptivos para identificar y tratar de clarificar los principales elementos del arbitraje de emergencia.

2.- ¿Arbitraje de emergencia o Cortes Nacionales?

El riesgo de que en un arbitraje la contraparte quede en insolvencia o de que se materialice un daño irreparable en el trascurso del proceso es muy frecuente. Debido a ello, el uso de herramientas que garanticen la obtención de medidas cautelares se ha convertido en una necesidad. Gary Born define a las medidas precautorias como: laudos u órdenes dictadas con el propósito de proteger a una o ambas partes de un arbitraje de daños durante el procedimiento arbitral.

Derivado de esto, la primera duda que se genera es ¿cuál es momento preciso para la solicitud de estas medidas cautelares en un arbitraje?, y la segunda es ¿a quién debo pedir estas medidas? Inicialmente se debe considerar que, se pueden solicitar medidas cautelares ante las Cortes Nacionales en cualquier momento durante el trámite del asunto. En cuanto al Tribunal Arbitral, dependiendo de la institución se le podrán solicitar las medidas cautelares una vez constituido o una vez que le sea remitido el expediente al Tribunal. Pero ¿qué sucede en el momento previo a esta materialización del Tribunal Arbitral? Este es justo el momento exacto en el cual se puede acceder al proceso del árbitro de emergencia. Su actuación estará comprendida previo a la presentación de la solicitud de arbitraje y hasta la constitución del Tribunal. En consecuencia, previo a la creación del Tribunal, las opciones para tramitar medidas cautelares recaerán en dos instituciones a elección del solicitante, ya sea ante las Cortes Nacionales o frente al Árbitro de Emergencia.

Ahora bien, aquellas personas que participan en un procedimiento arbitral y desean acceder a estas medidas en nuestro país podrían optar a cualquiera de las dos vías previamente referidas para obtenerlas. Esto se debe a que, tal y como lo señala Francisco González de Cossío, la legislación mexicana contempla una jurisdicción concurrente entre las Cortes Nacionales y los Tribunales Arbitrales en relación con la emisión de medidas precautorias, a menos que las partes hayan pactado lo contrario.

Esta dualidad se encuentra consagrada en los artículos 1433 y 1479 del Código de Comercio de México. En el primero se reconoce la facultad para solicitar y conceder medidas cautelares al Tribunal Arbitral, y en el segundo se otorga la denominación de vinculante a las medidas cautelares dictadas por los árbitros, instruyendo a los jueces la obligación de ejecutar las mismas cuando les sea solicitado. Esto implica que la orden o laudo que sea emitido por un árbitro de emergencia en caso de que se requiera su ejecución podrá presentarse ante el juez competente en las Cortes Nacionales para que pueda ejecutar con su *imperium* la misma.

En un precedente, los Tribunales Constitucionales mexicanos han identificado la concurrencia de sistemas como consta en el siguiente criterio jurisprudencial:

Registro digital: 2012480, Aislada, Materias(s): Civil, Décima Época Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Tomo: Libro 34, septiembre de 2016 Tomo IV, Tesis: I.4o.C.34 C (10a.), Página: 2878

PROCEDIMIENTO PARA LA ADOPCIÓN JUDICIAL DE MEDIDAS CAUTELARES VINCULADAS AL ARBITRAJE. ESTÁ SUJETO A DISCRECIÓN AMPLIA DEL JUZGADOR.

La interpretación sistemática y funcional de los artículos 1425, 1470 fracción III, 1472 a 1476 y 1478 del Código de Comercio, permite conocer que la discreción plena otorgada expresamente al juzgador, en el último precepto indicado, tiene por objeto propiciar la integración de un procedimiento revestido de la máxima flexibilidad, que posibilita sustanciar y resolver los procesos sobre adopción de medidas cautelares por la autoridad jurisdiccional, ante la diversidad impredecible de situaciones que se pueden presentar en cada caso concreto, de difícil previsión y solución con preceptos o reglas, lo que está reconocido implícitamente por el propio legislador, al conceder tan amplias facultades a los Jueces, lo que revela que el legislador estuvo consciente de que no formó un procedimiento específico y ad hoc para la adopción de medidas cautelares por el juzgador, sino uno general para ventilar conflictos de distinta naturaleza, grado de dificultad y finalidad, como son la resolución sobre la competencia del tribunal arbitral, cuando se determina en una resolución que no sea un laudo sobre el fondo del asunto, la nulidad de transacciones comerciales y laudos arbitrales, y el reconocimiento y ejecución de laudos, ante lo cual dotó al operador jurídico de las herramientas adecuadas y suficientes para que pudiera adaptar ese procedimiento genérico a las necesidades de cada caso concreto, a fin de dar satisfacción y la respuesta idónea, adecuada y proporcional, a cada particularidad que se presente, y evitar así que la rigidez procedimental pudiera conducir a la frustración de los fines sustanciales de las medidas cautelares, consistente en anticipar la posible ejecución de un eventual fallo favorable para el actor, en la controversia principal, conjurando así, los daños irreparables o de difícil reparación que se le pudieran causar por la necesaria dilación del procedimiento de conocimiento; de modo que dentro de esas facultades discrecionales queda comprendida la de decretar durante el procedimiento, las medidas solicitadas con carácter interino y flexible, susceptibles de revisión y modificación, ante la existencia de nuevos hechos o elementos, durante la secuencia procedimental, y al final en la resolución cautelar definitiva. Desde luego, la concesión y ejercicio de esas facultades no llega al extremo de darle carta blanca al operador jurídico para decidir subjetivamente lo que quiera, sino debe sujetarse a estándares de racionalidad y coherencia, acordes con el sistema de fuentes preponderante, las reglas torales de la lógica, la experiencia y la proporcionalidad, constantes en la decisión, mediante un discurso de justificación presentado bajo los mismos parámetros, que funjan como contrapeso al exceso de esa potestad discrecional. En estas condiciones, el procedimiento previsto en los artículos 1472 a 1476 de la normatividad citada, es un camino por el que necesariamente debe transitar el Juez, sin apartarse de él, sin perjuicio de que en el recorrido allí marcado, pueda y deba hacer todos los ajustes necesarios para atender cada particularidad con la que se enfrente. Si se interpretara que fatalmente, el Juez debe esperar hasta la sentencia conclusiva del procedimiento, para la adopción de medidas cautelares, esto daría amplia oportunidad para que la eficacia de las que se tomaran al final del procedimiento, se vieran en peligro de no surtir los efectos reales para los que están destinadas, porque los afectados conocen desde el emplazamiento, y quedarían en aptitud de evadirlas en los hechos.

CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo en revisión 41/2016. Seguros Argos, S.A. de C.V. y otros. 23 de junio de 2016. Unanimidad de votos. Ponente: Leonel Castillo González. Secretaria: Cynthia Hernández Gámez. **(énfasis añadido)**

Por lo tanto, conforme al anterior criterio se identifica que el legislador proveyó al juez nacional con los procedimientos y elementos necesarios, así como con flexibilidad para brindar apoyo y ejecutar las medidas cautelares necesarias que hubiesen sido dictadas por los Tribunales Arbitrales con el fin de garantizar la ejecutabilidad del laudo que concluya el arbitraje.

Ahora bien, ¿si la medida tiene que pasar por un juez, no sería mejor acudir a una corte nacional? Para responder a esta interrogante, es necesario precisar que existen varios elementos que se ven afectados al tramitar este tipo de medidas ante los jueces nacionales. Entre los principales L. C. Roncancino identifica la ausencia de confidencialidad, poca eficiencia, lentitud, rigidez, posible parcialidad a favor de las partes nacionales y carencia de especialización de los jueces y magistrados de la jurisdicción sobre temas específicos de la controversia. De estos elementos se podría subrayar la lentitud como el principal obstáculo dado que el árbitro de emergencia es una institución que se utiliza en un momento específico previo a la formación del Tribunal Arbitral y que su actuar está influenciado por la premura.

Por lo tanto, el ordenamiento mexicano resulta amistoso para la utilización de los procesos de arbitraje de emergencia, debido a la concurrencia que existe entre Cortes Nacionales y Tribunales Arbitrales, así como al efecto vinculatorio de las resoluciones de estos últimos que obligan a los jueces a su ejecución. Estos elementos fueron desarrollados a través de la experiencia recogida por figuras previas a nivel mundial como lo fue el “tercero” en el procedimiento pre-arbitral. Esta institución previa adoptada por ICC enfrentó grandes retos que sentaron las bases del nuevo sistema precautorio de emergencia. Por lo tanto, con el fin de ilustrar esta evolución se analizará el predecesor del árbitro emergente.

3.- Procedimiento Pre-arbitral

La figura del procedimiento pre-arbitral fue el primer ejercicio para reglamentar el uso de medidas cautelares fuera de las Cortes Nacionales. Este proceso fue incorporado a las reglas ICC de 1990 como un reglamento adicional y para poder accionarlo las partes requerían realizar un acuerdo previo o posterior comprometiéndose a someterse a su regulación. Estas reglas resultaron ser una solución independiente de las Cortes Nacionales para poder solicitar el establecimiento de medidas de protección en el periodo previo a la constitución del Tribunal Arbitral. Cuando una solicitud era presentada ante la secretaria del ICC, el proceso daba inicio y ambas partes seleccionaban al denominado “tercero” que sancionaría el procedimiento. El “tercero” debía ser elegido en un término de ocho días y su resolución debía de ser emitida a más tardar treinta días después de haber recibido el expediente.

Sin embargo, este tipo de procedimientos no demostraron ser muy populares para las partes. Como lo reportaron A. Carlevaris y J. R. Feris, al concluir los primeros veinticuatro años de aplicación del reglamento de pre-arbitraje, únicamente se presentaron 14 solicitudes para utilizar este procedimiento ante el ICC. Estos autores consideraron que, el desinterés de las partes al procedimiento pre-arbitral se debía a dos principales motivos. En primer lugar, las reglas del procedimiento, como se mencionó previamente eran un cuerpo normativo separado de las reglas del ICC y, por lo tanto, necesitaba conforme a la teoría del *opt-in* un acuerdo entre las partes aceptando su aplicación. En segundo lugar, las reglas del procedimiento pre-arbitral definían al juzgador como un “tercero” y no como un árbitro, lo que generó dudas entre la naturaleza arbitral y contractual de esta figura en las diversas Cortes Nacionales.

Haciendo énfasis en la segunda perspectiva, las Cortes Nacionales mostraron actitudes negativas a la figura del “tercero”. Un claro ejemplo fue la decisión del 29 de abril de 2003 emitida en el asunto *TEP Congo VS. República del Congo* por la Corte de Apelación de París. Esta Corte consideró que el “tercero” en el procedimiento pre-arbitral no actuaba como un árbitro, por lo que su orden no podía ser considerada como una sentencia o laudo arbitral. En consecuencia, esta decisión impuso un precedente negativo trascendental a la figura del procedimiento pre-arbitral, encaminándola a su eliminación de los posteriores reglamentos de los Centros de Arbitraje. No obstante, las diversas instituciones de arbitraje identificaban la necesidad de contar con una nueva figura con mayores facultades, cuyas resoluciones pudieran ser efectivas y ejecutables. Aunado a lo anterior algunos países como Singapur en 2012 y Hong Kong en 2013 modificaron sus legislaciones nacionales para favorecer la ejecución de estas resoluciones. Esto trajo como resultado la sustitución del “tercero” por la del nuevo sistema denominado Arbitro de Emergencia.

4.- El Arbitraje de Emergencia

Tras haber transcurrido veinte años desde la creación de la figura del “tercero” en el procedimiento arbitral, en 2010 surgió la figura del árbitro de emergencia en reglamentos de instituciones arbitrales en Singapur y Hong Kong, derivado de las lecciones previamente aprendidas en asuntos como el de *TEP Congo VS. República del Congo*. Dicha transformación no solo vio cambios en cuanto a su nombre, sino que también en cuanto a su aplicación y funciones. Con la finalidad de comprender mejor el sistema de arbitraje de emergencia, a continuación, se explicará esta figura iniciando con cómo se puede participar en el mismo.

4.1- ¿Cómo se participa en el arbitraje de emergencia?

A diferencia de la solicitud de medidas cautelares ante las Cortes Nacionales, en el arbitraje de emergencia no se puede proceder con medidas *ex-parte*. Esto quiere decir que, el procedimiento arbitral de emergencia no goza de cualidad de sorprender a la contraparte con la imposición de la medida. Al igual que el arbitraje ante el Tribunal Arbitral, la voluntad de las partes es trascendental para la procedencia del proceso. En este sentido la determinación para poder participar se sujetará al acuerdo o acuerdos arbitrales, así como a las reglas de arbitraje a las que dicho acuerdo haga referencia.

4.2.- El acuerdo arbitral

Para que pueda existir un procedimiento de arbitraje de emergencia, es fundamental que las partes celebren un acuerdo arbitral, tal como lo establece la regla 29(5) del reglamento de arbitraje de la ICC. Esta norma no impide la posibilidad de participar en un arbitraje de emergencia con múltiples partes o múltiples contratos, pero sí excluye la posibilidad de solicitar medidas cautelares en contra de terceros que no formen parte del acuerdo arbitral. Al respecto en el reporte del ICC se identificó que, en 22 ocasiones se promovieron aplicaciones que involucraban a más de dos partes, teniendo como máximo en un caso a cuatro partes solicitantes y diez que contestaban. En cuanto a los arbitrajes multi-contratos se identificaron 27 aplicaciones, siendo el más relevante uno que incluía seis contratos relacionados con cláusulas arbitrales compatibles.

Por lo tanto, el acuerdo arbitral permite identificar a las partes que podrán participar en el arbitraje de emergencia, aunque se debe recordar que existen otras restricciones a la procedencia del proceso cautelar. Esta se sujeta a la doctrina *Opt-out*, la cual se determinará por las normas arbitrales y la voluntad de las partes, tal como se expondrá a continuación.

4.3.-Doctrina del Opt-in y Opt-out

Para identificar la aplicación de esta figura se iniciará haciendo referencia de nueva cuenta al procedimiento pre-arbitral del ICC. Para que las partes pudieran acudir a un trámite bajo este sistema era necesario haber generado un pacto por escrito en el cual las partes aceptaran sujetarse a las reglas especiales de esta figura. Por lo tanto, la configuración del *opt-in* requería que la voluntad de las partes se viera reflejada por escrito, no siendo suficiente que las partes aceptaran sujetarse a las reglas ICC. Esto se generaba en virtud de que el procedimiento pre-arbitral no formaba parte del cuerpo normativo original de las reglas.

En resumen, el *opt-in* era una manifestación escrita de las partes demostrando su intención de contar con la medida cautelar.

Por otra parte, la configuración de la doctrina *opt-out* implica que, la reglamentación del árbitro de emergencia operará por defecto al convenirse arbitraje en un contrato, disposiciones que sólo serán inaplicables en el evento que las partes expresamente así lo establezcan. Esto implica que si las partes acordaran que no es su voluntad participar en dicho procedimiento podrán excluir esta parte del reglamento, sin que implique que no puedan solicitar medidas cautelares ante Cortes Nacionales o que lo acuerden con posterioridad.

Como última restricción, para que pueda proceder el arbitraje de emergencia se requerirá que las partes no hayan pactado otro procedimiento cautelar diverso. En este supuesto se ubican los casos de arbitraje de construcción, y en particular en los modelos de contrato que incluyen Dispute Boards facultados para establecer medidas provisionales. Como ejemplo principal en este tipo de contratos se tiene el modelo de contratos FIDIC, que cuentan con la institución del Dispute Board facultado para imponer medidas cautelares.

En resumen, para poder acceder a un procedimiento de arbitraje de emergencia se necesitará cumplir con tres supuestos. El primero, que las partes convengan el sujetarse a las reglas de arbitraje de una institución que tenga reglamentada esta figura para la procedencia del proceso precautorio de emergencia. El segundo, que las partes no hubiesen pactado un proceso previo con la misma finalidad. Y por último, que no hubiesen pactado o acordado el renunciar a las normas del arbitraje cautelar.

Ahora bien, resulta pertinente identificar los presupuestos normativos de la teoría del *opt-out*, tanto en la legislación mexicana, como en los reglamentos arbitrales del país. El primer precedente se ubica en el artículo 1433 del Código de Comercio. En este numeral se prevé la posibilidad de excluir al arbitraje de emergencia mediante acuerdo de las partes, de lo contrario el marco normativo arbitral será aplicable. Por lo que respecta a las normativas de las principales instituciones de arbitraje en México se puede identificar que éstas regulan la doctrina del *opt-out*.

Para comenzar el artículo 29 (6) del reglamento ICC estipula las excepciones por las cuales no procederá el arbitraje de emergencia: 1.- Que el acuerdo de arbitraje fuera concluido antes de la fecha de entrada en vigor del reglamento; 2.-Que las partes hubiesen optado por excluir las disposiciones de medidas cautelares de emergencia; y 3.- Que las partes hubiesen acordado otro procedimiento pre-arbitral que prevea el otorgamiento de medidas cautelares. Por su parte la CANACO contempla en su reglamento la doctrina del *opt-out* como se describe a continuación. En su artículo 50(1) determina que el denominado “arbitraje de urgencia” procederá, salvo pacto en contrario. Por otra parte, establece que los acuerdos arbitrales que autoricen la aplicación de estas normas deberán haber sido celebrados previo a la entrada en vigor de las reglas de esta institución, misma que data al 09 de junio de 2008.

Por lo tanto, en México se debe comprender que al pactar una cláusula arbitral y acordar sujetarse a un reglamento institucional las partes se acogen a las medidas de arbitraje de emergencia insertas en dicho ordenamiento salvo la aplicación del *opt-out* que implica un pacto en contrario. En consecuencia, de proceder con el arbitraje, las partes deberán sujetarse a las diversas reglas procesales entre las cuales se destaca como una de las más importantes el nombramiento del árbitro.

5.- El nombramiento del árbitro de emergencia

La designación del árbitro suele ser uno de los elementos de debido proceso de mayor relevancia en la creación de un Tribunal Arbitral. En todo caso el no participar en la decisión suele ser considerado como una de las principales violaciones procesales para promover la nulidad del laudo. Cuando se instituyó el procedimiento pre-arbitral en las reglas de 1990 se contemplaba que el nombramiento del árbitro se realizaba por acuerdo de las partes. Esta situación se gestó pensando en evitar futuras objeciones a su nombramiento.

A diferencia del Tribunal Arbitral y del procedimiento pre-arbitral, el árbitro de emergencia no es seleccionado directamente por las partes. No obstante, al aceptar las reglas de las instituciones las partes se someten a la designación del árbitro de emergencia que éstas realicen. Por lo general serán los presidentes o secretarios generales de las instituciones quienes designarán a estas autoridades, buscando con ello reducir el periodo del nombramiento al mínimo.

En cuanto a las legislaciones de las principales instituciones en México se puede constatar que la designación del árbitro emergente corre a cargo de funcionarios miembros de las cámaras de arbitraje, relevando de dicha labor a las partes. Por ejemplo, el artículo 2(1) del apéndice V de las reglas ICC establece que el presidente de la Corte será el responsable del nombramiento del árbitro. Este nombramiento se deberá de realizar previa a la transmisión del expediente al Tribunal Arbitral. Por su parte la Canaco mantiene un criterio similar en cuanto a la designación del árbitro. Dicha pauta se encuentra contenida en el numeral 50 (3) de su reglamento arbitral en el cual nombra como responsable de la designación del árbitro a la Comisión. Esta tendencia también se ve replicada en el reglamento del Centro de Arbitraje de México (CAM). El numeral 30 Bis (1) de dicho ordenamiento contempla el proceso de la selección del árbitro de emergencia. Para el inicio del arbitraje se deberá de presentar la solicitud al Secretario General, quien será el responsable de nombrar al árbitro emergente. Adicionalmente, en este reglamento se puede identificar una condición extra que no se menciona en los otros ordenamientos: el candidato a elegir no podrá tener la misma nacionalidad que las partes en el arbitraje.

Este último requisito del reglamento del CAM, aunque está enfocado a evitar nulidades, desde una perspectiva temporal podría implicar una piedra en el camino que obstaculice el nombramiento. De igual manera, podría complicar la posibilidad de encontrar a un experto en el tema que sea imparcial y que esté disponible para participar de manera pronta en la resolución del conflicto. No obstante, sería prudente considerar que esta norma fue diseñada contemplando la probabilidad de que el árbitro de emergencia llegara a participar como miembro del Tribunal Arbitral.

5.1 ¿El árbitro de emergencia puede formar parte del Tribunal Arbitral?

Este tema presenta dos posibles respuestas dependiendo de la institución que administre el proceso. En el caso particular de México, las principales cámaras de arbitraje regulan este aspecto con perspectivas diversas. Por un lado, el ICC establece en el artículo 2(6) del apéndice V una prohibición al árbitro de emergencia. Mediante ésta le impide actuar como árbitro en cualquier arbitraje relacionado con la controversia que dio origen a la petición. Por otro lado, la perspectiva de la CANACO y el CAM son contrarias, en virtud de que estos dos reglamentos privilegian la voluntad de las partes. En este sentido estos reglamentos establecen en sus artículos 50(6) y 30 Bis (5) que los árbitros de “urgencia” solamente podrán participar si las partes así lo acordaron.

La diferencia de criterios surge de los esfuerzos de la ICC para evitar que el Tribunal Arbitral se encuentre viciado en su juicio al contar con un miembro que ya garantizó previamente una medida precautoria. Desde una perspectiva particular, el que un juzgador haya dictado una medida previa no debiera interferir con la imparcialidad e independencia con la que deben de contar los miembros del Tribunal Arbitral. Por lo tanto, podría resultar beneficioso el permitir a las partes, si es su voluntad integrar a esta persona como miembro del Tribunal Arbitral. Ahora bien, el paso siguiente que se analizará refiere al tiempo para la designación del árbitro de emergencia, teniendo en cuenta que la prontitud de su designación pudiera implicar una diferencia sustancial irreparable para una de las partes en cuanto a daños.

5.2.- Tiempo y Dinero para designar al árbitro de emergencia

Existe un viejo dicho popular que reza “el tiempo es oro”. Esta frase cobra un valor significativo cuando se reflexiona en la urgencia que envuelve a una solicitud de medidas precautorias presentada ante un árbitro de emergencia. Tomando en consideración que, uno de los objetivos para la creación de este proceso fue el poder llenar el vacío temporal previo a la constitución del Tribunal Arbitral, la expedites en la que se constituya el procedimiento de emergencia podría representar el éxito de laudo final.

Dependiendo de la institución la transmisión del expediente a los árbitros puede llegar a tardar de mes y medio a tres meses. Desafortunadamente en continuas ocasiones resulta imposible sujetarse a los términos del arbitraje. Por ello cuando surgió la figura del “tercero” en el procedimiento pre-arbitral se implementó lo que se consideraba como un periodo corto para la designación del juzgador de emergencia. Conforme a las reglas del procedimiento pre-arbitral el tiempo límite para su nombramiento sería de ocho días. No obstante, con la implementación de los reglamentos de árbitro de emergencia el tiempo se redujo considerablemente, como se precisa a continuación.

En primer lugar, el reglamento ICC plantea que el árbitro de emergencia debe de designarse en el menor tiempo posible, previendo como término dos días tras la recepción de la demanda. Como se puede identificar, no se particulariza sobre si serán días hábiles o naturales. Por otro lado, la CANACO en sus reglas si hace una referencia respecto a la clasificación de los días. Esta diferenciación se encuentra plasmada en su artículo 50(3), el cual impone como plazo el día siguiente hábil a la recepción de la notificación de la demanda. Por su parte el reglamento del CAM no especifica un término en particular.

En este aspecto se remite únicamente a indicar en su artículo 30 Bis (2) que el nombramiento se realizará a la brevedad posible. Asimismo, este reglamento adiciona otra condicionante enfocada en que quien promueva deberá cubrir la provisión de fondos prevista en el párrafo 7 del mismo artículo.

Por lo que respecta al pago de fondos, ICC cuenta con una reglamentación similar. Esta se ubica en su artículo 7 del apéndice V, en el cual se prevé que para poder notificar la petición de las medidas cautelares a la contraparte será necesario acreditar el pago de los costos del arbitraje. En cuanto a la CANACO no se hace referencia a que el pago sea una formalidad necesaria para participar en el procedimiento. Sin embargo, este reglamento no omite indicar que la comisión fijará los honorarios del árbitro de urgencia.

A resumidas cuentas, la reducción en el tiempo de designación entre el procedimiento pre-arbitral y los arbitrajes de emergencia parece adecuada teniendo en cuenta el sentido de urgencia que motiva estas aplicaciones. No obstante, el criterio de la CANACO de sujetarlo a días inhábiles parece inadecuado considerando que en muchas ocasiones las medidas cautelares pueden ser necesarias de momento a momento e incluso en días inhábiles. En cuanto al requisito económico, se debe recordar que este implica una formalidad en algunos reglamentos para la activación del procedimiento. La obligación de cubrir los costos en muchas ocasiones puede desincentivar la utilización del proceso e incentivar a las partes a convenir.

Un último detalle que resulta pertinente retomar del término para nominar al árbitro implica la posibilidad de recusar al mismo. Desafortunadamente, la urgencia puede ser un factor que opere en contra de la designación del árbitro. Consecuentemente, el contar con un día adicional como sucede con el reglamento de ICC podría brindar la posibilidad de investigar al juzgador para determinar si vale la pena recusar al mismo.

5.3.- Posibilidad de recusar

Uno de los requisitos que los reglamentos institucionales de arbitraje imponen al árbitro de emergencia es el manifestar cualquier circunstancia que ponga en duda su imparcialidad e independencia. Esta obligación resulta vital para la efectividad de las ordenes o laudos que llegue a dictar el árbitro de emergencia. En particular teniendo en cuenta que las partes podrían intentar anular la resolución argumentando que la designación de este fue impuesta por los centros de arbitraje.

Para ello, los reglamentos arbitrales incluyen como una garantía procesal la posibilidad de solicitar la recusación del árbitro de emergencia. Increíblemente, aunque pudiera parecer que esta medida sería de uso común, conforme a las estadísticas emitidas en el reporte del ICC de los primeros 80 arbitrajes de emergencia, únicamente se promovió el proceso de recusación en cuatro ocasiones y en todas resultó infructuoso.

Ahora bien, ¿cuál es el procedimiento que se sigue para la recusación de los árbitros de emergencia? El reglamento de ICC contempla el procedimiento de recusación en el artículo 3 del apéndice V. Este prevé que su promoción deberá de realizarse dentro de los tres días siguientes a que la parte que promueve se haya enterado de la notificación del árbitro. En este proceso se le dará oportunidad al árbitro y a las partes de presentar sus comentarios y será resuelto por la Corte del ICC. Por su parte, el reglamento de la CANACO no establece quién estará a cargo del proceso de recusación en su regulación de la figura del árbitro de urgencia. Sin embargo, los artículos 15 y 16 de su reglamento de arbitraje prevén la recusación de miembros del Tribunal Arbitral. En este proceso se concede a las partes la posibilidad de presentar sus argumentos para la recusación y la determinación será emitida por la Comisión de la Cámara. En cuanto al término, para su promoción concede un día hábil posterior a la recepción de la comunicación de designación del árbitro y de las circunstancias que hubiese revelado que puedan afectar su independencia e imparcialidad. Por último, el reglamento del CAM establece que la parte que pretenda recusar al árbitro de urgencia deberá de hacerlo el día posterior a la notificación del nombramiento de urgencia. Pero este reglamento es omiso en brindar mayores indicaciones sobre cómo se desarrollará el proceso de recusación del árbitro de emergencia, salvo que deberá de ser presentado ante el Secretario General del centro. Esto permite inferir que el proceso de recusación se deberá sujetar al previsto en el reglamento para los miembros del Tribunal Arbitral que se consagra en el artículo 17 del reglamento del CAM. Dicho proceso prevé la garantía de audiencia para las partes, así como para los miembros de Tribunal, y plantea que su resolución será emitida en un plazo razonable.

Al respecto, parecería necesaria una reforma a los reglamentos del CAM y la CANACO que concediera mayor claridad sobre cómo se desarrollará el proceso de recusación. En particular considerando que sus procesos contemplan términos que podrían ser excesivos dada la naturaleza del arbitraje de emergencia que se rige por la urgencia. De todas maneras, se debe destacar que conforme a las estadísticas del ICC el proceso de recusación no ha impuesto una tendencia, ni ha brindado resultados exitosos a aquellos usuarios que lo han intentado promover. Por último, se debe destacar la protección al debido proceso que se brinda al permitir a las partes y a los árbitros, la oportunidad de presentar sus argumentos.

Ahora bien, ya que se ha analizado la designación del árbitro de emergencia tanto en forma, tiempo y su posibilidad de recusación, el paso siguiente implica identificar cómo funcionará la tramitación del proceso de emergencia arbitral.

6.- Proceso ante el árbitro de emergencia

Conforme al reporte de ICC, a partir de la entrada en vigor del árbitro de emergencia y hasta abril de 2018 se habían presentado un total de 80 solicitudes de arbitraje de emergencia, de las cuales únicamente en dos casos el presidente determinó que no procedían las mismas. En esencia, únicamente el 2.5% de los asuntos no cumplieron con los requisitos de la solicitud para la admisión del caso. Esto no implica que los otros 78 asuntos se hayan resuelto favorablemente, sino que cumplieron con los elementos básicos para ser tramitados. En el presente apartado se ilustrarán cuáles son los requisitos procedimentales que se deben seguir en el proceso arbitral y cómo se desahogará el mismo.

6.1.- Solicitud y Calendario Procesal

Para poder activar el procedimiento arbitral es necesario que se presente una solicitud de arbitraje de emergencia. A diferencia de lo que cualquiera podría pensar, en reglamentos como en el de ICC se prevé que las partes pueden intentar proceder con el proceso de emergencia sin siquiera haber presentado la solicitud de arbitraje principal. No obstante, al activar el procedimiento de emergencia se requerirá a su promovente la presentación de la solicitud principal bajo el apercibimiento de dar por concluido la jurisdicción de emergencia.

Como requisito de procedencia, la mayoría de los reglamentos requieren a las partes el proporcionar tres elementos básicos que son: a) La indicación de qué medidas se solicitan; b) La Justificación de la urgencia de las medidas; y c) La descripción de los hechos que dieron origen a la solicitud. Como se analizará más adelante, no todas las instituciones en México plantean estos requisitos en sus reglamentos, aunque esto no descarta que las instituciones arbitrales las tomen en cuenta para proceder. Una vez justificados estos elementos se dará trámite a los asuntos, para lo cual lo más común sería la utilización de un calendario procesal. No obstante, las instituciones arbitrales deben de conceder al árbitro de emergencia la mayor flexibilidad para la conducción que considere adecuada para el proceso.

A continuación, se analizarán las reglas de las principales administradoras de arbitraje en México referentes a la solicitud y conducción del arbitraje de emergencia. Por lo que respecta al proceso ante ICC la solicitud se deberá de presentar por escrito acompañada de copias suficientes para las partes, el secretario y el árbitro. Esta solicitud se presentará ante el “secretario” y dentro de su contenido se destaca los siguientes requisitos en cuanto al fondo de la petición: 1.- Una descripción de las circunstancias que ha dado origen a la petición; 2.- Una indicación de las medidas de emergencia solicitadas y; 3.- Las razones por las cuales el peticionario necesita medidas provisionales o conservatorias urgentes que no pueden esperar a la constitución del Tribunal Arbitral. Por lo que respecta a la formalidad se destaca que será necesario que la solicitud este redactada en el idioma del arbitraje y que contenga el acuerdo de arbitraje, incluyendo si hay acuerdo en cuanto a la sede, normas jurídicas aplicables e idioma, así como la prueba de haber realizado el pago de la solicitud de arbitraje de emergencia. Además, se podrán presentar otros documentos que se consideren necesarios y relevantes, como, por ejemplo, evidencias. Por último, este proceso ante el ICC permite su presentación previa al depósito de la solicitud de constitución de un Tribunal Arbitral, por lo cual quien promueva en esta situación deberá presentar la solicitud pertinente en un término de 10 días, de lo contrario el procedimiento se dará por terminado. De cumplir con los requisitos listados con antelación el presidente de la Corte dará trámite al procedimiento de árbitro de emergencia, de lo contrario se informará a las partes que el mismo no tendrá lugar.

Asimismo, el reglamento de arbitraje de ICC contempla que será responsabilidad del árbitro el establecimiento de un calendario procesal, el cual deberá de ser elaborado en el menor tiempo posible, imponiendo como plazo normal los dos días siguientes a la recepción del expediente por parte del árbitro de emergencia. Por su parte, el reglamento de la CANACO enumera una menor cantidad de requisitos para la solicitud. En esta reglamentación, únicamente se indica que quien requiera una medida urgente de protección previa a la constitución del Tribunal deberá solicitarla a la Comisión. Dicha notificación puede ser entregada por correo electrónico, fax, o a través de otros medios confiables. En cuanto al calendario procesal, este reglamento indica que, tras el nombramiento del árbitro de emergencia, éste contará con dos días hábiles para establecer el calendario procesal.

Por su parte, el proceso ante el CAM iniciará mediante la presentación de la solicitud ante el Secretario General. Esta solicitud deberá de ser realizada por escrito indicando la naturaleza de la providencia solicitada y las razones por las que dicha parte considera que tiene derecho a tal providencia. Asimismo, la solicitud deberá acompañarse del número de copias indicadas en el artículo 3 de estas reglas, el cual indica que se entregarán copias para las partes, para el árbitro y para el Secretario General. Por último, este reglamento requiere el pago de los gastos del trámite del proceso de emergencia para poder proceder. Por otro lado, es omiso en mencionar si el árbitro emitirá un calendario procesal o cómo procederá en caso de que no sea admitido a trámite la petición. Esto permite inferir que el proceso será flexible a discreción del árbitro de urgencia para dictar el resultado pertinente.

En resumen, los principales componentes que se deben tener en cuenta al momento de presentar una solicitud de arbitraje de emergencia se enfocan en hacer constar el sentido de urgencia, la naturaleza de la medida y las circunstancias que la generaron. Una vez superada la etapa inicial que implica la admisión de la petición, los árbitros de emergencia deberán conducir el proceso conforme a su calendario procesal o de la manera que consideren adecuada para cumplir su objetivo. Esto genera la siguiente duda: ¿únicamente se resolverá con los escritos o puede haber otro tipo de actuaciones?

6.2.- Garantía de audiencia

Entre los principales aspectos a revisar cuando una de las partes busca anular un laudo arbitral se encuentra la figura del debido proceso. La violación que comúnmente se le relaciona a esta prerrogativa procesal es una afectación a la garantía de audiencia. Las trasgresiones que se pueden englobar en esta categoría contemplan a la notificación y el que las partes reciban un tiempo razonable para exponer su caso. Por lo tanto, el proceso de arbitraje de emergencia, contrario a lo que se podría pensar se sujeta a estas reglas. Pero ¿en dónde se encuentra la distorsión? Por lo general las partes que solicitan medidas cautelares buscan aplicar el factor sorpresa, por ello, el procedimiento ante las Cortes Nacionales suele ser *ex-parte*. Esto implica que, el posible afectado no tendrá conocimiento de la medida cautelar hasta que la misma sea ejecutada en su contra. Sin embargo, el proceso arbitral no actúa de la misma manera. Como se constatará de los diversos reglamentos institucionales en el proceso cautelar de emergencia se deberá de notificar a la parte demandada y se les concederá a ambas partes una oportunidad razonable para presentar su defensa.

En relación con el tema de la garantía de audiencia el reglamento de ICC contiene varias consideraciones. En primer lugar, la notificación a la contraparte, con el fin de garantizarle el formar parte en el proceso. En segundo lugar, la garantía de que tendrán una oportunidad razonable para presentar su caso. Por último, este reglamento hace referencia a la posibilidad de celebrar reuniones personales en cualquier lugar que el árbitro de emergencia considere apropiado e incluso a través de videoconferencia, teléfono o medios similares. El reglamento de la CANACO al referirse a la garantía de audiencia señala que el calendario procesal deberá otorgar una oportunidad razonable a las partes para ser oídas, pero podrá disponer actuaciones por medio de conferencia telefónica o alegatos escritos como alternativas a una audiencia formal. En cuanto al reglamento del CAM, este es omiso en mencionar temas de la notificación. Sin embargo, en su numeral 30Bis (3) otorga a las partes una oportunidad razonable de presentar sus argumentos. Esta regulación establece que el árbitro de urgencia podrá fallar con base en las promociones escritas y en los documentos presentados por las partes, a menos que alguna de ellas solicite la celebración de una audiencia.

Como se refleja en todos los reglamentos se prevé que las partes serán escuchadas ya sea por escrito o mediante la celebración de una audiencia. Es también relevante que la formalidad de la audiencia presencial puede ser modificada a llamadas o videoconferencias, particularmente tras la pandemia que ha afectado al mundo desde finales de 2019. Lo que es de llamar la atención es que de los tres reglamentos únicamente el de ICC hace una anotación respecto a la notificación a la contraparte. Incluso es relevante mencionar que, conforme al Reporte de ICC, hasta 2018 se habían tramitado 80 arbitrajes de emergencia, de los cuales únicamente 70 continuaron en trámite y de estos últimos, en todos, las partes demandadas fueron debidamente notificadas y participaron activamente en los mismos. Por lo tanto, en ningún caso se consideró que existiera una violación de debido proceso que afectara a las partes o las dejara vulneradas. Por último, y haciendo referencia a temas de debido proceso, puede darse la circunstancia en los arbitrajes de emergencia que al garantizar una medida urgente también se vulneren los derechos de la parte contra la cual se impone el medio precautorio. En este sentido a continuación se abordará la facultad que tienen los árbitros de emergencia para solicitar el otorgamiento de garantías.

6.3.- Otorgamiento de Garantía

J. D'Agustino señala que, una de las mayores preocupaciones en cuanto a los poderes del árbitro de emergencia para conceder medidas precautorias en procedimientos arbitrales es el daño potencial que sus órdenes pueden causar si son indebidamente otorgadas contra partes inocentes. Como un remedio a estas acciones los reglamentos de arbitraje prevén el otorgamiento de garantías por parte de los solicitantes. Estas garantías se utilizan con el fin de solventar los daños generados por medidas provisionales concedidas a una parte que resulte perdedora. Con el fin de clarificar si el árbitro de emergencia concede una medida precautoria en favor de A, puede exigirle también que otorgue una garantía en caso de que posteriormente llegue a perder en el procedimiento ante el Tribunal Arbitral.

La legislación mexicana tiene contemplado esta figura en los artículos 1433 y 1479 del Código de Comercio. El primer numeral plantea que el árbitro podrá requerir a cualquiera de las partes una garantía suficiente. Por su parte el segundo artículo indica que, ante una omisión del Tribunal Arbitral, de así considerarlo oportuno el juez ante el que se tramita la ejecución de la medida podrá solicitar la presentación de una garantía adecuada. Los reglamentos arbitrales de las principales instituciones en nuestro país incluyen de igual manera la figura de la garantía. Por ejemplo, el reglamento de ICC contempla dentro de su apéndice V la facultad de requerir el otorgamiento de garantías apropiadas al momento de dictar su orden. Asimismo, el reglamento de la CANACO dispone que, cualquier laudo provisional o medida de urgencia puede ser condicionado a que la parte que solicita dicha medida otorgue una garantía apropiada. Por su parte, las reglas del CAM contemplan que el otorgamiento de una providencia precautoria de urgencia podrá ser condicionado a que la parte que solicita dicha providencia otorgue la garantía que, en su caso, fije el árbitro de urgencia.

Por lo tanto, el instrumento de la garantía se puede reconocer como un elemento que brinda equilibrio al proceso del árbitro emergente con el fin de evitar posibles daños en contra de quien fue sujeto a una medida cautelar. La garantía va a proteger al demandado en caso de que el accionante no resulte vencedor en el procedimiento. La misma se deberá hacer constar por escrito en la resolución u orden que emita el árbitro de emergencia.

7.- La resolución del árbitro emergente

Una vez que se ha llevado a cabo el proceso ante el árbitro de emergencia lo único que se encuentra pendiente es la emisión de la resolución. Pero esto desata varias dudas, comenzando con ¿cuánto tiempo deberá de tardar un árbitro de emergencia en dictar su resolución? ¿cómo se denomina su resolución? ¿es acaso una sentencia o un laudo interlocutorio? y ¿qué tipo de medidas se pueden conceder en este proceso?



En relación con el tiempo, como se ilustrará en un momento cada institución determinará su propio término ya que no existe un tratado o una regla general para esta respuesta. En cuanto a la segunda interrogante el nombre de la resolución que emita el árbitro emergente podrá adquirir diversas denominaciones. El problema de la denominación de la resolución ha generado diversas dudas desde que se instauró el procedimiento pre-arbitral. Esto debido a que diversas Cortes Nacionales como es el caso de Francia y Suecia han tendido a desconocer su validez, ya que consideran que esta figura no encuadra en los parámetros de protección que brinda la Convención de Nueva York. Por último, respecto a las medidas que se pueden adoptar, la legislación mexicana en su Código de Comercio concede al árbitro la facultad de dictar las medias precautorias que considere necesarias. En el mismo sentido las reglas de las diversas instituciones arbitrales conceden esta facultad a los árbitros emergentes.

Conforme al reglamento de ICC el término para la emisión de la resolución no debe exceder de quince días. Asimismo, conforme a este reglamento la denominación de su resolución llevará el nombre de “orden”. Por último, en cuanto a las medidas se faculta al árbitro a dictar las que considere apropiadas. Por su parte en el reglamento de la CANACO no se prevé un tiempo límite para la duración del arbitraje de emergencia y a su resolución la denomina laudo provisional u “orden”. En cuanto al tipo de medidas, de igual manera da una libre facultad al árbitro de urgencia al permitirle ordenar cualquier medida provisional de protección u orden preliminar que considere necesaria, incluyendo prohibiciones y medidas para la protección o conservación de propiedad.

En el reglamento del CAM existe de igual manera una omisión respecto al tiempo que deberá de transcurrir para emitirse la resolución. Esta resolución recibe la forma de orden o de laudo dependiendo la decisión del árbitro. Por último, respecto al tipo de medidas el árbitro de urgencia contará con la facultad para ordenar cualquier providencia precautoria provisional que considere necesaria, incluyendo prohibiciones y medidas para la protección o conservación de cualquier derecho.

En resumen, de los tres aspectos se identifica que la temporalidad variará dependiendo la institución. En cuanto al nombre de la resolución más adelante se hará un análisis de la relevancia de su denominación, la cual varía en cada reglamento y en cuanto al tipo de medidas estas no se encuentran del todo definidas. Por tal motivo es que se continuará con el análisis de estas para poder identificar cómo se clasifican o cuáles son las más requeridas en los procesos arbitrales.

7.1.- Las medidas que se pueden solicitar al árbitro de emergencia

De manera general, las medidas cautelares buscan preservar el *status quo* (prevenir una situación jurídica o fáctica) hasta que se emita una resolución definitiva sobre el fondo del litigio, intentando salvaguardar a las partes con el fin de que sufran el menor daño hasta el dictado y cumplimiento del laudo definitivo. Por lo tanto, en cada caso específico podría existir la necesidad de una medida diferente para poder garantizar el no sufrir los daños. A diferencia de los procesos precautorios ante Cortes Nacionales la facultad que otorgan los reglamentos a las instituciones brinda una libertad de acción al árbitro de emergencia para el dictado de las medidas. Se debe tener en cuenta que, aunque las mismas sean aprobadas por el árbitro, en continuas ocasiones pueden ser obstaculizadas para su ejecución por jueces nacionales.

La experiencia de México, como se informa en el reporte ICC de 2018, indica que únicamente se dio trámite a tres aplicaciones. Por lo tanto, con la finalidad de tener un mejor enfoque de cuál ha sido el tipo de medidas solicitadas se hará referencia a las estadísticas de ICC a nivel mundial, así como al informe presentado por A. Carlevaris y J.R. Feris, quienes en su análisis identificaron cuatro clasificaciones que se enlistarán a continuación.

- *Medidas destinadas a garantizar la ejecución del laudo*

Como un ejemplo de esta categoría se ha solicitado al árbitro de emergencia el requerir a la contraparte depositar sumas de dinero en una cuenta con el fin de garantizar la entrega de este monto al resultado de los procedimientos arbitrales. Conforme al reporte de ICC esta ha sido la medida más solicitada con un total de 51 aplicaciones.

- *Medidas destinadas a preservar el status quo*

Como ejemplo de esta categoría se han promovido casos para suspender la transferencia de intereses y la venta de los bienes de una compañía a terceros hasta la terminación de los procedimientos arbitrales. En esta medida una de las partes puede solicitar que se cumpla alguna obligación específica del contrato. Conforme al reporte ICC esta medida ha sido requerida en un total de 23 casos.

- *Medidas cautelares (anti-suit injunctions)*

A través de esta categoría de medidas las partes han solicitado al árbitro de emergencia que ordene a su contraparte que suspenda o descontinúen procedimientos legales presentadas en Cortes Estatales. Este tipo de medidas han sido requeridas en seis casos conforme a las estadísticas previstas en el reporte de ICC de 2018.

- *Órdenes de pago provisional*

En esta categoría se solicitó al árbitro emergente que ordenara a la contraparte realizar un pago inmediato sujeto a su derecho de reconvenir el reembolso de dicha cantidad en el procedimiento arbitral. Conforme al reporte de ICC esta medida fue solicitada ocho veces.

Aunque el reporte presentado por Carlevaris y Feris fue elaborado para analizar los primeros diez casos de arbitraje de emergencia, el mismo continúa vigente. No obstante, se podrían considerar que existen otras dos medidas que se enlistan en el resultado del informe de ICC. La primera es la solicitud de una declaración de reconocimiento de derechos, mediante la cual se busca que el árbitro de emergencia reconozca las prerrogativas de alguna de las partes sin ordenar alguna acción en particular. Este tipo de aplicación ha sido requerida en diez ocasiones. La segunda medida implica la solicitud de transferencia de dinero a una cuenta o un fideicomiso. Esta medida ha sido solicitada en siete ocasiones y se podría llegar a englobar en la clasificación para garantizar el laudo.

Concluyendo con este tema, conforme lo establecen la legislación nacional y los reglamentos institucionales la facultad del Tribunal Arbitral para otorgar medidas precautorias es amplia con respecto al tipo de medidas que pueden otorgarse, pero restrictiva en cuanto a sus destinatarios. Este último punto se enfoca a que únicamente se podrá imponer las medidas a las partes, pero nunca a terceros que no formen parte del acuerdo arbitral. Ahora bien, continuando con los temas de la resolución se procederá a estudiar el conflicto de su denominación y la afectación que genera a su efectividad.

7.2.- Efectividad de la resolución

Llegó el momento de ubicar uno de los principales problemas que puede enfrentar la resolución del árbitro de emergencia. Esta va enfocada a la denominación que se le da a la resolución que emite, en virtud de que en algunos reglamentos es denominada “Laudo Interlocutorio” mientras que en otros se pondera como una “Orden Procesal”. La trascendencia del nombre atiende a que no existe convención internacional alguna que contemple la validez y reconocimiento de resoluciones que sean temporales o que no se denominen laudos. Por lo tanto, la denominación de la resolución es un obstáculo para poder ejecutar una medida cautelar en otro país cuya legislación nacional no prevea su reconocimiento.

Por lo tanto, como lo señala Gary Born, la primera pregunta que debe hacerse una parte que busca obtener una medida precautoria en un arbitraje internacional es si el Tribunal posee la autoridad para ordenar esa medida precautoria.

En general, eso requerirá la consulta de 3 fuentes: a) cualquier Convención de arbitraje internacional aplicable, en particular la convención de Nueva York; b) la ley nacional aplicable; y c) el acuerdo de arbitraje entre las partes incluyendo cualquier reglamento arbitral aplicable. Por lo cual, aterrizando el análisis a nivel convencional el primer ordenamiento normativo que viene a la mente al momento de intentar ejecutar un laudo internacional es la Convención Sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Convención de Nueva York). Conforme lo prevé en su artículo V, el reconocimiento para ejecución es a sentencias emanadas de Tribunales Arbitrales. Este artículo también prevé que si la sentencia no es obligatoria se le podrá negar el reconocimiento. En este aspecto los críticos del arbitraje de emergencia han planteado que como la resolución puede ser susceptible de modificación entonces la misma no goza de carácter definitivo y por lo tanto no se debe de reconocer ni ejecutar.

Ahora bien, ¿cuál es el caso mexicano? México contempla en el artículo 1479 del Código de Comercio el fundamento favorable para la eficacia de la ejecución de medidas cautelares. En este numeral establece que toda medida cautelar ordenada por un Tribunal Arbitral se reconocerá como vinculante y, salvo que el Tribunal Arbitral disponga otra cosa, será ejecutada al ser solicitada tal ejecución ante el juez competente cualquiera que sea el estado en donde haya sido ordenada. Si bien es cierto que, no se desprende el nombre de árbitro de emergencia en este artículo, se puede utilizar por analogía al referirse al Tribunal Arbitral. Ahora bien, es pertinente recordar que en su redacción el artículo 1479 no especifica que la medida deba estar contenida en un laudo, una sentencia o una orden.

Este precepto únicamente requiere que sea una medida cautelar. La cereza en el pastel que proporciona este artículo es el brindarle la clasificación de vinculante. Esto no implica que vaya a tener relevancia de fondo del arbitraje, si no que gozará de una obligatoriedad impuesta a los jueces nacionales para hacerla efectiva en caso de que se les pida su auxilio para la ejecución.

Por su parte, el reglamento de ICC denomina a las resoluciones emanadas del procedimiento arbitral de emergencia como “orden”. Por lo que respecta a la CANACO esta podrá ser denominada laudo provisional u orden dependiendo el caso. Por último, el CAM en su reglamento denomina a la resolución como Laudo u orden procesal. Al parecer no existe una nomenclatura definida para las resoluciones de los árbitros de emergencia que sea aplicable en todos los centros de arbitraje, ni una explicación razonable en los casos del CAM y la CANACO de por qué puede variar el nombre.

Tras haber realizado el análisis en la legislación mexicana para determinar la eficacia de ejecución de una resolución de un árbitro de emergencia, aún no es posible concluir si es efectiva o no. Esto a pesar de que las reglas arbitrales consideran que las resoluciones del procedimiento de emergencia son ejecutables. Reforzando lo anterior, la legislación mexicana reconoce el mismo criterio al denominarla vinculante y al ordenar a sus jueces el deber de ejecutarla. El verdadero problema ocurrirá al intentar ejecutarla fuera de las fronteras mexicanas, ya que no existe una convención internacional que reconozca este tipo de resoluciones que goce de un prestigio similar a la convención de Nueva York y en virtud de la cual se pueda exigir su reconocimiento y cumplimiento. En consecuencia, aunque México es un país que apoya la ejecución efectiva de las medidas cautelares arbitrales, mientras no haya una convención que las reconozca dependerá de la reciprocidad o de jurisdicciones pro-arbitraje de emergencia para que se puedan ejecutar.

Ahora bien, ¿cuál ha sido la tendencia en otros países? En lo que respecta a las resoluciones de los árbitros de emergencia en Estados Unidos existen criterios que las consideran como una sentencia obligatoria o final. Este planteamiento se puede identificar en el caso *Yonir Technologies Vs. Duration Systems*, en donde la Corte de Apelaciones del Noveno circuito consideró que “los árbitros tienen la autoridad para conceder una medida cautelar con la finalidad de proteger que su decisión final no quede sin valor.” En el caso *Publics Communication Vs. True North Communications* la Corte de Apelaciones del Séptimo circuito consideró que “lo verdaderamente relevante es si efectivamente se está protegiendo el efecto futuro que tendrá la sentencia que profiera el Tribunal sobre la controversia del fondo.

Contrario a estos criterios la Corte de Apelaciones del Onceavo circuito en el caso *AL Raha Group VS. PKL Services* consideró no tener jurisdicción para ejecutar las medidas cautelares emitidas por el árbitro de emergencia ya que la resolución no era definitiva.

En conclusión, tanto los reglamentos de arbitraje de las diversas instituciones como las legislaciones nacionales de varios países han buscado reconocer las resoluciones de los árbitros de emergencia sin importar el nombre que reciban. Con ello pretenden dejar de lado la supuesta laguna que existe referente a la convención de Nueva York. En el caso mexicano la legislación reconoce la facultad de la imposición de medidas cautelares de los árbitros sin exigir una denominación en particular al documento que la contenga. Por último, resulta irónico percibir que en una nación pro-arbitraje como Estados Unidos existan criterios contradictorios, considerando que el estudio realizado en el último caso se alejó de la reflexión que se asentaba en los casos previos, mismos que enfocaban a un aspecto primordial del arbitraje que implica buscar que sus resoluciones finales se puedan ejecutar. Derivado de la resolución del caso *AL Raha Group VS. PKL Services* se procederá a realizar una última revisión del tema de la temporalidad de los laudos arbitrales conforme a los reglamentos institucionales de arbitraje.

7.3.- TEMPORALIDAD DE LA RESOLUCIÓN

Uno de los problemas que enfrentan las resoluciones de los árbitros de emergencia se desprende de que las mismas son consideradas únicamente temporales. Esta temporalidad esta supuestamente sujeta a la revisión del Tribunal Arbitral, mismo que de constituirse puede modificarla o anularla. Inclusive el mismo árbitro emergente se encuentra facultado por los reglamentos arbitrales a revisar su propia resolución. Otro aspecto que limita su temporalidad es la emisión del laudo definitivo, el cual de resultar contrario al solicitante implicará la revocación de su resolución.

Conforme a los reglamentos de arbitraje de las diversas instituciones administradoras en México, dos figuras, el árbitro de emergencia y el Tribunal Arbitral pueden llevar a cabo modificaciones a las resoluciones. Esta facultad es confirmada por las tres instituciones como a continuación se establece:

Reglamento	Artículo	Disposición
ICC	29(3)	(...) El tribunal arbitral puede modificar, rescindir o anular la orden o cualquier modificación a la misma realizada por el árbitro de emergencia
CANACO	50(5)	El árbitro de urgencia puede modificar o anular el laudo provisional o la orden por causas que así lo ameriten.
CAM	30 Bis (4)	(...) El árbitro de urgencia o el Tribunal Arbitral que conozca del fondo del asunto podrá modificar o suspender la providencia precautoria de urgencia (...)

Para concluir se debe de considerar que la naturaleza de la medida cautelar podrá siempre estará sujeta al resultado del proceso y por lo tanto siempre podría llegar a considerarse temporal. No obstante, esto no debe llegar a comprenderse como un aspecto para no poder ejecutar la misma por parte de las Cortes Nacionales. Por el contrario, es la flexibilidad de poder modificarla lo que le debe brindar mayor seguridad, incluso de ser revisada por un juez nacional previo a su ejecución, mismo que en el sistema concurrente y conforme al artículo 1479 si a su parecer el árbitro realizó una omisión al decretarla podría solicitar la exhibición de una garantía para resarcir cualquier daño.

8.- CONCLUSIONES

Tras concluir el análisis del procedimiento del árbitro de emergencia y su regulación se pueden llegar a las siguientes conclusiones:

- México presenta una legislación amistosa a la implementación del arbitraje de emergencia e incluso coexiste de manera concurrente con los procedimientos cautelares de las Cortes Nacionales conforme a lo fundado en el Código de Comercio.
- En un arbitraje de emergencia deben de participar las dos partes del litigio, teniendo esto dos implicaciones, la primera es que no se podrá imponer la medida a una parte no signataria del acuerdo arbitral. La segunda se enfoca en un tema de debido proceso, en virtud del cual ambas partes tienen derecho a presentar argumentos y a que se les conceda un plazo razonable para defenderse. En este sentido en un arbitraje de emergencia jamás se verán medidas *ex -parte*.
- El árbitro de emergencia va a gozar de la facultad de dictar la medida que considere necesaria, aunque no esté regulada en la ley con la finalidad de proteger de la mejor manera los derechos o la preservación del *status quo*. Esto no implica que la medida deba dejar en estado de vulnerabilidad a la contraparte, ya que incluso se puede requerir al promovente la exhibición de una garantía para que se le conceda la medida cautelar. Este último aspecto es reconocido tanto por las regulaciones institucionales como por la legislación nacional mexicana.
- La figura del árbitro de emergencia se entiende que aplicará conforme a la teoría del *opt-out* permitiendo a las partes conforme su consenso determinar si es de su interés someterse a la misma o no. Esta figura está reconocida tanto en los reglamentos institucionales como en el Código de Comercio.
- Probablemente el mayor dilema del proceso de arbitraje de emergencia se sujeta a sus resoluciones, tanto por su denominación, como por la idea de que son temporales. Sin embargo, al momento de ser revisadas por las Cortes Nacionales su análisis debe de ir enfocado no hacia su forma o denominación, sino a su finalidad que implica el salvaguardar la efectividad del Laudo Arbitral final.

BIBLIOGRAFÍA

-Born, Gary. (2015). *International Arbitration Cases and Materials*. Wolters Kluwer. Segunda Edición. Holanda.

- Carlevaris, Andrea y Feris, José Ricardo. (2014). *Running in the ICC Emergency Arbitrator Rules: The First Ten cases*. ICC International Court Of Arbitration Bulletin. Vol. 25. No.1 En línea disponible en: https://www.iosemiquelljudice-arbitration.com/xms/files/02_TEXTOS_ARBITRAGEM/11_Medidas_Cautelares_Provisorias_e_ArbitrodeEmergencia/Carlevaris_Feris_-_10_ICC_emergency_arb_cases.pdf

- Cuniberti Guilles and Wart Ben. *Challenge against ICC Pre-arbitral Referee's Order was inadmissible*. En línea disponible en: <https://www.internationallawoffice.com/Newsletters/Arbitration-ADR/France/Herbert-Smith/Challenge-against-ICC-Pre-arbitral-Referees-Order-was-Inadmissible>

- D'Agustino, Justin. (2011). First aid in arbitration: *Emergency Arbitrators to the rescue*. Disponible en línea: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2011/11/15/first-aid-in-arbitration-emergency-arbitrators-to-the-rescue>

- Figueroa Valdés, Juan Eduardo. (2017). *El arbitraje de Emergencia: Su utilidad y perspectivas futuras*. Revista Argentina de Arbitraje. Número 1. octubre 2017. Argentina. En línea disponible: https://ar.ijeditores.com/articulos.php?Hash=367f08b93bba35e4869c03e853aab8d9&hash_t=b749e38d96750b03074a8cf338aa51d2

- González de Cossío, Francisco. (2018). *Arbitraje*. Editorial Porrúa. Quinta Edición. México.

- Hubbard, Jared y Mrozek Malgorzata. *The Problem with Emergency Arbitration: AL Raha Group v. PKL Services*. En línea disponible: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/12/27/the-problem-with-emergency-arbitration-al-raha-group-v-pkl-services/>

- ICC Comission Report. (2019). *Emergency Arbitrator Proceedings*. International Chamber of Commerce. Francia. Págs. 74.

- ICDR. (2016). *Reporte de arbitraje internacional*. En línea disponible en:

https://www.icdr.org/sites/default/files/document_repository/ICDR_International_Arbitration_Reporter-Vol.5.pdf

- Roncancio Martínez, Luis Carlos. *El árbitro de emergencia: un estudio comparado*. En línea disponible en: <https://docplayer.es/66357298-El-arbitro-de-emergencia-un-estudio-comparado.html>

- Villani Alessandro y Caccialanza Manuela. (2017) *Interim Relief through Emergency Arbitration: An upcoming goal or still an illusion?* En línea disponible: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2017/07/14/interim-relief-emergency-arbitration-upcoming-goal-still-illusion/>

Legislación

- Código de Comercio.
- Convención Sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras. (1958)
- Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional.
- Reglamento de Arbitraje de la Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México.
- Reglas de Arbitraje del Centro de Arbitraje de México.
- Reglamento del Procedimiento Precautorio Prearbitral.

Confiemos en las Audiencias Virtuales



[Nicole Celorio y Erick Clavel](#)

[Clavel Abogados](#)

Resumen

Como resultado de la propagación del virus que hoy invade al mundo y las medidas de confinamiento adoptadas por los Estados, la impartición de justicia se vio obligada a evolucionar mediante el apoyo de la tecnología. En arbitraje internacional, el uso de audiencias virtuales no es nuevo. Sin embargo, el COVID-19 requirió y aceleró su uso.

En este artículo se explora lo bueno, lo malo y lo incierto de las audiencias virtuales, tomando en cuenta que, si bien las partes y los árbitros pueden pactar su empleo, el problema viene ante el pacto en contrario o ante la resistencia estratégica de una de las partes. Tener claras las consecuencias de estos escenarios, será crucial para evitar ineficiencias procesales.

Impacto del COVID-19 en la administración de justicia

El COVID-19 ha representado un impacto global en varios frentes. La impartición de justicia y la solución de conflictos fue uno de los rubros de mayor impacto. Estas dos actividades, aun cuando son derechos fundamentales, no ha sido tratado como actividad esencial trayendo como consecuencia un empantamiento de los conflictos casi total. Ni para adelante ni para atrás. Afortunadamente, gracias a su flexibilidad, los practicantes del arbitraje encontraron alternativas.

En arbitraje internacional, para asegurar la resolución de controversias ante las crisis del COVID-19, se tomaron dos opciones principales. Una opción fue resolver únicamente sobre la base de presentaciones escritas sin una audiencia oral y, cuando este enfoque no era apropiado, se tomó la opción de recurrir a audiencias virtuales.

Si bien ambas posibilidades existían antes de la crisis, a raíz del COVID-19 éstas se han convertido en el juguete nuevo que todos quieren tener –en especial la celebración de audiencias virtuales. La flexibilidad, innovación y fácil adaptación del arbitraje internacional acogen las audiencias virtuales como la solución ideal ante las restricciones de contacto que ha impuesto la pandemia y la inagotable necesidad de impartir justicia. La pregunta surge, *¿son las audiencias virtuales la solución perfecta?*

Marco procesal de las audiencias virtuales

Existen reglamentos institucionales de arbitraje que prevén la celebración de audiencias virtuales o conferencias telefónicas que no requieren presencia física. En otros casos, el sustento de las audiencias virtuales nace del pacto de las partes o los amplios poderes que tiene el tribunal arbitral para dirigir el procedimiento como considere pertinente.

A través del ejercicio de la autonomía contractual, las partes de un arbitraje pueden diseñar los procedimientos como mejor les convenga y superar los obstáculos circunstanciales, como lo son las restricciones de contacto del COVID-19.

Con respecto al alcance de las facultades del tribunal, la ley arbitral, academia y práctica mexicana demuestran que la discreción del tribunal no es absoluta. El debido proceso resulta su límite. Dicho concepto se compone esencialmente de la observancia de dos derechos en el procedimiento arbitral: el derecho a ser oído y el derecho de igualdad de trato.

El derecho a ser oído se refiere al derecho que tienen ambas partes de alegar hechos, presentar razonamientos jurídicos y aportar evidencia para probar sus posturas. El derecho de igualdad de trato se explica por sí mismo y básicamente envuelve la garantía que tienen ambas partes de ser tratadas sin diferenciación. Ambos son derechos universalmente reconocidos que, si resultan violados, pueden anular el laudo.

La celebración de audiencias virtuales, en principio, no viola el debido proceso. Por un lado, el derecho a ser oído se ve garantizado de igual manera que en una audiencia presencial con la única diferencia de que la comunicación se transmite con herramientas tecnológicas. Por otro lado, el derecho de igualdad de trato se ve garantizado toda vez que la celebración de una audiencia virtual afecta a ambas partes de manera igualitaria.

Así, siempre que se respete el debido proceso, las audiencias virtuales podrían convertirse en la regla para algunos aspectos del arbitraje. Para ello se requerirán esfuerzos adicionales de todos los actores: las partes deberán actuar de buena fe y abstenerse de comportamientos oportunistas; las instituciones deberán mejorar las medidas de ciberseguridad para todas sus comunicaciones; y los tribunales deberán tener en cuenta las consideraciones del debido proceso en todos los aspectos de sus decisiones, particularmente en las innovadoras.



Objeción a audiencias virtuales y el pacto en contrario

En circunstancias normales, los tribunales a menudo se inclinan a celebrar audiencias vis a vis. No obstante, la actual situación pandémica ha impuesto restricciones totales de contacto que lo impiden.

Las audiencias virtuales han resultado la solución más socorrida. Sin embargo, una preocupación que surge es si los árbitros pueden proceder con la audiencia virtual si una o ambas partes objetan a una audiencia virtual o si existe pacto expreso en contrario. Vale la pena tener claras las consecuencias de estos escenarios.

En México, una parte puede anular un laudo por los motivos enumerados en el artículo 1457 del Código de Comercio. El artículo 1457 permite la anulación del laudo, entre otras razones, cuando cualquiera de las partes pruebe que no pudo hacer valer sus derechos o que el procedimiento arbitral no se ajustó al acuerdo de las partes.

Una parte a la que se le ordena participar en una audiencia virtual a pesar de sus objeciones podría impugnar el laudo argumentando que no pudo presentar su caso por una infinidad de razones, desde problemas prácticos y técnicos como la accesibilidad de la conexión a Internet y otras limitaciones tecnológicas hasta problemas de fondo defendiendo que la presencia física en interrogatorios de testigos o expertos era necesaria para poner a prueba su credibilidad y así, permitirle presentar su caso.

El tribunal cuenta con distintas alternativas para evitar un escenario de esa naturaleza. Primero, el tribunal podría posponer la convocatoria de una audiencia virtual con la esperanza de que pronto sea posible una audiencia en persona. Sin embargo, un aplazamiento indefinido de la audiencia, o incluso varios aplazamientos ante una pandemia en evolución, podrían contravenir el deber del tribunal de llevar a cabo el arbitraje de manera eficiente.

Esperar hasta que sea posible celebrar una audiencia podría causar retrasos injustificados e incluso perjudiciales en el procedimiento de arbitraje. Los árbitros deben considerar cuidadosamente el equilibrio del derecho de las partes a presentar su caso y el deber primordial de los árbitros de llevar a cabo el arbitraje de manera eficiente, recordando que una solución tardía es una solución negada. Por lo cual el aplazamiento solo resulta viable cuando las posibilidades de poder tener una audiencia en persona en un tiempo razonable son realmente altas.

Cuando no las hay, el tribunal también puede dirigir una audiencia virtual en contra de los deseos de las partes que objeta. Para ello, como paso preliminar, el tribunal debe considerar que las partes hayan acordado otorgarle una amplia discreción en el procedimiento del arbitraje. Esto es la regla en la mayoría de los procedimientos arbitrales. Por ende, serán muy limitados los casos en los que hubiera un obstáculo en ese sentido.

El tribunal también debe asegurarse de que el acuerdo de arbitraje no excluya expresamente las audiencias virtuales. Aunque es muy improbable, en dichos casos, deberá adherirse al pacto de las partes o persuadir a las partes para que acuerden una audiencia virtual para eliminar el riesgo de impugnación debido al desajuste del procedimiento arbitral al acuerdo de las partes. En ausencia de un lenguaje específico que impida una audiencia virtual y ante una amplia discreción de facultades del tribunal, será difícil argumentar que el significado de "audiencia" en un acuerdo de arbitraje o las reglas institucionales se refiere estrictamente a una audiencia en persona.

Además, el tribunal tiene la facultad de promover el uso de instrumentos de *soft law* sobre el uso de tecnologías de la información en arbitraje para evitar la disparidad de capacidades tecnológicas, tales como:

- [Nota de orientación de la CCI sobre Posibles Medidas Destinadas a Mitigar los Efectos de la Pandemia del COVID-19](#)
- [Lista de verificación de Delos sobre la celebración de audiencias de arbitraje y mediación en tiempos de COVID-19](#)
- [Nota de orientación de CIArb sobre procedimientos de resolución de disputas a distancia](#)
- [Protocolo de Seúl sobre videoconferencias en arbitraje internacional](#)
- [Directrices de la HKIAC para audiencias virtuales](#)

El tribunal también tiene la facultad de brindar la oportunidad a ambas partes de tener audiencias de prueba para acumular experiencia frente a las nuevas herramientas tecnológicas para siempre garantizar el debido proceso.

Así, el tribunal debe sentirse seguro de que, mediante la amplia discreción de facultades, el aseguramiento del debido proceso y la falta de pacto en contrario, una audiencia virtual no tiene obstáculos insuperables y de ninguna manera presupone la vulneración de un derecho de igualdad sino todo lo contrario: a nivel micro, facilita la continuación del procedimiento y, a nivel macro, abona al avance ininterrumpido de la economía.

En pocas palabras, los tribunales arbitrales deben evitar caer en la paranoia del debido proceso. Las solicitudes estratégicas de nulidad de laudo ante la celebración de audiencias virtuales difícilmente prosperarán si se observaron los estándares antes mencionados.

Conclusiones

Balanceando lo bueno, lo malo y lo incierto de las audiencias virtuales, lo cierto es que la pandemia ha permitido reevaluar las fortalezas y debilidades de la impartición de justicia tradicional. Las audiencias virtuales han demostrado ser satisfactorias y aun cuando no están exentas de dificultades y es poco probable que reproduzcan una audiencia en persona, el mundo tal como lo conocemos continúa evolucionando frente al COVID-19, y también debe hacerlo la forma en que se llevan a cabo las futuras audiencias.

La pandemia actual ha impulsado significativamente el proceso de digitalización, dando lugar a más e-mediación, e-arbitraje, tribunales en línea y el uso de otras tecnologías. Estos movimientos de actualización seguramente seguirán desarrollándose y los árbitros, jueces, abogados, partes, instituciones de arbitraje y tribunales deben prepararse para tal evolución y hacer los mejores esfuerzos para facilitar la resolución justa de controversias de la manera más rápida, económica y eficiente posible.

El mayor y mejor uso de la tecnología en la solución de conflictos, como los son las audiencias virtuales, debe ser percibido como un aliado y no la fuente de impugnaciones estratégicas. De cualquier manera, ante dichos escenarios, es poco probable que optar por no participar en audiencias virtuales con la esperanza de impugnar un laudo sea una buena estrategia, al menos en México, Especialmente, si las partes han tenido todas las oportunidades para participar.

Finalmente, en cuanto a los escépticos sobre la permanencia de las audiencias virtuales, se invita a reflexionar que el futuro ha llegado antes de lo esperado y ha llegado para quedarse. El COVID-19 ha obligado a todos los jugadores de arbitraje a salir de su campo de juego y los ha empapujado a territorios inexplorados, pero con un vastísimo potencial. Probablemente los mecanismos de respuesta no han sido perfectos, pero han sido suficientes para seguir adelante y para comenzar un proceso de perfeccionamiento. Pensar que el futuro de las audiencias virtuales será igual al pasado pre-COVID es nada más que un sueño.

REFERENCIAS

- María Solana Beserman Balco, '*COVID-19 and new ways of doing arbitration: are they here to stay?*', Revista Brasileira de Arbitragem, (Comitê Brasileiro de Arbitragem CBAr & IOB; Kluwer Law International 2020, Volume XVII Issue 67) pp. 129 – 144.
- David Geoffrey Allan Bateson, '*Virtual Arbitrations: The Impact of COVID-19*', Indian Journal of Arbitration Law (Indian Journal of Arbitration Law; Centre for Advanced Research and Training in Arbitration Law, National Law University, Jodhpur 2020, Volume IX Issue 1) pp. 159 – 169.
- Yvonne Mak (Withers KhattarWong LLP), '*Do Virtual Hearings Without Parties' Agreement Contravene Due Process? The View from Singapore*', 2020.
- Kun Fan (Herbert Smith Freehills China International Business and Economic Law (CIBEL) Centre of UNSW Law), '*The Impact of COVID-19 on the Administration of Justice*', 2020.

Métodos para la determinación de la ley aplicable al acuerdo arbitral



Luis e. Sibaja Guillen

San José, Costa Rica

Integrante desde su fundación de la firma LEXCOUNSEL, con sede en San José, Costa Rica. Cuenta con amplia experiencia en litigio nacional, transfronterizo e internacional. Se ha enfocado en la solución de controversias de empresas entre sí y de empresas contra el Estado. Ha dirigido el procedimiento de un gran número de asuntos judiciales y de arbitraje nacional, tanto como abogado director y como árbitro. Gran parte de su ejercicio profesional la ha dedicado a litigios de alta complejidad técnica, relacionados a reclamos constructivos (garantías, vicios ocultos, equilibrio financiero, sobrecostos), sobre incumplimientos contractuales e indemnizatorios de daños. Ha sido profesor universitario en derecho internacional privado, y autor de distintas publicaciones relativas a esa materia y al arbitraje. Cursó estudios de licenciatura en derecho y comercio exterior en Costa Rica, de maestría en derecho de los Negocios Internacionales y Litigio Internacional en Washington DC, EEUU (American University), de posgrado en derecho internacional privado en España (Universidad de Salamanca). En el campo del arbitraje internacional ha participado en varios cursos de especialización, incluyendo el programa de la Universidad de Leiden y la PCA, en La Haya (Holanda), y es egresado del Diplomado de Arbitraje Comercial Internacional, impartido por la ICC México y la ELD (México).

I- INTRODUCCIÓN

La inexistencia e invalidez del contrato que contiene la cláusula arbitral, constituyen limitaciones a la aplicación o ejecución de la misma. Un contrato puede ser declarado inexistente, y ello llevaría a la cláusula arbitral a la misma suerte. Igualmente si se tratara de la invalidez del contrato principal.

Esos son temas analizados ampliamente por la doctrina en el plano de la jurisdicción o competencia del Tribunal Arbitral, en el tanto cabe cuestionarse si el Tribunal Arbitral puede resolver sobre el reclamo de inexistencia o de invalidez, cuando la inexistencia o invalidez del contrato principal acarrearía la del Acuerdo Arbitral.⁴⁴

Para lo anterior, se analiza la teoría de la autonomía del Acuerdo Arbitral, intentándose separar el reclamo de inexistencia o invalidez contra el contrato principal de aquel contra el Acuerdo Arbitral. Esto porque la independencia o autonomía del Acuerdo Arbitral lleva a su sobrevivencia, si fuera que el reclamo es sólo contra el contrato principal. Pero es razonable pensar que un Acuerdo Arbitral devengará en inexistente cuando el contrato principal que lo contiene fue así declarado. Distinto podría ser el resultado al someterse el Acuerdo Arbitral a un análisis de validez, pues el contrato principal podría ser inválido aun cuando el Acuerdo Arbitral no lo sea.

Y sobre quién determinaría la inexistencia o la validez del Acuerdo Arbitral, también existe debate. No hay una fórmula uniforme que dicte la respuesta. De esta manera, en el campo indicado, la pregunta que pretende responder la doctrina es: ¿Puede un Tribunal Arbitral resolver sobre su competencia y entrar a conocer del problema planteado respecto a la inexistencia del Acuerdo Arbitral, cuando la causa del problema es casualmente la inexistencia del contrato principal?

Y al resolverse estas cuestiones, no podemos perder de vista que la solución que sea aplicable podría ser distinta, dependiendo de quién sea el llamado a resolver. Como veremos, la determinación de la ley o de los principios, con los que se resolverían los problemas antes mencionados, puede variar dependiendo de si es una corte nacional la que decida o si es un Tribunal Arbitral. Por ello, interesa a la cuestión sobre el derecho aplicable al Acuerdo Arbitral, en tanto dichas leyes serían de gran relevancia para resolver el reclamo sobre su inexistencia o su invalidez.

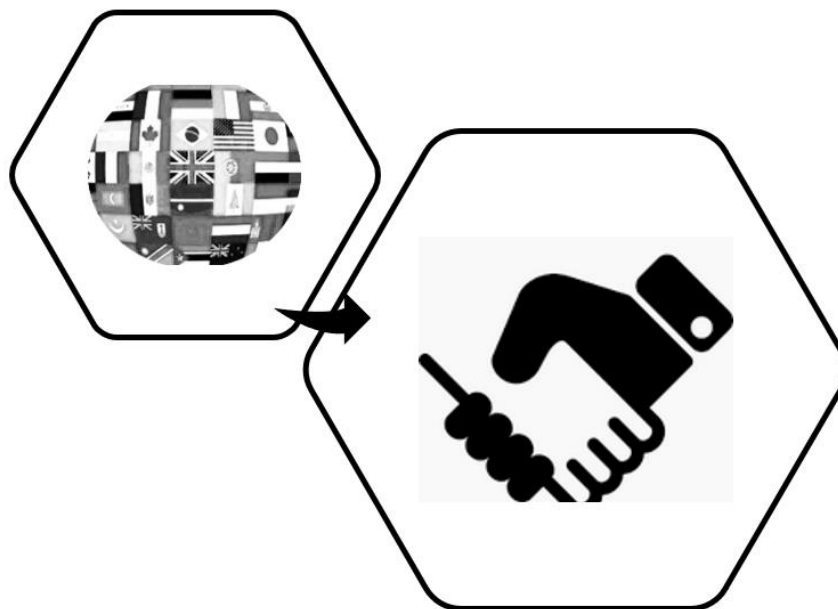
Pero la determinación de la ley aplicable al Acuerdo Arbitral es también requerida por causas sobrevenientes, tales como la terminación del contrato principal o la invalidez sobrevenida, todo lo cual podría afectar la operatividad y ejecución del Acuerdo Arbitral.

⁴⁴ George A. Bermann, The "Gateway" Problem in International Commercial Arbitration, The Yale Journal of International Law, Vol. 37:1, 2012, pag. 30.

Ejemplos y casos abundan, y para citar uno particular, véase el caso *Elektrim vs Vivendi Universal S.A.*, en el que mientras se desarrollaba el arbitraje en Londres (bajo las reglas del London Court of International Arbitration), la empresa Elektrim fue declarada en bancarrota en Polonia, y así, bajo las leyes de Polonia la quiebra implicaba la terminación del Acuerdo Arbitral. La cuestión era, si se aplicaba la ley de Polonia al Acuerdo Arbitral, el procedimiento debía concluir, o por el contrario, si existía alguna posibilidad de aplicar una ley distinta que diera la posibilidad de continuar con el proceso arbitral, a pesar de la declaratoria de quiebra en Polonia.⁴⁵

Así, debemos cuestionarnos ¿Podríamos defender la autonomía del Acuerdo Arbitral, aún en el plano de su existencia o validez, cuando la existencia o validez del contrato que la contiene quedara sepultada por la ley que le es aplicable? Entonces, de ser esa una posibilidad, ¿qué ley le es aplicable al Acuerdo Arbitral, si no es la ley del contrato que la contiene? A tales interrogantes pretendo dar respuesta con el presente ensayo.

Analizaré de seguido la ley aplicable al Acuerdo Arbitral (*lex compromissi*) (i) en contratos con ley aplicable elegida; (ii) en contratos sin ley aplicable elegida por las partes; y (iii) en procesos de revisión por ciertas cortes nacionales.



⁴⁵ Ver decisión High Court [2008] EWHC 2155 (Comm), *Elektrim S.A. / Vivendi Universal S.A.*, *Vivendi Telecom International S.A.* [2009] EWCA Civ 677 @ www.bailii.org.

II- LEY APLICABLE AL ACUERDO ARBITRAL (“*LEX COMPROMISSI*”)

Es gracias a la autonomía del Acuerdo Arbitral que se podría considerar a éste como un acuerdo independiente, como un acuerdo compromisorio o de sumisión separado del contrato principal que lo contiene. Y es así como con la separación de la cláusula arbitral que se abre la posibilidad de que ésta sea regida y regulada por una ley diferente a la ley del contrato principal.⁴⁶

Al respecto, la doctrina presenta diversos enfoques y sistemas a los que el operador de derecho (jueces o árbitros) han recurrido o podrían recurrir para determinar la ley que regiría al Acuerdo Arbitral, a efectos de fijar los extremos de éste en temas como:

- **Existencia.** Consiste en la determinación sobre si efectivamente las partes pactaron o no el Acuerdo Arbitral. Lo anterior dado que pueden darse situaciones en los que se objete si efectivamente el Acuerdo Arbitral fue concebido o no. Dependiendo de la legislación que se aplique, para discernir lo anterior, podrían agruparse distintas causas según las cuales, se determine que aun cuando el Acuerdo Arbitral es autónomo e independiente del contrato principal, la declaratoria de inexistencia de éste presupone también la inexistencia del Acuerdo Arbitral. Al corroborarse la inexistencia del Acuerdo Arbitral, ningún Tribunal Arbitral tendría competencia para resolver disputa alguna entre las partes, dado que esta competencia debe emanar siempre de un acuerdo de voluntades que haya ciertamente nacido a la vida jurídica.
- **Validez.** Implica la verificación de si se reúnen los elementos legales necesarios para sostener un acuerdo de voluntades, que a la luz de ley aplicable correspondiente, contenga lo requerido para conformar un acuerdo válido. Aquí se pueden contemplar también distintas causas.⁴⁷
- **Ejecutabilidad.** Necesario requisito para que el arbitraje que se sustente en el Acuerdo Arbitral pueda ser puesto en operación o en marcha. Un problema de ejecutabilidad es cuando el Acuerdo Arbitral es vago o indefinido, o existen inconvenientes que hagan que el procedimiento no pueda ser conducido siguiendo los términos convenidos.⁴⁸
- **Arbitrabilidad.** Responde a determinar qué materias o disputas pueden ser arbitrables. En el arbitraje internacional conlleva un análisis complejo del Acuerdo Arbitral.
- **Inoperatividad.** Consiste en el elemento del Acuerdo Arbitral que, aun cuando no existan patologías o defectos intrínsecos que afecten la validez o ejecutabilidad del mismo, en virtud de conductas de las partes, se considera que el Acuerdo Arbitral es inaplicable a las partes o a la disputa.⁴⁹

⁴⁶ Nigel Blackaby y Constantine Partasides QC con Alan Redfern y Martin Hunter, Redfern and Hunter on International Arbitration, 6ta Edición, Oxford University Press, 2015, pag. 159.

⁴⁷ Gary B. Born, International Commercial Arbitration - Commentary and Materials 160. Ver “... *misrepresentation, duress, fraud, unconscionability, illegality, mistake, lack of capacity, or undue influence...*”, según los conceptos anglosajones.

⁴⁸ Carolyn B. Lamm y Jeremy K. Sharpe, Inoperative Arbitration Agreements Under The New York Convention, en Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards, The New York Convention in Practice, Edited by Emmanuel Gaillard and Domenico Di Pietro, Cameron May 2009, pag 300.

⁴⁹ Ibid. pag 297.

- **Eficacia.** Presupone que el Acuerdo Arbitral se encuentre libre de patologías o causas sobrevinientes que le resten fuerza.
- **Transferibilidad.** Se refiere a la posibilidad de que las partes puedan transferir o ceder el Acuerdo Arbitral o la disputa (cesión de derechos litigiosos).

Según los autores R Doak Bishop, Wade M. Coriell and Marcelo Medina Campos, existen tres distintos exámenes o estándares que pueden ser aplicados al Acuerdo Arbitral, para así discernir la ley aplicable, a efectos de determinar el alcance del artículo II (3) de la Convención de Nueva York.⁵⁰ Los estándares mencionados son: el enfoque tradicional conflictual (*traditional choice-of-law approach*) que resulta en el estándar de ley nacional; el estándar internacional uniforme (*uniform international standard*); y el estándar máximo (*maximum standard*) que consiste en el enfoque tradicional conflictual, sujeto al requerimiento de que sólo defensas internacionalmente neutrales sean reconocidas.⁵¹

Dichos estándares se encuentran implícitos en los distintos métodos que de seguido abarcaré, relativos a la determinación de ley la aplicable al Acuerdo Arbitral, en contratos con ley aplicable elegida; en contratos sin ley aplicable elegida por las partes, y la aplicación del método autónomo, siguiendo postulados como los de la Nueva Lex Mercatoria. Por último, analizaré las teorías más relevantes en los casos en revisión por cortes nacionales de gran relevancia en el campo arbitral.

A Ley aplicable al Acuerdo Arbitral en contratos con ley elegida por las partes.

En los contratos internacionales es usual, incluso recomendado, que las partes acuerden la ley que rige su relación jurídica. Rara vez las partes se detienen a discutir o negociar si la ley escogida para el contrato principal regirá o no al Acuerdo Arbitral. Por ello, es de importancia aclarar que la ley escogida por las partes rige en principio, a menos de que se indique otra cosa, al fondo del asunto.

La Convención de Ginebra de 1961, en su artículo VII.1, establece que las partes podrán elegir libremente la ley que los árbitros apliquen al fondo de la controversia. Y en ausencia de ello, los árbitros “...aplicarán la ley procedente de conformidad con la regla de conflicto que estimaren apropiada en el caso en cuestión...”. En ambos casos, los árbitros tendrán en cuenta el contenido del contrato y los usos mercantiles.⁵²

La Convención de Ginebra es aplicada en casos de arbitraje convenidos para solventar controversias o contiendas surgidas de operaciones de comercio internacional, entre personas que tengan, al momento de estipular el Acuerdo Arbitral, su residencia o domicilio o sede social, en Estados contratantes distintos.⁵³ Sin embargo, aun cuando debe entenderse que la Convención citada no es aplicable erga omnes, el postulado de su artículo VII.1 merece consideración a efectos del tema tratado, pues enuncia la tendencia europea de los años 50 a aceptar el acuerdo de partes en cuanto al derecho aplicable.

⁵⁰ R Doak Bishop, Wade M. Coriell and Marcelo Medina Campos; The “Null and Void” Provision of The New York Convention, en *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards*, The New York Convention in Practice, Ed. Emmanuel Gaillard and Domenico Di Pietro, Cameron May 2009., pag 286.

⁵¹ Ibid. pag 286.

⁵² Convención Europea sobre Arbitraje Comercial Internacional. Ginebra, 21 de abril de 1961.

⁵³ Alfonso-Luis Calvo Caravaca y Javier Carrascosa González *Derecho Internacional Privado Volumen II, Contratos Internacionales I*, Editorial Comares, Granada 2000, pag 318.

Por su parte la Ley Modelo de CNUDMI, en su artículo 28, establece: “... 1) *El tribunal arbitral decidirá el litigio de conformidad con las normas de derecho elegidas por las partes como aplicables al fondo del litigio. Se entenderá que toda indicación del derecho u ordenamiento jurídico de un Estado determinado se refiere, a menos que se exprese lo contrario, al derecho sustantivo de ese Estado y no a sus normas de conflicto de leyes...*”.⁵⁴

Así, desde muchos años atrás se admite que los árbitros (o jueces) se inclinan por reconocer el acuerdo de partes, respecto a la ley aplicable a la relación jurídica y al contrato principal. Y ello ha llevado a extender dicha elección el mismo al Acuerdo Arbitral. Es a lo que arriba me refería con el enfoque tradicional de la ley elegida por las partes (*traditional choice-of-law approach*), que resulta en el estándar de ley nacional. Con este método, se hace un análisis del Acuerdo Arbitral a la luz de la ley que rige el contrato principal. Se extiende lo convenido por las partes a ese respecto para analizar según dicha ley, si el Acuerdo Arbitral cumple con la ley del contrato principal, respecto a su formación y validez.

El Prof. J.D. Lew menciona que pueden existir casos en los que se desprenda que el Acuerdo Arbitral es simplemente una cláusula más del contrato principal, un contenido más respecto a los derechos y obligaciones de las partes al contrato, y por ende, la ley elegida puede considerarse una escogencia expresa de las partes.⁵⁵ Al respecto, es razonable asumir que la ley elegida por las partes para regular el contrato principal también regule el Acuerdo Arbitral. Acaso no es válido preguntarse ¿Si las partes eligen una ley particular para regular su acuerdo, por qué sería otra ley, no elegida por ellas, la que deba aplicarse a una sola de las cláusulas en el contrato?⁵⁶

Sin embargo, con fundamento en el principio de autonomía e independencia del Acuerdo Arbitral, esa ley escogida por las partes podría no ser la que se aplique al Acuerdo Arbitral mismo, aun cuando éste se encuentre contenido en el contrato principal. Claro que hay tendencias y autores a favor o en contra de tal postulado. Al respecto el Prof. Gaillard ha dejado clara su postura: “...*Hacer depender la validez de un acuerdo arbitral a las particularidades de la ley elegida por las partes para regular el fondo de la disputa, afectaría indudablemente el balance buscado por las partes en esa situación...*”.⁵⁷

Lo anterior en referencia a que según el citado autor, cualquier ley que sea la aplicable al fondo de la disputa, ya sea por elección de las partes o porque resulte así después de aplicarse el método conflictual, lleva a contradecir el ya globalmente aceptado principio de autonomía del Acuerdo Arbitral, o contradice la esperada neutralidad del procedimiento de resolución de disputa acordado. Ello porque la ley del contrato puede ser una en particular debido a una conexión con una de las partes, por razones propias de la relación jurídica.⁵⁸ Y, dependiendo de los alcances de la ley escogida por las partes para esa relación jurídica, podría ponerse en riesgo la validez o eficacia del Acuerdo Arbitral, por circunstancias totalmente ajenas a los elementos intrínsecos de la misma.

⁵⁴ Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional 1985 (con enmiendas aprobadas en 2006), art. 28.

⁵⁵ J.D. Lew, *The applicable to the form and substance of the arbitration clause* (1999) (9 ICCA Congress Series 114), citado en Op. Cit. Nigel Blackaby y Constantine Partasides QC con Alan Redfern y Martin Hunter, pag. 158.

⁵⁶ Op. Cit. Nigel Blackaby y Constantine Partasides QC con Alan Redfern y Martin Hunter, pag. 158.

⁵⁷ Emmanuel Gaillard, “Thirty years of Lex Mercatoria”, *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, 1995, pag. 219. Cita traducida no oficialmente de: “... *To have the validity of the arbitration agreement depend upon the particularities of the law chosen by the parties to govern the substance of the dispute would undoubtedly upset the balance sought by the parties in such a situation...*”

⁵⁸ Ibid. pag. 219.

Aun cuando se pueden constatar distintas convenciones internacionales, así como legislaciones nacionales, que reconocen la fuerza de la autonomía de la voluntad y respetan la ley escogida por las partes como la aplicable a su relación contractual; no es aceptado uniformemente que dicha ley sea la que se aplique de igual manera al Acuerdo Arbitral. A este punto se debe buscar la coincidencia entre dos cuestiones que entran en franca oposición, por un lado si el Acuerdo Arbitral es una obligación más de las partes contratantes ¿por qué debe ser otra la ley que le aplique?, y por otro lado, ¿por qué dejar el destino de la resolución de la controversia a estipulaciones legales que fueron escogidas por las partes para regir su relación jurídica?

No obstante, es claro que cuando no existe ley escogida por las partes, ni siquiera para regular el contrato principal, la problemática se pone más en evidencia, como veremos a continuación.

B Ley aplicable al Acuerdo Arbitral en Contratos sin ley aplicable elegida por las partes.

A falta de elección por las partes de reglas aplicables, la determinación de la ley que regule tanto el fondo como el Acuerdo Arbitral es compleja. Existen distintas posiciones doctrinarias que han sido incluso incorporadas en legislaciones nacionales referentes al tema. Paso a hacer un breve recorrido sobre las posturas más comentadas.

(1) La Ley de la Sede.

Hasta a mediados de la década de los 50, un paradigma tradicional regía la cuestión de cuál sistema de derecho internacional privado se debía aplicar en el arbitraje comercial internacional. Así se comentaba que debía ser el sistema conflictual del derecho de la sede. De esta manera, el derecho del lugar de la sede controlaba la cuestión conflictual, y así se entendía y esperaba que el Tribunal Arbitral se remitiera al sistema de derecho internacional privado vigente en el lugar de la sede arbitral, para resolver los problemas de conflicto de leyes. Este paradigma tradicional fue establecido en las resoluciones del *Institut de Droit International* de 1952, que aceptaron a este respecto el reporte y recomendaciones de Sauser Hall.⁵⁹

Con el paso del tiempo la ley de la sede dio seguridad, por ser considerada una ley o norma de aplicación directa, lo que implicaba dejar atrás el método conflictual tradicional. La importancia de la sede, como ancla para la determinación del sistema jurídico aplicable, se basó en la seguridad y previsibilidad, equiparando la función de los árbitros a aquella de los jueces del mismo lugar.

No obstante, la sede es criticada como un punto de conexión débil, sobre todo por ser elegida por las mismas partes.⁶⁰ Al respecto el Prof. Emmanuel Gaillard afirma que la sede es elegida frecuentemente “*por razones geográficas o de otra conveniencia que no tienen peso en la cuestión de si el acuerdo arbitral es válido o no*”; dejando claro que no es apropiada la ley de la sede para determinar la validez de la cláusula arbitral porque dejaría ello a la suerte o a la maquinación de las partes.⁶¹

⁵⁹ Filip De Ly, Conflict of Law in International Arbitration – An Overview, en Conflict of Laws in International Commercial Arbitration, Ed. por Franco Ferrari / Stefan Kröll, NYU, Center for Transnational Litigation, Arbitration and Commercial Law, JURIS, 2019, pag. 3 y 4.

⁶⁰ Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration, Ed. Emmanuel Gaillard and John Savage, Kluwer Law International 1999, pag 365. La cita textual es: “*The seat of arbitration is a weak connecting factor, especially where it has not been chosen by the parties themselves*”.

⁶¹ Op. Cit. Emmanuel Gaillard, 219.

Así, sus deponentes critican que la sede es una escogencia aleatoria, muchas veces definida por factores convenientes a las partes contratantes. Además se ha considerado que su aplicación ha cedido importancia, dado el impacto de la teoría del sistema autónomo en los sistemas legales nacionales y el desarrollo de su *case law*, el desarrollo de la unificación y armonización del derecho, la difusión de ciertas reglas arbitrales, la liberalización de los precedentes en Francia en los años 60, la adopción de la Ley Inglesa de Arbitraje de 1979, las reformas francesas de 1980 y 1981, y la difusión de la Ley Modelo CNUDMI. Todo ello ha contribuido a la autonomía del proceso arbitral, en el marco de la autonomía de las partes, y así se ha logrado armonizar el principio de *Kompetenz-Kompetenz* y la autonomía de los árbitros para decidir reglas de procedimiento y la aplicación de sistemas conflictuales, en ausencia de acuerdo entre las partes.⁶²

No obstante lo anterior, en mi opinión la importancia de la ley de la sede persiste y no puede obviarse, en tanto que el artículo V.1 (a) de la Convención de Nueva York establece que se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución del laudo, si se prueba, ante quien se pide el reconocimiento y la ejecución, que el Acuerdo Arbitral no es válido en virtud de la ley a la que las partes lo han sometido, o en ausencia de ello, en virtud de la ley de la sede.

(2) Norma de Conflicto del Sistema de Derecho Internacional Privado.

En el método conflictual encontramos distintas opciones. Una, el sistema de normas de conflicto de un Estado particular, como por ejemplo el de la sede del proceso arbitral, como vimos anteriormente. Por otro lado, aquél más próximo al litigio. O incluso, aquel que derive de normas uniformes, aplicables a las partes en controversia.⁶³

Se menciona en doctrina la aplicación del método indirecto (*voie indirecte*), que remite a los árbitros a usar un análisis conflictual, aplicando las normas de conflicto que consideren conveniente, aplicable o apropiado. Se encontraba incluido en la versión de las Reglas de Arbitraje de CNUDMI de 1976, sin embargo, este método dejó de ser regulado y en su lugar se dio paso al método directo (*voie directe*).⁶⁴ En la actualidad, el artículo 35 de las Reglas de Arbitraje de CNUDMI actuales establecen: “...*Si las partes no indican las normas de derecho aplicables, el tribunal arbitral aplicará la ley que estime apropiada...*”.⁶⁵

Sin embargo, la Ley Modelo de CNUDMI en su artículo 28, si mantiene la necesaria remisión a normas de conflicto (el método indirecto), al establecer que si las partes no pactaron la ley aplicable, el Tribunal Arbitral aplicará la ley que resulte de las normas de conflicto de leyes que consideren aplicables. Aclarando además, que ello lo decidirán con arreglo a las estipulaciones del contrato principal y teniendo en cuenta los usos mercantiles aplicables al caso.⁶⁶

⁶² Op. Cit. Filip De Ly, pag. 4 y 5.

⁶³ Op. Cit. Alfonso-Luis Calvo Caravaca y Javier Carrascosa González, pag 319.

⁶⁴ Franco Ferrari y Linda J. Silberman, Getting to the Law Applicable to the Merits in International Arbitration and the Consequences of Getting it Wrong, en Conflict of Laws in International Commercial Arbitration, Editado por Franco Ferrari / Stefan Kröll, NYU, Center for Transnational Litigation, Arbitration and Commercial Law, JURIS, 2019, pag. 379 y 380.

⁶⁵ Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (Revisado 2010), art. 35.

⁶⁶ Ley Modelo CNUDMI de 1985 sobre Arbitraje Comercial Internacional (con Enmiendas del 2006), art. 28.

En cuanto a los posibles puntos de conexión, para elegir la ley siguiendo el método indirecto, las opciones que han sido analizadas en doctrina, y particularmente partiendo de decisiones judiciales, tales como las de las cortes francesas, se mencionan puntos de conexión como el lugar donde se firmó el contrato, aplicando la regla de *locus regit actum*, o la regla *lex locus contractus*.

Otros sistemas han sido comentados también, por ejemplo (1) la ley procedente de conformidad con la regla de conflicto que estimen “*apropiada en el caso en cuestión*”; (2) el *Uniform International Standard*; y (3) el *Maximum Standard*. Se puede incluir en esta categoría una norma de conflicto ad hoc, que contenga “*puntos de conexión de calidad*”, que faciliten la previsibilidad del derecho aplicable por las partes. Dentro de los que han apoyado esta posición están Fouchard, Goldman, von Hoffmann, y hasta el mismo Pieter Sanders.⁶⁷

Se podrían encontrar casos en los que la misma ley arbitral nacional incluye normas de conflicto que guían a los árbitros a la decisión de cuál ley aplicar. Por ejemplo, la anterior Ley de Arbitraje Internacional española, disponía en el artículo 62: “... *En el arbitraje de Derecho, los árbitros resolverán conforme a la ley designada expresamente por las partes, siempre que tenga alguna conexión con el negocio jurídico principal o con la controversia; en su defecto, conforme a la ley aplicable a la relación de la que derive la controversia y, en último término, de acuerdo con la más apropiada a la circunstancia de la misma...*”. En palabras de Alfonso-Luis Calvo Caravaca y Javier Carrascosa González, lo ahí establecido constituía una verdadera norma de conflicto, y utilizaba los siguientes puntos de conexión: autonomía de la voluntad, la relación de la que deriva la controversia, y la conexión apropiada a las circunstancias.⁶⁸ En la actualidad, la norma española varió. El artículo que rige es el 34 (2), de la Ley 60/2003, que ordena a que los árbitros apliquen las leyes escogidas, sin mayor conexión, y a falta de ello, las que estimen apropiadas, con arreglo a las estipulaciones del contrato teniendo en cuenta los usos aplicables.⁶⁹

Sin embargo, la crítica en doctrina es clara, tal y como lo muestran Fouchard, Gaillard y Goldman con el siguiente comentario: “...*Si las cortes, y en particular tribunales arbitrales, continuaran razonando en términos de métodos conflictuales para determinar la ley que regule la validez formal de un acuerdo arbitral, deberían al menos tener un mejor entendimiento de la regla conflictual aplicable a la cuestión...*”.⁷⁰

También se ha expuesto que el método conflictual presenta un gran problema para los árbitros, particularmente porque ellos no tienen una localización territorial, a pesar de que la sede suele ser vista como tal. El recurrir al sistema conflictual propio de la legislación de la sede, lleva a resultados que evidencian lo inadecuado del método para ser aplicado en arbitrajes internacionales, pues lleva a decisiones impredecibles que escapan del imperativo de seguridad que justifica el método conflictual.⁷¹

⁶⁷ Op. Cit. Alfonso-Luis Calvo Caravaca y Javier Carrascosa González, pag 318.

⁶⁸ Ibid., pag 320.

⁶⁹ Ley 60/2003 Española, artículo 34(2) que establece: “... 2. ... *cuando el arbitraje sea internacional, los árbitros decidirán la controversia de conformidad con las normas jurídicas elegidas por las partes. Se entenderá que toda indicación del derecho u ordenamiento jurídico de un Estado determinado se refiere, a menos que se exprese lo contrario, al derecho sustantivo de ese Estado y no a sus normas de conflicto de leyes. Si las partes no indican las normas jurídicas aplicables, los árbitros aplicarán las que estimen apropiadas. 3. En todo caso, los árbitros decidirán con arreglo a las estipulaciones del contrato y tendrán en cuenta los usos aplicables....*”

⁷⁰ Op. cit. Fouchard, Gaillard, Goldman, pag 367. Traducción no oficial de: “... *If the courts, and particularly arbitral tribunals, were to continue to reason in choice of law terms when determining the law governing the formal validity of an arbitration agreement, they should at least have had a sounder understanding of the choice of law rule applicable to the question...*”.

⁷¹ Op. Cit. Emmanuel Gaillard, pag 217.

Las grandes dudas que surgen entonces son: ¿De cuál legislación debería extraerse la norma de conflicto? Y ¿Cuál punto de conexión debería ser el determinante para discernir (sea por la vía de la calificación o del *depeçage*) la ley aplicable? Ninguna de esas cuestiones han sido resueltas en forma definitiva o satisfactoria. La doctrina sigue buscando respuestas, y con más fuerza surgen alternativas, tal como la que se presenta como un enfoque autónomo que de seguido analizaré.

(3) La Nueva Lex Mercatoria (enfoque de un sistema autónomo).

El sistema tradicional, que establecía que el derecho internacional privado de la sede debía regir a la hora de resolverse cualquier conflicto de leyes, fue criticado por Berthold Goldman, al sugerir un sistema autónomo de reglas de conflicto para el arbitraje comercial internacional.⁷²

Sin duda la obra "*Frontières du droit et lex mercatoria*" de Berthold Goldman, y el trabajo de Clive Schmitthoff, y otros, lanzaron este tema, que desde entonces es ampliamente analizado académicamente.⁷³ Y de ahí parte un nuevo método, uno autónomo, que llevó a otros enfoques tales como la aplicación acumulativa de diferentes y contrapuestas reglas de conflicto, la aplicación acumulativa de diferentes y contrapuestas reglas sustantivas, el enfoque del mejor derecho, y la aplicación de principios generales del derecho. La metodología autónoma rápidamente se tornó en el desarrollo de la teoría del derecho transnacional sustantivo, que se conoce como la *Nueva Lex Mercatoria*, bajo la cual los árbitros podrían aplicar y desarrollar reglas auto-regulatorias basadas en contratos, condiciones estandarizadas, usos comerciales, costumbres y principios del derecho.⁷⁴

La introducción del artículo 6 de la Resolución del Instituto de Derecho Internacional, en los años 80, significó un cambio de paradigma, al establecer que las partes tienen total autonomía para determinar las reglas procedimentales y los principios que deben aplicar al arbitraje. Estas reglas y principios podrían emanar de diferentes sistemas jurídicos nacionales, así como de fuentes no-nacionales, tales como los principios de derecho internacional, principios generales del derecho, y usos de comercio internacional.⁷⁵

Es innegable que la Nueva Lex Mercatoria pueda aplicarse al objeto que se pretenda regular, si existiera consentimiento de las partes, mediante la autonomía de la voluntad. Sin embargo, la cuestión se torna compleja cuando no existe esa manifestación de voluntad. Aún en tales situaciones, árbitros tienden a aplicar la Nueva Lex Mercatoria al fondo de los asuntos que deben resolver, a través de un método sistemático de análisis. En este sentido, se dice que los árbitros aplican reglas de derecho transnacional para llenar vacíos, encontrados en las leyes nacionales escogidas para regular el fondo de la disputa, o en respuesta al llamado del orden público internacional para prescindir de la aplicación de la ley elegida, reemplazándola por reglas transnacionales.⁷⁶

⁷² B. Goldman, Les conflits de lois dans l'arbitrage international de droit privé, Académie de droit international, 109 Recueil Des Cours 347-483 (1963 II), citado en Op. Cit. Filip De Ly, pag. 4.

⁷³ Op. Cit. Emmanuel Gaillard, pag 208.

⁷⁴ Op. Cit Filip De Ly, pag. 4.

⁷⁵ Shahla Ali, Transnational Commercial Law of Arbitration – Developments and Controversies, OUP Handbook of Transnational Law, Oxford University Press, Nov. 2019, pag. 12.

⁷⁶ Ibid. pag. 10 y 11.

El Prof. Emmanuel Gaillard propone el uso de otra terminología: “*reglas transnacionales*” o “*principios generales del derecho comercial internacional*”. Nos explica que dichos términos implican que la solución a problemas de la comunidad de negocios también es encontrada en los sistemas jurídicos nacionales, y sugieren con claridad que la especificidad de las reglas proviene más de su fuente que de su contenido. Dice que el concepto “...no es más de enfrentamiento entre el sistema legal nacional y un sistema legal transnacional hipotético, sino uno de complemento...”.⁷⁷

En cuanto al arbitraje, el mencionado autor indica que sin duda por el verdadero carácter internacional del arbitraje, dada la multi-diversidad de nacionalidades, territorios, procedimientos y disciplinas jurídicas, los árbitros se inclinan a recurrir a reglas que no son estrictamente aquellas de un sistema jurídico particular o único. Y que precisamente, porque los árbitros, a diferencia de los jueces nacionales, no se encuentran localizados en un foro, y por ello tienden a seguir y a aplicar reglas de origen internacional.⁷⁸ Lo anterior contrasta con métodos rígidos, como lo es el propio método conflictual.

La existencia de la *lex mercatoria* ha sido debatida en el entorno arbitral, en contextos ideológicos, teóricos y prácticos.⁷⁹ Según doctrina, algunos comentaristas han establecido que solo existen tres instancias en las que las reglas del derecho transnacional pueden ser aplicadas correctamente en arbitraje: como un sistema de reglas de conflicto transnacional, como reglas sustantivas transnacionales, y como reglas transnacionales de orden público.⁸⁰

La Prof. Shahla Ali nos cita distintos casos en los que laudos arbitrales han utilizado *lex mercatoria* como derecho sustantivo, y los mismos han sido reconocidos o validados por cortes de distintos países.⁸¹

Así, de igual manera, en doctrina se comenta que las reglas transnacionales sustantivas son aplicables en el arbitraje internacional particularmente en dos situaciones, la primera de ellas cuando los árbitros deben conocer de la existencia y validez del Acuerdo Arbitral, y la otra, cuando las partes no eligen la ley aplicable al fondo de la relación o disputa, y buscan que sean dichas reglas las que se apliquen.⁸²

Como vimos anteriormente, se comenta que los sistemas jurídicos nacionales que resuelven el conflicto de leyes no están diseñados para responder a las cuestiones que presenta el Acuerdo Arbitral. Ello pues, no son recomendables las conexiones con el lugar de la ejecución del acuerdo, ni con el del domicilio de alguna de las partes, o con el lugar donde se firmó el Acuerdo Arbitral, o ni siquiera con la ley elegida por las partes para el contrato principal, o incluso con el lugar de la sede arbitral.⁸³

⁷⁷ Op. Cit. Emmanuel Gaillard, pag 211) De la cita textual: “... The concept is no longer one of opposition between national legal systems and a hypothetical transnational legal system, but rather one of complementarity...”

⁷⁸ Ibid. pag 211.

⁷⁹ Ibid. pag 209.

⁸⁰ Op. Cit. Shahla Ali, pag. 8.

⁸¹ Ibid. pag. 11. Cita los casos siguientes: (a) Caso *Fougerolle*, de la Corte de Apelaciones de París donde dicha corte confirmó un laudo que hizo referencia a “principios generales” usualmente aplicables al comercio internacional; (b) Caso *Pabalk Ticaret Ltd. v. Norsolor S.A.*, que fue ejecutado por las cortes francesas aún cuando se basó en la Nueva Lex Mercatoria; (c) El caso *Deutsche Schachtbau und Tiefbohrergesellschaft G.m.b.H v. Rakoil*, donde la Corte Inglesa de Apelaciones confirmó la ejecución del laudo que fue decidido basado en la Nueva Lex Mercatoria, razonando que “tal decisión no fue meramente basada en equidad”; (d) El caso *Valenciana*, donde la Corte de Apelaciones de París decidió la disputa basándose en la Nueva Lex Mercatoria, en ausencia de ley nacional elegida por las partes, determinando que el caso fue decidido “dentro de su misión”; (e) El caso *Fratelli Damiano v. August Töpfer & Co.*, donde la Corte di Cassazione sostuvo que aún cuando las partes no se habían sometido a la Convención de Ginebra de 1961, que exige que los laudos sean razonados, tal norma es aceptada “por la comunidad internacional de mercantes”

⁸² Op. Cit. Emmanuel Gaillard, pag. 218.

⁸³ Ibid. pag 219.

Por ello, afirmar la conveniencia de un orden de reglas transnacionales, para dar sustento a la validez y eficacia del Acuerdo Arbitral, puede ser oportuna y merece seguir explorándose.

C Ley aplicable al Acuerdo Arbitral en Revisión por Tribunales de Justicia

A la luz de la Convención de Nueva York, existen al menos dos momentos en los que los Tribunales Judiciales podrían requerir de la determinación de la ley aplicable al Acuerdo Arbitral. El primero de ellos es en la etapa previa, cuando se somete una disputa ante el juez y dicha disputa ha sido sometida (o se pueda pensar así) a arbitraje, caso típico, el reclamo originado por un contrato que contiene Acuerdo Arbitral. La Convención de Nueva York, en su artículo II (3), dispone que dicho juez “...remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable...”. Esta es una etapa previa, y supondría que no existe aún un procedimiento arbitral en marcha (aunque podría haberlo). Por ello, la complejidad de determinar la ley aplicable al Acuerdo Arbitral en esta etapa es alta.

Los autores Carolyn B. Lamm y Jeremy K. Sharpe, indican que en el período antes de la constitución del tribunal arbitral, las cortes frecuentemente aplican la *lex fori* a los aspectos relacionados con la existencia, validez y eficacia del Acuerdo Arbitral.⁸⁴ Solución también sugerida por Stavros Brekoulakis para los casos en que es requerida la determinación de ley aplicable para discernir la arbitrabilidad de la disputa, que, como sugiere el autor, lleva a un análisis que corresponde al área del conflicto de jurisdicciones. Dice el autor mencionado: “... Arbitrabilidad se relaciona a la asignación de competencia entre cortes nacionales y tribunales arbitrales, y es entonces un aspecto de naturaleza procesal...” Y por ello, la cuestión ha sido comentada como una cuestión de aplicación de la *lex fori*.⁸⁵

Por *lex fori* entenderíamos la ley del lugar donde se encuentra la corte que conoce de la cuestión, es decir, aquella que rige al juez en la etapa previa. Aquel que estudia si se debe o no remitir a las partes a arbitraje.

La otra etapa, es la sugerida en el artículo V.1 (a) de la Convención de Nueva York, y corresponde a la etapa de reconocimiento y ejecución del laudo arbitral. Dicho artículo establece que el reconocimiento o la ejecución del laudo puede ser negada si quien se opone prueba que el Acuerdo Arbitral no es válido en virtud de la ley a la que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado, en virtud de la ley del país en que se haya dictado el laudo. Contrario al anterior escenario, esta es una etapa posterior al procedimiento, pues ya supone la existencia de una decisión definitiva y firme de parte de un Tribunal Arbitral.

⁸⁴ Ibid. pag 302 - 303. Traducción no oficial de la cita: “...In reality, though, absent a legislative mandate, courts often decline to look to the law of the country where the award will be made, not least because it may be impossible, at the referral stage, to know that law. Rather, courts have devised a host of conflict-of-laws principles for determining the law governing the arbitration agreement. In the period before the arbitral tribunal has been constituted, courts often apply the law of the forum to issues regarding the existence, validity, and operability of the arbitration agreement...”

⁸⁵ Stavros Brekoulakis, Arbitrability and Conflict of Jurisdictions: The (Diminishing) Relevance of Lex Fori and Lex Loci Arbitri en Conflict of Laws in International Commercial Arbitration, Editado por Franco Ferrari / Stefan Kröll, NYU, Center for Transnational Litigation, Arbitration and Commercial Law, JURIS, 2019, pag. 152. La cita textual dice: “... Arbitrability relates to the allocation of jurisdiction between national courts and tribunals, and it is therefore a matter of procedural nature...”

No obstante, al encontrarnos en el supuesto de que el juez está en la etapa previa al “*dictado de la sentencia*”, las cortes nacionales pueden ser reacias a aplicar la ley del lugar del laudo, no solo porque a ese momento el laudo es un evento futuro, que haría imposible discernir con certeza cuál sería la ley que le rija.⁸⁶ Se podría pensar que esa dificultad es aparente, en los casos en que el Acuerdo Arbitral tenga señalada la sede y en ese caso se podría anticipar que la ley de dicha sede sería la *lex arbitri*, y como tal, la ley que rija el laudo. Pero aún en esos casos, en mi opinión, habría incerteza, porque distintas y sobrevenidas circunstancias podrían cambiar el escenario concebido originalmente por las partes.

Seguidamente haré una somera revisión de los criterios más relevantes en países con posiciones y legislaciones amigables al arbitraje, tales como Reino Unido, Francia y Estados Unidos de América (EEUU); que en general agrupan -como sedes- un gran porcentaje de los arbitrajes internacionales a nivel mundial, entre otros, como también lo hacen Suiza, Hong Kong, Singapur, Estocolmo.

(1) El enfoque inglés.

En el caso *Sulamérica Cia Nacional de Seguros SA y otro vs Enesa Engenharia SA y otros*⁸⁷ la Corte Inglesa de Apelaciones sostuvo que la ley inglesa, que era la de la sede, debía regir al Acuerdo Arbitral, aun cuando las partes habían convenido regular el contrato principal con la ley de Brasil.

En este caso, la Corte Inglesa estableció que de no existir elección expresa o implícita de la ley que rija el Acuerdo Arbitral, se debe determinar como aquella la ley a la que el Acuerdo Arbitral tenga su más cercana y real conexión. La contención radicaba en que el contrato principal si contenía un convenio de elección de ley, incluso hasta de elección de foro, siendo en ambos casos Brasil. Por otro lado, la contraparte alegaba que independientemente de ello, en virtud de que la sede del arbitraje convenido por las partes era Londres, la ley inglesa tenía mayor conexión con el Acuerdo Arbitral.

⁸⁶ Op. Cit. Carolyn B. Lamm y Jeremy K. Sharpe, pag 302.

⁸⁷ Ver ([2012] EWHC, Comm, Case No. 2011, Folio No. 1519.

En este caso, la Corte Inglesa tuvo en consideración el artículo 7 de su Ley de Arbitraje de 1996 y casos precedentes, para valorar que el Acuerdo Arbitral es independiente y autónomo del contrato principal, para efectos de determinar su validez, existencia y eficacia. Así se estableció: “...*Por supuesto que no se puede separar [el Acuerdo Arbitral] al acuerdo comercial en el que aparece, pero si tiene una identidad distinta. Es perfectamente posible (y no infrecuente) que las partes expresamente acuerden que diferentes cuerpos legales deben aplicar al acuerdo comercial y al acuerdo arbitral dentro de aquel... La clave principal depende del peso que puede ser dado a la disposición de la condición 12, que dice “la sede del arbitraje debe ser Londres, Inglaterra” ... Por esta razón es que las autoridades recientemente han dado importancia a la ubicación de la sede del arbitraje como un factor importante en determinar la ley apropiada del acuerdo arbitral...*”.⁸⁸

En el fallo, la corte continúa razonando el tema, y se remite a un antiguo caso “*Shashoua v Sharma*” ([2009] 2LLR 376), y continuó estableciendo que poco importaba que no hubiere referencia expresa en la cláusula arbitral a la ley inglesa, porque era aceptado que la elección de la sede de arbitraje determina la *lex arbitri* y la competencia supervisora de las cortes inglesas de conformidad con dicha ley. Así, concluyó la Corte Inglesa: “... *En estas circunstancias, es claro ... que la ley con la cual el acuerdo arbitral tiene su más cercano y real conexión es la ley de la sede arbitral, sea la ley inglesa...*”.⁸⁹

De esa manera se consolida en las cortes inglesas un enfoque particular que conlleva tres exámenes: (a) Si las partes pactaron una ley que rigiera el Acuerdo Arbitral, entonces sería ésta la que debe aplicársele. (b) Si no existiera un acuerdo expreso, entonces se recurriría a la ley implícita o insinuada. (c) Y en ausencia de lo anterior, entonces las cortes inglesas se inclinarían por determinar la ley cuya conexión sea más cercana y real al Acuerdo Arbitral.⁹⁰

Encontramos también el caso *Arsanovia*, donde la Corte Superior de Inglaterra aplicó los mismos principios de *Sulamérica*. Este caso se resolvió indicándose que la sede arbitral no prevalece sobre el acuerdo de partes, en cuanto a la ley elegida expresamente por ellas. Existiendo tal acuerdo, no fue necesario para la Corte Superior analizar la relación más cercana y real del sistema jurídico con el arbitraje.⁹¹

⁸⁸ Ibid. par 7 – 15. Traducción no oficial de: “... *It cannot of course be divorced from the commercial agreement in which it appears but it does have a distinct identity. It is perfectly possible (and a not infrequent occurrence) for the parties expressly to agree that different identified bodies of law should apply to the commercial agreement and to the arbitration agreement within it. ... I was referred to a significant number of authorities where the court has had to determine the proper law of an arbitration agreement in the context of arguments that it did or did not differ from the proper law of the parent contract, but the parties agreed that each case necessarily turned upon its own facts and the particular forms of words used. The key issue here depends upon the weight to be given to the provision in Condition 12 that “the seat of the arbitration shall be London, England”. ... It is for this reason that recent authorities have laid stress upon the location of the seat of the arbitration as an important factor in determining the proper law of the arbitration agreement. I explored the effect of this in C v D [2007] 2 LLR 367, as did the Court of Appeal, in the same case at [2008] 1LLR 239. The matter is further discussed, following the decision of the Court of Appeal, in my decision in Shashoua v Sharma [2009] 2LLR 376. ... There, I concluded that the broad thrust of the more recent authorities appeared to suggest that, where the law of the substantive contract differed from the curial law, there was an increased likelihood that the law of the arbitration agreement and the law of the contract of reference would tally with that of the curial law. In that case too, the defendants relied upon dicta in other cases and passages in a number of textbooks which suggested that it was more likely that the proper law of the agreement to arbitrate would be the same as the proper law of the substantive parent contract. ...*”

⁸⁹ Ibid. par 7 – 15. Al respecto: “... *In these circumstances, it is clear to me that the law with which the agreement to arbitrate has its closest and most real connection is the law of the seat of arbitration, namely the law of England...*”

⁹⁰ Op. Cit. Nigel Blackaby y Constantine Partasides QC con Alan Redfern y Martin Hunter, pag. 160.

⁹¹ Orlandia F. Cabrera Colorado, El Derecho Aplicable al Acuerdo de Arbitraje, ICC México Pauta No. 84 (2017), pag. 7 – 8; comentando *Arsanovia Limited, Burley Holdings Limited, et al v. Cruz City 1 Mauritius Holdings* [2012] EWHC 3702.

Recientemente, la Corte Suprema del Reino Unido dictó resolución final en el caso *Enka Insaat Ve Sanayi AS v OOO Insurance Company Chubb*.⁹² En ese caso los apelantes debatieron y cuestionaron la decisión de la Corte Inglesa de Apelaciones, en el sentido de que en ella se estableció que a menos de que exista una elección expresa de ley que rijal al Acuerdo Arbitral, la regla general debe ser que el Acuerdo Arbitral está regulado por la ley de la sede, como ley implícita, a menos de que en el caso se logren extraer fuertes razones en contrario. Los apelantes reclamaron que lo decidido, en esos términos, era equivocado, ya que se debe determinar que, a menos de que existan fuertes indicaciones en contrario, la ley elegida para regir el contrato principal será la que rijal el Acuerdo Arbitral. Y por ello, al haberse elegido en el caso tratado la ley rusa como la ley del contrato principal, implícitamente la intención de las partes era someter el Acuerdo Arbitral a esa misma ley, por lo que la ley de Rusia debería prevalecer aun cuando se hubiera elegido Londres como la sede del arbitraje.

La Corte Suprema varió el razonamiento pero coincidió con la Corte de Apelaciones, en el resultado: la ley aplicable al Acuerdo Arbitral sería la ley inglesa. En el preámbulo de la decisión, con gran claridad, los jueces indicaron que donde exista un contrato internacional con una cláusula arbitral que dirija a las partes a arbitraje para resolver sus disputas, por lo menos tres sistemas del derecho nacional están implicados, que son: la ley que gobierna la sustancia y fondo de la disputa; la ley que regula al Acuerdo Arbitral; y la ley aplicable al proceso arbitral. Así se estableció “...*el punto central ... concierne cuál sistema legal nacional gobierna la validez y el ámbito del acuerdo arbitral cuando la ley aplicable al contrato que lo contiene se separa de la ley de la sede arbitral...*”.⁹³

La Corte Suprema (en votación tres a dos, de cinco de sus jueces) confirmó y estableció un precedente importante, respecto a cómo debe identificarse la ley aplicable al Acuerdo Arbitral. En su decisión, la Corte Suprema del Reino Unido delimitó las reglas a seguir: (1) La ley aplicable al Acuerdo Arbitral puede no ser la misma que la ley aplicable a otras partes del contrato, lo que pudiera requerir la aplicación de las reglas de conflicto del derecho común inglés, en vez de las disposiciones de la Regulación Roma I. (2) Según dichas reglas, la ley aplicable al Acuerdo Arbitral podría ser (i) la ley escogida por las partes, o (ii) a falta de ella, el sistema legal con el que el Acuerdo Arbitral está más estrechamente conectado. (3) Si se requiriera de la interpretación del Acuerdo Arbitral y del contrato que lo contiene, para determinar si las partes han acordado una ley que regule el Acuerdo Arbitral, se aplicarán las reglas de interpretación de contratos del derecho inglés, al ser la ley del foro. (4) La ley aplicable al contrato será generalmente la que aplique al Acuerdo Arbitral que forma parte del contrato, si no es que hubiere otra ley especificada. (5) El que las partes acuerden como sede arbitral un país distinto, no obsta a inferir que una ley elegida para el contrato fue pretendida para el Acuerdo Arbitral. (6) No obstante, hay factores que llevan a negar tal inferencia y en algunos casos implícitamente pueden llevar a la interpretación de que se pretendió que el Acuerdo Arbitral fuera regulado por la ley de la sede.

⁹² Ver decisión en caso *Enka Insaat Ve Sanayi AS v OOO Insurance Company Chubb* ([2020] UKSC 38).

⁹³ Ibid. par 170. La cita textual del fallo es: “... 1. Where an international commercial contract contains an agreement to resolve disputes by arbitration, at least three systems of national law are engaged when a dispute occurs. They are: the law governing the substance of the dispute; the law governing the agreement to arbitrate; and the law governing the arbitration process. The law governing the substance of the dispute is generally the law applicable to the contract from which the dispute has arisen. The law governing the arbitration process (sometimes referred to as the “curial law”) is generally the law of the “seat” of the arbitration, which is usually the place chosen for the arbitration in the arbitration agreement. These two systems of law may differ from each other. Each may also differ from the law which governs the validity and scope of the arbitration agreement.

2. The central issue on this appeal concerns which system of national law governs the validity and scope of the arbitration agreement when the law applicable to the contract containing it differs from the law of the seat of the arbitration...”

Tales factores pueden ser: (i) cualquier disposición de la ley de la sede que indique que el arbitraje también será tratado como regulado por la ley de ese país; o (ii) la existencia de un grave riesgo de que si el Acuerdo Arbitral fuera regulado por la misma ley que regularía el contrato, el Acuerdo Arbitral sería ineficaz. (7) Donde no hay elección expresa de una ley que regule el contrato, un Acuerdo Arbitral señalando que el arbitraje será en un lugar particular, por sí sólo no justifica inferir que se previó regular el contrato o el Acuerdo Arbitral por la ley de ese lugar. (8) A falta de una ley escogida para el Acuerdo Arbitral, éste es regulado por la ley con la cual esté más cercanamente conectado. Donde las partes han escogido la sede arbitral, esa determinará la ley aplicable, aún si difiere de la ley que rija las obligaciones contractuales sustantivas de las partes. (9) El hecho de que el contrato obligará a las partes a intentar resolver la controversia a través de negociación, mediación o cualquier otro mecanismo alternativo, antes de iniciar el arbitraje, no será razón para separarse de la ley de la sede del arbitraje como la ley aplicable al Acuerdo Arbitral, si no es que hubiere una ley elegida para regularlo.⁹⁴

Es importante indicar que la Corte Suprema dictó un fallo dividido: Lord Burrows y Lord Sales se separaron de los jueces supremos que se unieron en la decisión de mayoría, evidenciando que el “examen” del *common law*, definido en casos precedentes y principalmente en el caso *Sulamérica Cia Nacional de Seguros SA y otro vs Enesa Engenharia SA y otros*, no se encuentra exento de discusión o de polémica. Tal y como lo indica Lord Sales, en su decisión de adhesión al voto de minoría redactado por Lord Burrows: “...A diferencia de *Sulamérica*, no hubo una buena razón compensatoria que indicara que las partes tuvieron la intención de que la ley escogida por ellas para su contrato no debería extenderse al acuerdo arbitral del que era parte...”.⁹⁵

Lo anterior evidencia que el examen establecido por las cortes inglesas, siguiendo los principios del *common law*, no está definido ni se exime de complejidad. Bien puede incluso ser un examen subjetivo que tienda a buscar la validación del Acuerdo Arbitral, para reforzar su autoridad como piedra angular del procedimiento de solución del conflicto. Tal y como lo establece la doctrina, los efectos de las decisiones judiciales pueden estar permeadas de un interés subyacente, sea encontrar mecanismos que validen y den eficacia al Acuerdo Arbitral.⁹⁶

⁹⁴ Ibid. par. 170.

⁹⁵ Ibid. Traducción no oficial de: “...Unlike *Sulamérica*, there was no good countervailing reason to indicate that the parties intended that the choice of law they had made for their contract should not extend to arbitration agreement which was part of it...”.

⁹⁶ Op. Cit. Nigel Blackaby y Constantine Partasides QC con Alan Redfern y Martin Hunter, pag. 162. Traducción no oficial de: “... In all of these cases, it is plain that the effect of the decision (and perhaps one of the driving forces behind it) was to validate the arbitration agreement. The parties had agreed to arbitrate disputes, but when the time came to do so, one party sought to renege on the agreement...”.

(2) El enfoque francés.

En Francia, para determinar la validez del Acuerdo Arbitral, existen distintos métodos que han sido usados por sus cortes. Uno de ellos, implica la remisión a la ley elegida por las partes para sujetar el contrato principal; otro, la remisión a puntos de conexión, utilizando el método conflictual tradicional; pero principalmente se encuentra el método de “*reglas sustantivas*”, que sean consideradas apropiadas en el contexto internacional. En Francia, desde 1993, con la resolución del caso *Dalico*, las cortes han favorecido este último método.⁹⁷ Así lo ha comentado la doctrina: “...*Para las cortes que revisan el laudo, la cuestión es la de establecer las condiciones bajo las cuales un acuerdo arbitral puede ser efectivo dentro del sistema legal. En ese caso, parece apropiado aplicar conceptos sustantivos de esa ley limitándose a los conceptos considerados esenciales en el contexto internacional...*”.⁹⁸

Otros autores se refieren al método francés como el de la “*intención común de las partes*”. Que refiere a como las cortes francesas han establecido que la existencia y ámbito de aplicación del Acuerdo Arbitral está determinado exclusivamente a las intenciones comunes discernibles de las partes. Así, el Acuerdo Arbitral se mantendría separado de las distintas leyes nacionales que podrían ser aplicables en otras jurisdicciones. De esta manera, se evitan las dificultades de categorización del Acuerdo Arbitral, típico del mecanismo conflictual o de las normas de derecho internacional privado de la *lex fori*. Este método es el resultado de distintos criterios judiciales franceses, que culminaron con el caso *Dalico*.⁹⁹

Al respecto, en dicho caso, la Corte Suprema francesa estableció: “... *de conformidad con una regla material de derecho arbitral internacional, la cláusula arbitral es legalmente independiente del contrato que la contiene, ya sea en forma directa o por referencia, y que su existencia y eficacia deben ser valoradas según la intención de las partes, sin tener que referirse a alguna ley nacional, mientras se sujete a reglas imperativas del derecho francés y al orden público internacional; que en el caso tratado, la corte de apelaciones legalmente justificó su decisión al establecer la existencia de la cláusula arbitral indistintamente de la ley libia que gobierna el contrato... y se demostró.. la intención común de las partes a someterse a la cláusula disputada...*”.¹⁰⁰

Recientemente, la Corte de Apelaciones de París en el caso *Kabab-Ji SAL v. Kout Food Group* rechazó la gestión de la parte vencida para anular la decisión del Tribunal Arbitral que resolvió el asunto.¹⁰¹ Con ello, la Corte de Apelaciones confirmó la competencia del Tribunal Arbitral respecto a una parte no signataria del Acuerdo Arbitral, indicando que, en ausencia de una ley consentida por las partes, la ley aplicable al Acuerdo Arbitral debía ser la que resultara de la regla sustantiva de arbitraje internacional, que reconoce la autonomía del Acuerdo Arbitral respecto del contrato principal y respecto de cualquier ley nacional.

⁹⁷ Op. Cit. Fouchard, Gaillard, Goldman, pag 364 y 365.

⁹⁸ Ibid. pag 247. Traducido de la cita: “... *For the courts reviewing an award, the question is to establish the conditions under which an arbitration agreement can be effective within their legal system. In that case, it seems appropriate to apply substantive concepts of that law limited to those considered essential in an international context...*”

⁹⁹ Op. Cit. Nigel Blackaby y Constantine Partasides QC con Alan Redfern y Martin Hunter, pag. 164.

¹⁰⁰ Traducción no oficial al Caso Casación Civil 1ero, Diciembre 23 1993, *Dalico Contractors c/ Municipalité de Khoms el Mergeb*.

¹⁰¹ Ver CA Paris, Junio 23 2020, No. 17/22943.

De esta manera, en el caso *Kabab-Ji SAL* comentado, la Corte de Apelaciones de París se apegó al criterio y razonamiento del caso *Dalico*, y expresó: “... según la regla sustantiva del derecho de arbitraje internacional, la cláusula arbitral es legalmente independiente del contrato subyacente en el que está incluida, ya sea directamente o por referencia, y su existencia y validez son interpretadas, sujeto a las reglas obligatorias del derecho francés y del orden público internacional, de conformidad con la voluntad común de las partes, sin la necesidad de recurrir a ninguna otra ley nacional...” [Par. 25] Adicionalmente, determinó que la ley elegida por las partes (que era la ley inglesa) no era suficiente para establecer la voluntad común de las partes para someter el Acuerdo Arbitral al derecho inglés, y derogar así las reglas sustantivas de arbitraje internacional de la sede del arbitraje. Con ello, la Corte de Apelaciones de París le dio más fuerza a la ley de la sede (en este caso, ley francesa) que a la elegida por las partes.¹⁰²

(3) El Enfoque Estadounidense.

En el célebre caso *Prima Paint*,¹⁰³ la Corte Suprema de Justicia dictaminó que: “...con respecto a una cuestión de competencia de las cortes federales, salvo a la existencia de una cláusula arbitral, la corte federal está instruida a ordenar la procedencia del arbitraje una vez se cerciore fehacientemente que ‘la creación del acuerdo arbitral o la falta de cumplimiento [del acuerdo arbitral] no está en discusión...’.”¹⁰⁴

En ese sentido, la Ley Federal de Arbitraje de EEUU, en su artículo 4 da el lenguaje preciso, al indicar que las cortes podrán conocer del asunto siempre que la existencia del Acuerdo Arbitral sea el tema en disputa, además de “...la creación del acuerdo arbitral o la falta de cumplimiento o rechazo a ejecutar...”¹⁰⁵. Con ello, el mandato para la revisión judicial en las cortes estadounidenses está bien definido. Las cortes de EEUU deberán conocer de los reclamos cuando la existencia y/o la creación o *falta de cumplimiento o rechazo a ejecutar* el Acuerdo Arbitral sea el tema a resolverse. Por eso, en fallos posteriores, al citarse el caso *Prima Paint* se dice que las cuestiones de existencia del Acuerdo Arbitral corresponden a las cortes estadounidenses, y por otro lado, las cuestiones de existencia del contrato principal corresponden al Tribunal Arbitral.

¹⁰² Victoria Leclerc, Baptist Rigadeay ‘A Third-Party, One Arbitration Agreement, Two Approaches: The French Courts’ Views on the Law Applicable to the Arbitration Agreement in *Kabab-Ji v. Kout Food Group*’, Kluwer Arbitration Blog, Set. 8, 2020.

¹⁰³ Ver *Prima Paint Corp. v. Flood & Conklin Mfg. Co.* (No. 343) 388 US 395; 87 S. Ct 1801.

¹⁰⁴ Ibid. Ver cita: “...with respect to a matter within the jurisdiction of the federal courts save the existence of an arbitration clause, the federal court is instructed to order arbitration to proceed once it is satisfied that ‘the making of the agreement for arbitration or the failure to comply [with the arbitration agreement] is not in issue’...”.

¹⁰⁵ Ley Federal sobre Arbitraje de EEUU, artículo 4. Cita textual: “... making of the arbitration agreement or the failure, neglect, or refusal to perform...”

En el caso *Rhone v. Achille Lauro*, la Corte de Apelaciones del Tercer Circuito, dictaminó que el artículo II de la Convención de Nueva York no incorpora la elección de ley aplicable al Acuerdo Arbitral, tal y como lo hace el artículo V, pues los redactores de la Convención no querían que la corte nacional llamada a remitir a las partes a arbitraje se sintiera obligada a ello, sin considerar su ley local (su *lex fori*). Y al respecto, el fallo cita a Pieter Sanders y a varios otros, como proponentes de la postura de que “... el Estado del foro debe ver hacia su propia ley y política, a las reglas de conflicto de leyes, o a la ley del lugar de suscripción del acuerdo...”.¹⁰⁶ No obstante, el fallo va más allá y dice: “...las naciones signatarias han declarado efectivamente una política conjunta que presupone la ejecución de los acuerdos arbitrales. Ni los intereses parroquiales del Estado del foro, ni aquellos de los Estados que tengan una relación más significativa a la disputa, deberían tener prevalencia sobre esa presunción. La política de la Convención es mejor atendida con un enfoque que lleve a validar los acuerdos arbitrales...”¹⁰⁷

Así, las cortes estadounidenses depositan gran importancia en sus leyes y políticas propias, en su *lex fori*, al utilizar los mandatos de su Ley Federal de Arbitraje de 1925 que es aplicable a arbitrajes interestatales dentro de la Unión y a arbitrajes internacionales, al incorporar la Convención de Nueva York como parte de su texto. De esta manera, el ámbito de aplicación de la ley federal incluye al Acuerdo Arbitral.¹⁰⁸ Ello es resaltado por Nigel Blackaby y Constantine Partasides, al indicar: “... Este análisis es confirmado por casos estadounidenses recientes en cuanto a la relación entre la ley de arbitraje [Federal Arbitration Act o FAA] y la ley estatal (o inclusive la extranjera), la cual enfatiza la prevalencia de ella como la ley que gobierna el arbitraje donde hay una expresa elección de ley estatal (o extranjera) en relación con la cláusula o acuerdo arbitral propiamente, que esté en conflicto con las políticas de la ley arbitral [FAA]...”¹⁰⁹

En el reciente fallo del caso *GE Energy Power Conversion France SAS, Corp. (GE) vs. Outokumpu Stainless USA, LLC et al.*¹¹⁰, la Corte Suprema de Justicia de EEUU puso de manifiesto la regla de aplicar su propia ley federal, en conjunto con ley estatal, ante disputas reguladas por un Acuerdo Arbitral con sede arbitral en el extranjero y cuya relación jurídica estuviera regida por ley sustantiva extranjera (en este caso, tanto la sede como la ley fue la alemana).

En este asunto, GE había sido subcontratado por FL Industries, Inc. que había sido contratada por ThyssenKrupp Stainless USA, LLC para la construcción de unos equipos en la planta de ThyssenKrupp en Alabama, EEUU. Dicha planta fue luego adquirida por Outokumpu Stainless USA, LLC, y de ahí la relación entre dicha compañía y GE. Cuando los equipos fallaron, Outokumpu demandó a GE en Alabama.

¹⁰⁶ *Rhone Mediterranee Compagnia Francese Di Assicurazioni Eriassicurazoni, Appellant, v. Achille Lauro, D/b/a Achille Lauro Armatore, A/k/a Achille Lauro, D/b/a Flotta Lauro, A/k/a Achille Lauro, d/b/a Lauro Lines, X Company and Antonioscotto Di Carlo*, 712 F.2d 50 (3d Cir. 1983). Cita textual: “... the forum state should look to its own law and policy, to the rules of conflicts of laws, or to the law of the place of execution of the agreement...”. Ver en este sentido: P. Sanders, *A Twenty Years' Review of the Convention on Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*, 13 Int'l Law. 269, 278 (1979); S. Pisar, *The United Nations Convention on Foreign Arbitral Awards*, 33 So. Cal. L. Rev. 14, 16 (1959); Quigley, *Accession By The United States to the United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*, 70 Yale L.J. 1049, 1064 (1961); Contini, *International Commercial Arbitration*, 8 Am.J.Comp.L. 283, 296 (1959).

¹⁰⁷ Ibid.

¹⁰⁸ Op. Cit. Nigel Blackaby y Constantine Partasides QC con Alan Redfern y Martin Hunter, pag. 162-163.

¹⁰⁹ Ibid. pag. 162-163. Traducción no oficial de la cita: “... This analysis is confirmed by recent US cases focusing on the relationship between the FAA and state (or even foreign) law, which emphasize the former's pre-eminence as the law governing the arbitration where there is an express choice of state (or foreign law) in relation to the arbitration clause or agreement itself that is inconsistent with the FAA's policies...”.

¹¹⁰ Ver *GE Energy Power Conversion France SAS, Corp. (GE) vs. Outokumpu Stainless USA, LLC et al.* (No. 18-1048, Junio 2020).

En su defensa, GE alegó la incompetencia de las cortes por existir un Acuerdo Arbitral, aun cuando GE no había sido parte de los contratos suscritos por Outokumpu y ThyssenKrupp. El caso pasó a ser de conocimiento de una corte federal de distrito.¹¹¹

Finalmente el asunto llegó a ser conocido por la Corte Suprema de Justicia, en razón de que aun cuando la corte federal de distrito había resuelto favorablemente la solicitud de incompetencia, la Corte de Apelaciones del Onceavo Circuito revirtió el fallo, al interpretar que la Convención de Nueva York establecía el requisito de que el Acuerdo Arbitral estuviere firmado, y por ello, al no existir un acuerdo escrito formalmente entre las partes, sino uno por referencia, no procedía la orden a remitir a las partes a arbitraje. Si bien el caso tiene implicaciones en otras áreas en el derecho arbitral, como la extensión del Acuerdo Arbitral a partes no signatarias, lo cierto es que en este asunto, independientemente de la sede o la ley sustantiva de la relación, las cortes estadounidenses se concentraron en analizar la disputa aplicando su propia ley federal.¹¹²

Al final, la decisión -muy relevante- estableció que las normas y reglas estatales para determinar la extensión del contrato (como lo es un Acuerdo Arbitral) a partes no signatarias, tal y como lo dicta la teoría del *equitable stoppel*, son perfectamente compatibles con la Convención de Nueva York, que es parte de la Ley de Arbitraje Federal. La decisión comentada vislumbra un análisis muy interesante sobre la aplicación del derecho internacional en conjunto con la ley nacional (o estatal), y adicionalmente resalta la posición de las cortes estadounidenses ante un Acuerdo Arbitral y su análisis a la luz de su propia ley (*lex fori*), aun cuando el mismo remita a una sede arbitral foránea y a una ley extranjera.¹¹³ El fallo anterior es congruente con vasta jurisprudencia de vieja data, como los casos *Contec Corporation v. Remote Solution Co Ltd.* (No. 04-0382-CV); *The Republic of The Philippines and National Power Corporation v. Westinghouse Electric Corporation* (No. 88-5150) 714 F. Supp. 1362; 1989 US Dist; *China Minmetals Materials Import and Export Co. Ltd. v. Chi Mei Corporation* (No. 02-2897, 02-3542) 334 F. 3d 274.

III- CONCLUSIÓN

De lo expuesto, podemos concluir que los métodos utilizados para la determinación del derecho aplicable al Acuerdo Arbitral son diversos, y se apoyan en diferentes circunstancias, elementos, o factores de conveniencia. No existe un método uniforme ni libre de críticas.

Si lo que interesa es valorar al Acuerdo Arbitral en el procedimiento arbitral, van a entrar en juego una serie de elementos o factores que los árbitros tomarán en consideración para discernir la ley aplicable al Acuerdo Arbitral, tales como: si se eligió una ley particular para el Acuerdo Arbitral o para el fondo o el contrato principal, si se eligió una sede, y cuál es esa sede, las reglas arbitrales a ser aplicables al procedimiento arbitral, la nacionalidad de los árbitros, que pueden estar influenciados por sistemas jurídicos particulares que los hagan ver la cuestión de manera singular, etc.

¹¹¹ www.lawcornell.edu/supct/cert/18-1048

¹¹² Op. Cit. GE Energy Power Conversion France SAS, Corp. (GE) vs. Outokumpu Stainless USA, LLC et al. resolución No. 18-1048, Junio 2020.

¹¹³ Ibid.

Por otro lado, si ese Acuerdo Arbitral es analizado por una corte nacional, podrían los jueces recurrir a su propia ley (*lex fori*) o a los principios del derecho internacional privado propio, o bien podrían tomar en cuenta los mismos elementos antes indicados para el caso de una decisión arbitral.

Interesantes son los enfoques de las cortes británicas, francesas y estadounidenses; ya que cada uno de ellos presenta una posición clara pero bastante discernible de las demás. Las cortes inglesas nos remiten a un examen para concluir que la regla apropiada sea la ley con la cual esté más cercanamente conectado el Acuerdo Arbitral (a falta de una ley escogida por las partes para el acuerdo arbitral). Las cortes francesas por su parte nos remiten a la regla que da valor a la intención de las partes, sin tener que referirse a alguna ley nacional, mientras se sujete a reglas imperativas del derecho francés y al orden público internacional. Y por último, de lo analizado, las cortes estadounidenses se rigen por su *lex fori*, sea la Ley Federal de Arbitraje de 1925 y los estatutos legales de cada estado de la Unión que esté involucrado.

Cada uno de esos enfoques o métodos ponen de manifiesto el interés de las cortes por convalidar y legitimar el arbitraje. En mi opinión, buscan dar valor y eficacia al acuerdo de partes dirigido a designar el arbitraje como el mecanismo de solución de sus disputas. Claramente, esas cortes nacionales no se adhieren a un punto de conexión que eventualmente hagan rígido el método y con ello pueda llevar a una solución no deseada ni conveniente a la luz de los intereses estatales, que puedan llevar al juzgador a una negación del Acuerdo Arbitral. Queda evidenciado que en los tres casos analizados, las cortes tienen amplio margen de análisis, sus posiciones lo permiten.

En conclusión, si podemos defender la autonomía del Acuerdo Arbitral, aún en el plano de su existencia o validez, cuando la existencia o validez del contrato que la contiene fuera afectada por la ley que le es aplicable al contrato. Incluso, es lo conveniente, pero nos encontramos lejos de un enfoque singular o uniforme.

Lo estudiado deja en evidencia que el árbitro internacional, debe construir un criterio y aplicarlo en la medida posible. Debe ser consistente, sostener un método, no ser ambiguo. Ello simplificará la solución del problema cuando se presente. En mi opinión, no puede el árbitro ser ambivalente y aplicar en un caso las reglas de conflicto, y en otro el principio de remisión a la ley de la sede, y un tercer caso la *lex mercatoria*. Claramente, la decisión final será discutida entre los miembros del panel (en caso de ser un panel o tribunal colegiado), pero ahí ante ellos se expondrían con soltura y contundencia la posición que ya se haya concebido. Un estudio profundo del tema les ayudará a llegar al criterio o enfoque que mejor se ajuste a su convicción, y de esa manera, se llegará a una decisión más justa en el tanto sea razonable, prudente y convincente.

BIBLIOGRAFÍA

- George A. Bermann, The “Gateway” Problem in International Commercial Arbitration, *The Yale Journal of International Law* (Vol. 37:1 2012).
- R Doak Bishop, Wade M. Coriell and Marcelo Medina Campos, The “Null and Void” Provision of The New York Convention, en *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards*, The New York Convention in Practice, Edited by Emmanuel Gaillard and Domenico Di Pietro, Cameron May 2009.
- Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration, Edited by Emmanuel Gaillard and John Savage, Kluwer Law International 1999.
- Nigel Blackaby y Constantine Partasides QC con Alan Redfern y Martin Hunter, Redfern and Hunter on International Arbitration, 6ta Edición, 2015, Oxford University Press.
- Gary B. Born, International Commercial Arbitration- Commentary and Materials 160.
- Carolyn B. Lamm y Jeremy K. Sharpe, Inoperative Arbitration Agreements Under The New York Convention, en *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards*, The New York Convention in Practice, Edited by Emmanuel Gaillard and Domenico Di Pietro, Cameron May 2009.
- Emmanuel Gaillard, “Thirty years of Lex Mercatoria”, *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, 1995.
- J. D. Lew, The Applicable to the Form and Substance of the Arbitration Clause (9 ICCA Congress Series 114-145), International Council for Commercial Arbitration, Kluwer Law International, 1999.
- Alfonso-Luis Calvo Caravaca y Javier Carrascosa González, Derecho Internacional Privado Volumen II, Contratos Internacionales I, Editorial Comares, Granada 2000.
- Orlando F. Cabrera Colorado, El Derecho Aplicable al Acuerdo de Arbitraje, ICC México Pauta No. 84 (2017), pag. 7 – 8.
- G. Sauser-Hall, L’arbitrage en droit international privé, 44 *Annuaire de l’Institut de droit international*, I, 469-613 (1952).
- Filip De Ly, Conflict of Law in International Arbitration – An Overview, en *Conflict of Laws in International Commercial Arbitration*, Editado por Franco Ferrari / Stefan Kröll, NYU, Center for Transnational Litigation, Arbitration and Commercial Law, JURIS, 2019.
- Franco Ferrari y Linda J. Silberman, Getting to the Law Applicable to the Merits in International Arbitration and the Consequences of Getting it Wrong, en *Conflict of Laws in International Commercial Arbitration*, Editado por Franco Ferrari / Stefan Kröll, NYU, Center for Transnational Litigation, Arbitration and Commercial Law, JURIS, 2019.
- Berthold Goldman, Les conflits de lois dans l’arbitrage international de droit privé, *Académie de droit international*, 109 *Recueil Des Cours* 347-483 (1963 II).
- Shahla Ali, Transnational Commercial Law of Arbitration – Developments and Controversies, OUP Handbook of Transnational Law, Oxford University Press, Nov. 2019.
- Stavros Brekoulakis, Arbitrability and Conflict of Jurisdictions: The (Diminishing) Relevance of Lex Fori and Lex Loci Arbitri en *Conflict of Laws in International Commercial Arbitration*, Editado por Franco Ferrari / Stefan Kröll, NYU, Center for Transnational Litigation, Arbitration and Commercial Law, JURIS, 2019.
- Victoria Leclerc, Baptist Rigaudeay, ‘A Third-Party, One Arbitration Agreement, Two Approaches: The French Courts’ Views on the Law Applicable to the Arbitration Agreement in *Kabab-Ji v. Kout Food Group*’, *Kluwer Arbitration Blog*, Set. 8, 2020. www.lawcornell.edu/supct/cert/18-1048 [2012] EWHC (Comm, Case No. 2011, Folio No. 1519).
- Enka Insaat Ve Sanayi AS v OOO Insurance Company Chubb ([2020] UKSC 38)
- Caso Casación Civil 1ero, Diciembre 23 1993, Dalico Contractors c/ Municipalité de Khoms el Mergeb.
- Prima Paint Corp. v. Flood & Conklin Mfg. Co. (No. 343) 388 US 395; 87 S. Ct 1801.
- GE Energy Power Conversion France SAS, Corp. (GE) vs. Outokumpu Stainless USA, LLC et al. (No. 18-1048, Junio 2020).
- Decisión High Court [2008] EWHC 2155 (Comm), Elektrim S.A. / Vivendi Universal S.A., Vivendi Telecom International S.A. [2009] EWCA Civ 677 @ www.bailii.org.
- Contec Corporation v. Remote Solution Co Ltd. (No. 04-0382-CV).
- The Republic of The Philippines and National Power Corporation v. Westinghouse Electric Corporation (No. 88-5150) 714 F. Supp. 1362; 1989 US Dist.
- Rhone Mediterranee Compagnia Francese Di Assicurazioni Eriassicurazoni, Appellant, v. Achille Lauro, D/b/a Achille Lauro Armatore, A/k/a Achillelauro, D/b/a Flotta Lauro, A/k/a Achille Lauro, d/b/a Lauro Lines, X Company and Antonioscotto Di Carlo, 712 F.2d 50 (3d Cir. 1983)
- China Minmetals Materials Import and Export Co. Ltd. v. Chi Mei Corporation (No. 02-2897, 02-3542) 334 F. 3d 274

Medidas cautelares en el arbitraje comercial



[Amanda Ibáñez Molina](#)

I. INTRODUCCIÓN

Las medidas cautelares son medios accesorios, sumarios y provisionales tendientes a conservar la materia de un litigio y evitar que la resolución final que se dicte sea de imposible ejecución o cause un daño irreparable a alguna de las partes con motivo de la tramitación de éste.

En la actualidad, a nivel nacional e internacional, cada vez es más frecuente que las controversias sean resueltas a través de un procedimiento arbitral.



Por lo anterior, resulta sumamente importante entender la teoría general de las medidas cautelares a la luz del marco regulatorio relativo al arbitraje comercial para que éstas sean cada vez más utilizadas como un mecanismo de defensa efectivo para evitar un daño grave e irreparable a las partes dentro de un procedimiento con motivo de la tramitación de éste.

La regla general (siendo ésta la postura adoptada por el Título Cuarto del Código de Comercio), es que exista un mecanismo dual de imposición de medidas cautelares: medidas cautelares que adopta el Tribunal Arbitral, y medidas cautelares que impone el Juez en apoyo al arbitraje.

En ese tenor, el presente trabajo pretende dar al lector un análisis general de la Teoría General de las Medidas Cautelares, para poder analizar posteriormente el marco regulatorio de las medidas cautelares dentro del arbitraje comercial, desde un punto de vista de legislación mexicana.

II. DESARROLLO

A) Teoría General de las Medidas Cautelares

A.1) Terminología

El término “medidas cautelares” no es un término uniformemente utilizado en la doctrina y en la legislación nacional e internacional. En ocasiones, para referir a este tipo de medidas, los legisladores o doctrinarios han referido a las medidas cautelares como ‘providencias cautelares’,¹¹⁴ ‘medidas provisionales’,¹¹⁵ ‘medidas asegurativas’,¹¹⁶ ‘medidas urgentes’,¹¹⁷ y/o como medidas o providencias precautorias.¹¹⁸

Al respecto, la doctrina ha llegado al consenso de que todos los términos referidos en el párrafo que antecede son en realidad *sinónimos*.¹¹⁹ A pesar de lo anterior, considero que el uso indistinto de la terminología representa un problema actual que ha generado problemas de interpretación al menos por cuanto respecta al Poder Judicial Mexicano en relación con las disposiciones contenidas en el Código de Comercio.¹²⁰

A.2) Concepto

De conformidad con la ejecutoria de la contradicción de tesis 415/2012 emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en junio de 2013, así como de la ejecutoria de la contradicción de tesis 53/2006 emitida por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en diciembre de 2013, las medidas cautelares son “*aquellos instrumentos que el juzgador puede decretar a solicitud de las partes o de oficio para conservar la materia del litigio, así como para evitar un daño grave e irreparable a las mismas partes o a la sociedad con motivo de la tramitación de un proceso*”.

¹¹⁴ Capítulo XV de la ley Federal de Trabajo; artículos 389 a 399 del Código Federal de Procedimientos Civiles; Fernández, Vicente *Derecho procesal Mercantil*, México, 2005, Porrúa p. 82, Castrillón, Víctor Manuel *Derecho Procesal Mercantil*, tercera edición, México 2004, Porrúa p. 191, Castrillón, Víctor Manuel *Derecho Procesal Civil*, México, Porrúa, 2004, p. 268.

¹¹⁵ Graham, Luis Enrique “*El Arbitraje Comercial*”, México, Themis, 2007, pp. 259-271; artículo 39 del Reglamento de Arbitraje CIADI.

¹¹⁶ Artículos 385 a 388 del Código Federal de Procedimientos Civiles.

¹¹⁷ Artículo 50 del Reglamento de la CANACO.

¹¹⁸ Artículo 138 del Código Nacional de Procedimientos Penales; Castillo, Eduardo, Juicios mercantiles, cuarta edición, México, Oxford, 2004, volumen 2, p. 351.

¹¹⁹ Pallares, Eduardo Diccionario de Derecho Procesal Civil, vigésima segunda edición, México, Porrúa, 1966, pp. 558 a559 y 660 a 661.

¹²⁰ Ver contradicción de tesis 415/2012 de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el que estimó que el concepto “medida cautelar” debe ser considerado como el género, y el concepto “providencias precautorias” como especie de dicho género; distinción que en lo personal considero equivocada y sin justificación.

Por su parte, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación determinó que las medidas cautelares podían conceptualizarse como *“resoluciones provisionales que se caracterizan por ser accesorias y sumarias; accesorias en tanto la privación, ya que no constituye un fin en sí mismo; y sumarias debido a que se tramitan en plazos breves; y cuyo objeto es, previendo el peligro en la dilación, suplir interinamente la falta de una resolución asegurando su eficacia, por lo que tales medidas, al encontrarse dirigidas a garantizar la existencia de un derecho cuyo titular estima que puede sufrir algún menoscabo, constituyen un instrumento no sólo de otra resolución, sino también de interés público, pues buscan restablecer el ordenamiento jurídico conculcado desapareciendo provisionalmente, una situación que se reputa antijurídica”*.¹²¹

En su aspecto doctrinario, encontramos las siguientes definiciones de medidas cautelares:

“Instrumentos que puede decretar el juzgador a solicitud de la parte interesada, ya sea antes de iniciarse el proceso o durante su tramitación, con la finalidad de conservar la materia del actual o futuro litigio y evitar que la sentencia que se dicte sea de imposible ejecución o se cause un daño irreparable”.¹²²

“Actos tendientes a asegurar la eficacia del derecho de quien fundadamente teme que su deudor enajene, oculte o dilapide los bienes de su propiedad, provocando su insolvencia; o bien, se ausente del lugar del juicio sin dejar representante suficientemente instruido o expensado, haciendo inútil e ineficaz la sentencia que eventualmente le condene al cumplimiento de una obligación”.¹²³

“Medidas tendientes a conservar la materia del litigio, evitar un grave e irreparable daño a las mismas partes o a la sociedad”.¹²⁴

Tomando en cuenta las definiciones judiciales y doctrinarias referidas en los párrafos que anteceden, es posible afirmar que las medidas cautelares son, en esencia, medios accesorios, sumarios y provisionales tendientes a conservar la materia de un litigio y evitar que la resolución final que se dicte sea de imposible ejecución o cause un daño irreparable a alguna de las partes con motivo de la tramitación de éste. En el mismo tenor, las finalidades primordiales que persiguen las medidas cautelares son:

¹²¹ Ver tesis jurisprudencial 21/98 *“Medidas cautelares. No constituyen actos privativos, por lo que para su imposición no rige la garantía de previa audiencia”*; plano de la suprema corte de Justicia de la Nación, Semanario Judicial de la Fedearción, Novena Época, Tomo VII, marzo de 1998, p. 18.

¹²² Contreras Vaca, Francisco José *“Derecho Procesal Mercantil”* segunda edición, México, Oxford, 2013, p. 76.

¹²³ Castrillón y Luna, Víctor Manuel *“Derecho Procesal Mercantil”* décima edición, México, Porrúa, 2010 p. 248

¹²⁴ Carrer Méjan, Luis Manuel *“Concursos mercantiles, ayuda de memoria”* primera edición, México, Oxford, 2007 p. 101.

- a) Conservar, mantener o asegurar la materia de un procedimiento;
- b) Evitar un daño grave e irreparable a las partes dentro de un procedimiento con motivo de la tramitación de un proceso;
- c) Conservar el *status quo* durante la tramitación de un procedimiento; o bien
- d) Atender necesidades inmediatas en relación con personas (que se ausentan u ocultan para no cumplir con sus obligaciones) o bien, con relación a bienes (que normalmente, son acciones tendientes a evitar la enajenación, dilapidación u ocultamiento de bienes).

A.3) Presupuestos de las medidas cautelares

La doctrina de derecho civil considera que son tres los requisitos o presupuestos que deben actualizarse para que una medida cautelar sea procedente: i) la existencia del peligro en la demora, ii) la apariencia del buen derecho, y iii) la contra-cautela o caución:

A.3.1) Peligro en la demora

El peligro en la demora consiste en el riesgo de que la efectividad práctica de la sentencia definitiva se vea frustrado derivado del transcurso del tiempo, por lo cual presupone la existencia de un peligro inminente de daño jurídico o agravamiento del existente.¹²⁵

En otras palabras, el peligro en la demora consiste en la existencia de un peligro genérico de un daño (patrimonial, moral, jurídico, etc.) que podría derivarse del retraso en el dictado de la sentencia definitiva. Es decir, consiste en la existencia de la urgencia en el dictado de la medida cautelar derivado de la posibilidad de existir un daño jurídico e irreparable a una de las partes por la tardanza en el dictado de la sentencia definitiva.

¹²⁵ Marín, Juan Carlos "Las medidas cautelares en el proceso civil", México, Porrúa, 2004, p. 259

A.3.2) Apariencia de buen derecho

La apariencia del buen derecho implica un conocimiento preliminar del juzgador con el objeto de resolver acerca de la probable existencia del derecho discutido. El estudio previo que se lleva a cabo es de carácter de provisional, ya que se funda en hipótesis de probabilidad y no en la certeza como sucede en la resolución de fondo. Con esto se impediría la paralización de actos que en un primer análisis tienen apariencia de constitucionalidad o legalidad.¹²⁶

Es decir, para el otorgamiento de las medidas cautelares no es necesaria la exigencia de un examen de certeza sobre la existencia del derecho pretendido, sino sólo un grado de verosimilitud o probabilidad de que el derecho existe, y no como una incuestionable realidad que sólo se logrará al agotarse el procedimiento.¹²⁷ El análisis de la apariencia de buen derecho deberá llevarse a cabo conforme a las circunstancias específicas que rodeen el caso concreto.¹²⁸

A.3.3) Caución o contra-cautela

El requisito de la caución o contra-cautela refiere cierta protección que tiene como finalidad garantizar los posibles daños y perjuicios que podría generar el otorgamiento de la medida cautelar al afectado.¹²⁹

Lo anterior encuentra su motivación en el hecho de que, por regla general, las medidas cautelares se dictan sin audiencia de parte. Es decir, el demandado o persona en contra la cual se dictan las medidas cautelares regularmente no tiene la posibilidad de ofrecer pruebas o alegar antes del dictado de la medida cautelar.

Por lo anterior, en el entendido de que pudiese llegar a darse el supuesto de que la medida cautelar otorgada fuere excesiva, abusiva o improcedente, la caución cobra especial relevancia para no dejar en estado de indefensión al afectado quien tendría garantizados los daños y perjuicios generados en su contra como consecuencia de la medida cautelar otorgada.

¹²⁶ Manríquez García, Carlos “La apariencia del buen derecho en el juicio de amparo mexicano” en *Revista del Instituto de la judicatura federal* consultado el 24 de noviembre de 2019 en: <goo.gl/ce3Qae> p. 158

¹²⁷ Marín, Juan Carlos, *op. cit.* p. 264.

¹²⁸ Tesis aislada I.12º. C.15.C (10ª) de rubro *MEDIDAS CAUTELARES DIRIGIDAS A MANTENER UNA SITUACIÓN DE HECHO. ES POSIBLE DECRETARLAS EN UN JUICIO ORDINARIO CIVIL, A PETICIÓN DEL INTERESADO, SIEMPRE QUE ACREDITE TENER INTERÉS LEGÍTIMO PARA SOLICITARLAS Y EL JUEZ HAGA UN EXAMEN PRELIMINAR DEL DERECHO ALEGADO Y EL PELIGRO EN LA DEMORA*, Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Tomo IV, enero de 2018, p. 2188.

¹²⁹ Marín, Juan Carlos, *op. cit.* p. 267

A.3.4) Balance positivo de intereses

Por su parte, la doctrina anglosajona (reflejada en nuestro sistema jurídico específicamente en la fracción II del artículo 128 de la Ley de Amparo) ha concluido que un cuarto presupuesto que debiera considerarse para el otorgamiento de una medida cautelar es llevar a cabo un análisis de intereses positivos afectados a raíz del otorgamiento de una medida cautelar, así como el impedimento de que dichas medidas se otorguen en perjuicio al interés social y las disposiciones de orden público.¹³⁰

Por cuanto toca al análisis de intereses positivos en favor de la medida cautelar, éste se lleva a cabo para ponderar los diversos intereses que subyacen al dictado de una medida cautelar. Es decir, el juzgador o rector del procedimiento debe analizar si el daño inminente que sustenta la medida cautelar es mayor o menor que el daño que pueda ocasionar la medida cautelar a la parte del procedimiento a quien se le pretende imponer. Así, para que la medida sea procedente, es necesario que el posible daño o afectación al solicitante sea más grave que el daño que causaría la medida cautelar en la esfera jurídica de la persona a quien se le pretende imponer.¹³¹

El orden público y el interés social, por su parte, son nociones íntimamente vinculadas, en la medida en que el primero tiende al arreglo o composición de la comunidad, con la finalidad de satisfacer necesidades colectivas, de procurar un bienestar o impedir un mal a la población, mientras que el segundo se traduce en la necesidad de beneficiar a la sociedad, o bien, evitarle a aquélla algún mal, desventaja o trastorno.¹³²

¹³⁰ Artículo 128 de la ley de Amparo: Con excepción de los casos en que proceda de oficio, la suspensión se decretará, en todas las materias salvo las señaladas en el último párrafo de este artículo, siempre que concurran los requisitos siguientes: Que la solicite el quejoso; y II. *Que no se siga perjuicio al interés social ni se contravengan disposiciones de orden público.*

¹³¹ González Alburquerque, Alejandro "Propuesta de reforma al Código de Comercio en relación con las medidas cautelares en el arbitraje comercial", tesis sustentada para obtener el título de abogado por la Escuela Libre de Derecho, México, 2016, p. 52.

¹³² Jurisprudencia 165659 de rubro "SUSPENSIÓN. PARA DECIDIR SOBRE SU OTORGAMIENTO EL JUZGADOR DEBE PONDERAR SIMULTÁNEAMENTE LA APARIENCIA DEL BUEN DERECHO CON EL PERJUICIO AL INTERÉS SOCIAL O AL ORDEN PÚBLICO." Época: Novena Época, Registro: 165659, Instancia: Segunda Sala, Tipo de Tesis: Jurisprudencia, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXX, diciembre de 2009, Materia(s): Común, Tesis: 2a./J. 204/2009, Página: 315: El Tribunal en Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la jurisprudencia P./J. 15/96, de rubro: "SUSPENSIÓN. PARA RESOLVER SOBRE ELLA ES FACTIBLE, SIN DEJAR DE OBSERVAR LOS REQUISITOS CONTENIDOS EN EL ARTÍCULO 124 DE LA LEY DE AMPARO, HACER UNA APRECIACIÓN DE CARÁCTER PROVISIONAL DE LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL ACTO RECLAMADO.", sostuvo que para el otorgamiento de la suspensión, sin dejar de observar los requisitos exigidos por el artículo 124 de la Ley de Amparo, basta la comprobación de la apariencia del buen derecho invocado por el quejoso, de modo que sea posible anticipar que en la sentencia de amparo se declarará la inconstitucionalidad del acto reclamado, lo que deberá sopesarse con el perjuicio que pueda ocasionarse al interés social o al orden público con la concesión de la medida, esto es, si el perjuicio al interés social o al orden público es mayor a los daños y perjuicios de difícil reparación que pueda sufrir el quejoso. Conforme a lo anterior, el juzgador debe realizar un estudio simultáneo de la apariencia del buen derecho y el peligro en la demora con la posible afectación que pueda ocasionarse al orden público o al interés social con la suspensión del acto reclamado, supuesto contemplado en la fracción II del referido artículo 124, estudio que debe ser concomitante al no ser posible considerar aisladamente que un acto pudiera tener un vicio de inconstitucionalidad sin compararlo de manera inmediata con el orden público que pueda verse afectado con su paralización, y sin haberse satisfecho previamente los demás requisitos legales para el otorgamiento de la medida.

A.4) Clasificación y tipos de medidas cautelares

De acuerdo con el doctrinario Francisco José Contreras Vaca, las medidas cautelares pueden clasificarse en dos rubros de acuerdo al tiempo de su interposición:¹³³

- a) *Prejudiciales*: como aquellas solicitadas antes de iniciar un procedimiento con la finalidad de garantizar las resultas de este; y
- b) *Judiciales*: que son aquellas solicitadas ya iniciado un procedimiento y que tienen por finalidad garantizar la ejecución de la sentencia dictada o evitar la causación de un daño de imposible reparación.

Asimismo, dependiendo de la finalidad que se pretenda alcanzar, las medidas cautelares se clasifican en: i) *medidas de conducta* (que tienen como finalidad imponer una conducta de hacer, o de no hacer durante el desarrollo del procedimiento, e.g. la suspensión de actos, la abstención de usar o transmitir bienes, la abstención de adquirir acciones, etc.); ii) *medidas para lograr la debida materialización de la resolución definitiva* (que tienen como finalidad asegurar la eficacia de la resolución definitiva, e.g. embargo precautorio, arraigo de personas, depósito de bienes, etc.) y iii) *medidas anticipativas* (que tienen como finalidad adelantar o anticipar las pretensiones solicitadas por las partes, e.g. pagos anticipados, reembolso de pagos hechos con anterioridad, celebración de asamblea de accionistas, etc.).¹³⁴

Con base en los artículos 1168 y siguientes del Código de Comercio, existe una clasificación adicional de medidas cautelares entre *personales* y *reales* al regularse los siguientes tipos de medidas cautelares (denominadas '*providencias precautorias*'): i) radicación de persona y ii) retención de bienes.¹³⁵ Resulta oportuno mencionar desde éste momento que a pesar de que el artículo 1168 es restrictivo por cuanto limita la aplicación de medidas cautelares en los juicios mercantiles a ser únicamente radicación de persona y

¹³³ Contreras Vaca, Francisco José *op. cit.* pp. 76 y 77

¹³⁴ González Alburquerque, Alejandro *op. cit.* p. 53 y 54.

¹³⁵ Artículo 1168.- En los juicios mercantiles únicamente podrán dictarse las medidas cautelares o providencias precautorias, previstas en este Código, y que son las siguientes: I. Radicación de persona, cuando hubiere temor fundado de que se ausente u oculte la persona contra quien deba promoverse o se haya promovido una demanda (...); y II. Retención de bienes, en cualquiera de los siguientes casos:

a) Cuando exista temor fundado de que los bienes que se hayan consignado como garantía o respecto de los cuales se vaya a ejercitar una acción real, se dispongan, oculten, dilapiden, enajenen o sean insuficientes, y

b) Tratándose de acciones personales, siempre que la persona contra quien se pida no tuviere otros bienes que aquellos en que se ha de practicar la diligencia, y exista temor fundado de que los disponga, oculte, dilapide o enajene. (...)

retención de bienes, considero que son aplicables supletoriamente a las disposiciones del Código de Comercio las disposiciones contenidas en el Título Cuarto del Código Federal de Procedimientos Civiles, específicamente en el artículo 384, que contempla expresamente la posibilidad de solicitar ‘medidas de aseguramiento’, cuya finalidad es, genéricamente, mantener una situación de hecho existente.¹³⁶

B) Medidas cautelares en el arbitraje comercial

En la práctica nacional e internacional, las controversias que son resueltas a través de un procedimiento arbitral generalmente derivan de relaciones comerciales sumamente complejas. Por lo anterior, las medidas cautelares cobran un rol muy importante pues cumplen su función primordial de evitar un daño grave e irreparable a las partes dentro de un procedimiento con motivo de la tramitación de un proceso arbitral.

Para que las medidas cautelares cumplan su función, resulta imperante que la legislación y reglamentos aplicables prevean mecanismos efectivos para que las partes tengan acceso a este tipo de medidas.

B.1) Mecanismo dual de imposición de medidas cautelares en el arbitraje

El Estado tiene el monopolio de la fuerza pública. Consecuentemente, los árbitros carecen de *imperium*, y, por lo tanto, no tienen facultades para ejecutar coactivamente sus laudos definitivos ni las medidas cautelares que adopten.¹³⁷

En las legislaciones nacionales y en los diversos reglamentos de arbitraje, se prevé la posibilidad de que la autoridad judicial participe en los procedimientos arbitrales. Por cuanto toca a la legislación mexicana, existe una tendencia a que dicha intervención judicial sea en esencia por temas de apoyo, cooperación y auxilio, más que para un tema de control del procedimiento arbitral, que recaerá en el Árbitro (o Tribunal Arbitral, en su caso) quien dirimirá la controversia de forma definitiva y vinculante.

¹³⁶ Artículo 384.- Antes de iniciarse el juicio, o durante su desarrollo, pueden decretarse todas las medidas necesarias para mantener la situación de hecho existente. Estas medidas se decretarán sin audiencia de la contraparte, y no admitirán recurso alguno. La resolución que niegue la medida es apelable.

¹³⁷ Silva, Jorge “Arbitraje Comercial Internacional en México” México, Péreznieto Editores, 1994, p. 135.

La regulación del Título Cuarto del Código de Comercio prevé la intervención de la autoridad judicial en un procedimiento arbitral en los siguientes momentos: i) en la remisión al arbitraje; ii) en la solicitud de designación de árbitros; iii) en la solicitud de asistencia en el desahogo de pruebas, iv) en la consulta sobre los honorarios del Tribunal Arbitral; v) en la recusación de los árbitros; vi) en la resolución sobre la competencia del Tribunal Arbitral; vii) en la imposición de medidas cautelares en apoyo al arbitraje, viii) en el reconocimiento y ejecución de las medidas cautelares adoptadas por el Tribunal Arbitral, y ix) en la nulidad, reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales.¹³⁸

Luego, el Juez tiene dos facultades en relación con las medidas cautelares en el procedimiento arbitral: i) imponer medidas cautelares en apoyo al arbitraje, o bien, ii) reconocer y ejecutar las medidas cautelares que haya adoptado el Tribunal Arbitral. La facultad de dictar medidas cautelares deriva de la propia función judicial, mientras que la facultad del Tribunal Arbitral de dictarlas se desprende de la voluntad de las partes en el propio acuerdo arbitral y realmente dependerá de las reglas de arbitraje elegidas por las partes el cómo ejecutarlas.¹³⁹

La mayoría de las leyes arbitrales y reglamentos prevén la facultad del Tribunal Arbitral de adoptar medidas cautelares. Sin embargo, existen situaciones en las que considero que es necesario recurrir a la intervención judicial estatal para dictar medidas cautelares en apoyo al arbitraje, a saber:¹⁴⁰

- a) La necesidad de una medida cautelar antes de que se constituya el Tribunal Arbitral;
- b) Medidas cautelares que tienen efectos vinculantes para terceras personas, debido a que las medidas cautelares adoptadas por el Tribunal Arbitral únicamente son vinculantes para las partes (acuerdo arbitral); y
- c) Cuando existe un impedimento material para que el Tribunal Arbitral pueda adoptar la medida cautelar, por ejemplo, la muerte o enfermedad grave de un miembro del Tribunal Arbitral.

En ese sentido, la regla general es que se prevea un mecanismo dual de imposición de medidas cautelares: las medidas cautelares que adopta el Tribunal Arbitral, y las medidas cautelares que impone el Juez en apoyo al arbitraje.

¹³⁸ Ver artículos 1464, 1465, 1466, 1467, 1469 y 1470 del Código de Comercio.

¹³⁹ González, Alejandro *op. cit.* p. 89

¹⁴⁰ Martins, Sofía y Navarra, Segumundo "Las medidas cautelares en el arbitraje. Concurrencia de poderes entre Tribunales estatales y arbitrales", Arbitraje: Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones, España, Centro Internacional de Arbitraje, Mediación y Negociación, volumen 7 Kluwer Law International, 2015, p. 104.

B.2) Enfoques de cooperación entre las facultades del Juez y del Tribunal Arbitral para dictar o adoptar medidas cautelares

Existen diferentes enfoques de coordinación entre las facultades que tiene el Juez para imponer medidas cautelares y las facultades del Tribunal Arbitral para adoptar dichas medidas. Dichos enfoques de cooperación son:¹⁴¹

B.2.1) Acceso restringido o de acceso consecutivo

El presente enfoque concibe el rol del Juez en relación con las medidas cautelares en el arbitraje como *secundario*. Los seguidores de este enfoque restringen la intervención del Juez con relación a las medidas cautelares únicamente por el tiempo en el que aún no se constituye el Tribunal Arbitral; mismo que será el encargado de adoptar la totalidad de las medidas planteadas por las partes una vez constituido, teniendo así un “mayor respeto” a la voluntad de las partes plasmada en el acuerdo arbitral.

En otras palabras, este enfoque plantea que un Juez estatal tendrá la facultad para dictar medidas cautelares únicamente antes de la constitución del Tribunal Arbitral, ya que posterior a su constitución, el Tribunal Arbitral será el único facultado para adoptar las medidas cautelares solicitadas por las partes.

Entre los ejemplos más destacados de legislaciones que siguen el enfoque restringido podemos encontrar a la legislación de Francia, Bélgica, Luxemburgo, Perú, Paraguay y Hong Kong; así como el Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) y el Reglamento de la London Court of International Arbitration (LCIA).

B.2.2) Libertad de elección o libertad de acceso

Considerado como el enfoque más seguido por las leyes nacionales por ser el enfoque adoptado por la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de la UNCITRAL; éste enfoque refiere la competencia *concurrente* de los tribunales arbitrales y los jueces para dictar o adoptar medidas cautelares en cualquier etapa del procedimiento arbitral.

¹⁴¹ Martins, Sofía y Navarra, Seguimundo, *op.cit.* pp. 103-104

El enfoque de libertad de elección nació de una necesidad inherente al arbitraje: la carencia de *imperium* del Tribunal Arbitral. Siempre que el Tribunal Arbitral no puede ejecutar coactivamente las medidas cautelares que dicte, fue necesario establecer que las partes tendrían la libertad de elegir y acudir libremente ante un Juez estatal para obtener medidas cautelares ejecutables. En ese sentido, bajo este esquema, las partes pueden elegir el solicitar sus medidas cautelares al Juez, o al Tribunal Arbitral, indistintamente.

Entre los ejemplos más destacados de legislaciones que siguen el enfoque de libertad de elección podemos encontrar a la legislación de México, España, Suiza, Chile, y Portugal; así como el Reglamento de la International Centre of Dispute Resolution (ICDR).

B.2.3) Competencia exclusiva

Este enfoque está dividido en dos: i) competencia exclusiva del Tribunal Arbitral para adoptar medidas cautelares; y ii) competencia exclusiva del Juez para dictar medidas cautelares; y como su nombre lo indica, consiste en que únicamente el Juez, o únicamente el Tribunal Arbitral, en su caso, tendrán la facultad de adoptar medidas cautelares.

Las únicas reglas de arbitraje que siguen este enfoque son las Reglas de Arbitraje del Centro Internacional de Disputas de Inversiones (CIADI), estableciendo que las partes deben manifestar expresamente su voluntad de que la autoridad judicial tenga facultad para dictar medidas cautelares.¹⁴² La legislación de Italia, República Checa, Finlandia y Malasia establecen competencia exclusiva del Juez para dictar medidas cautelares dentro de un procedimiento arbitral. No hay legislación nacional alguna que adopte el enfoque de competencia exclusiva del Tribunal Arbitral.¹⁴³

¹⁴² Artículo 39.5 del Reglamento CIADI.

¹⁴³ González, Alejandro *op. cit.* p. 93

B.3) Medidas cautelares dictadas por el Tribunal Arbitral

B.3.1) Ley Modelo de UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional

La Ley Modelo de UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional prevé la facultad de que el Tribunal Arbitral otorgue las medidas cautelares solicitadas por las partes. El artículo 17.2 establece una definición de medida cautelar, así como también un catálogo de posibles tipos de medidas cautelares que puede adoptar el Tribunal Arbitral, a saber:

Artículo 17 (...)

2) Por medida cautelar se entenderá toda medida temporal, otorgada en forma o no de laudo, por la que, en cualquier momento previo a la emisión del laudo por el que se dirima definitivamente la controversia, el tribunal arbitral ordene a una de las partes que:

- a) mantenga o restablezca el status quo en espera de que se dirima la controversia;*
- b) adopte medidas para impedir algún daño actual o inminente o el menoscabo del procedimiento arbitral, o que se abstenga de llevar a cabo ciertos actos que probablemente ocasionarían dicho daño o menoscabo al procedimiento arbitral;*
- c) proporcione algún medio para preservar bienes que permitan ejecutar todo laudo subsiguiente; o*
- d) preserve elementos de prueba que pudieran ser relevantes y pertinentes para resolver la controversia.*

Por su parte, el artículo 17A de la Ley Modelo de UNCITRAL establece los presupuestos necesarios para que Tribunal Arbitral adopte las medidas cautelares solicitadas por las partes. Al respecto, es importante referir que son prácticamente los mismos presupuestos que la doctrina expone en la teoría general de las medidas cautelares descrita al inicio del presente trabajo, es decir, peligro en la demora, apariencia de buen derecho y el balance de intereses positivo:

Artículo 17 A. Condiciones para el otorgamiento de medidas cautelares

1) El solicitante de alguna medida cautelar prevista en los apartados a), b) o c) del párrafo 2) del artículo 17 deberá convencer al tribunal arbitral de que:

a) de no otorgarse la medida cautelar es probable que se produzca algún daño, no resarcible adecuadamente mediante una indemnización, que sea notablemente más grave que el que pueda sufrir la parte afectada por la medida, caso de ser ésta otorgada; y

b) existe una posibilidad razonable de que su demanda sobre el fondo del litigio prospere. La determinación del tribunal arbitral respecto de dicha posibilidad no prejuzgará en modo alguno toda determinación subsiguiente a que pueda llegar dicho tribunal.

2) En lo que respecta a toda solicitud de una medida cautelar presentada con arreglo al apartado d) del párrafo 2) del artículo 17, los requisitos enunciados en los apartados a) y b) del párrafo 1) del presente artículo sólo serán aplicables en la medida en que el tribunal arbitral lo estime oportuno.

De conformidad con el artículo 17-E de la Ley Modelo de UNCITRAL, el Tribunal Arbitral podrá exigir al solicitante de manera discrecional y conforme a las circunstancias específicas del caso que exhiba una garantía adecuada para poder responder de los daños y perjuicios que se le causen al afectado de la medida o a un tercero.¹⁴⁴

Por su parte, el artículo 17.D) de la Ley Modelo de UNCITRAL faculta al Tribunal Arbitral a modificar, suspender o revocar toda medida cautelar que haya adoptada, ya sea por instancia de parte o de oficio si se presentan circunstancias excepcionales, previa notificación de las partes.¹⁴⁵

Finalmente, la Ley Modelo de UNCITRAL establece que el solicitante de una medida cautelar será responsable de las costas, daños y perjuicios que la medida ocasione a cualquier parte, siempre que sea determinado de manera futura que la medida no debió haberse otorgado.¹⁴⁶

Los principios contenidos en el presente apartado se encuentran en su mayoría replicados en el Título IV del Código de Comercio, análisis que llevaré a cabo a continuación:

B.3.2) Regulación de medidas cautelares adoptadas por el Tribunal Arbitral en el Código de Comercio

¹⁴⁴ Ver artículo 17E 1) de la Ley Modelo de UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional con las Enmiendas vinculantes del año 2006.

¹⁴⁵ El tribunal arbitral podrá modificar, suspender o revocar toda medida cautelar u orden preliminar que haya otorgado, ya sea a instancia de alguna de las partes o, en circunstancias excepcionales, por iniciativa propia, previa notificación a las partes.

¹⁴⁶ Artículo 17.G Ley Modelo de UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional con las Enmiendas vinculantes del año 2006.

El Código de Comercio, al igual que la Ley Modelo de UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional prevé un mecanismo dual para la imposición de medidas cautelares en el procedimiento arbitral: pueden ser adoptadas por el Tribunal Arbitral, o bien, impuestas por el Juez en apoyo al arbitraje.

El artículo 1433 del Código de Comercio, establece la facultad del Tribunal Arbitral de adoptar las ‘providencias precautorias’ que estime necesarias respecto del *objeto de litigio* y la posibilidad del Tribunal Arbitral de exigir una caución para otorgarla:

Artículo 1433.- *Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral podrá, a petición de una de ellas, ordenar la adopción de las providencias precautorias necesarias respecto del objeto de litigio. El tribunal arbitral podrá exigir de cualquiera de las partes una garantía suficiente en relación con esas medidas.*



Al respecto, considero que “objeto del litigio” debe entenderse en sentido más amplio y proteccionista, para interpretar que el Tribunal Arbitral tendrá la facultad de dictar todas aquellas medidas que estime necesarias, pudiendo ser éstas aquellas que tengan relación con los bienes sobre los que recae la acción, las pretensiones de las partes y el correcto desarrollo del arbitraje.

Considero que al establecerse que el Tribunal Arbitral podrá adoptar las “providencias precautorias necesarias” otra vez caemos en el problema terminológico referido en el inicio del presente trabajo por cuanto toca a la distinción entre medida cautelar y providencia precautoria, lo que deja en duda en sí mismo si al establecer ‘providencias precautorias’ únicamente refería aquellas previstas en el artículo 1168 del Código de Comercio o si en verdad refería a una gama de medidas cautelares que pudieran tener un ámbito de protección mayor con medidas distintas a las establecidas en el artículo 1168 del Código de Comercio.

Al respecto, considero que por la naturaleza compleja del procedimiento arbitral, así como de las necesidades que de éste derivan, el artículo 1433 del Código de Comercio no debería entenderse de manera restrictiva o estar limitado a la retención de bienes y radicación de personas, sino que precisamente, podrán dictarse todas las medidas necesarias relacionadas con el objeto del litigio que pudieran garantizar efectivamente la eficacia y materialización de la decisión plasmada en el laudo arbitral.

A pesar del problema que lo anterior atañe, el sistema jurídico mexicano prevé una vía de solución a través del principio de la *interpretación conforme*, el cual significa que en caso de que existan varias posibilidades de interpretación de la norma en cuestión, se debe elegir aquella que mejor se ajuste a lo dispuesto en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Rubén Sánchez Gil sostiene que el principio de la *interpretación conforme*, para el caso mexicano, tiene su origen en el año 1940,¹⁴⁷ momento en el cual la Segunda Sala de la Suprema Corte emitió una tesis que establece: “*Las leyes secundarias deben interpretarse armonizándolas con los estatutos constitucionales, porque no se concibe, salvo cuando el texto de ellas sea perfectamente claro y no dé a lugar a interpretación, que el legislador haya pretendido establecer una disposición a todas luces inconstitucional*”.¹⁴⁸

Es con la reforma al artículo 1^a de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de junio de 2011, que se constitucionaliza el principio de *interpretación conforme* como criterio interpretativo del texto constitucional en el párrafo segundo, que a la letra dice: “*Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más alta*”.

Por lo anterior, el artículo 1433 del Código de Comercio deberá interpretarse en su sentido más amplio permitiendo la adopción de medidas cautelares de conformidad con las circunstancias del caso concreto, con la finalidad de favorecer en todo tiempo a las partes de un procedimiento arbitral la protección más alta, al menos, en cuanto corresponde a su derecho a una tutela judicial efectiva. Esta interpretación permitiría garantizar la eficacia y materialización de la decisión plasmada en el laudo arbitral.

Al respecto, también resulta relevante mencionar que el Código de Comercio no establece un listado del tipo de medidas cautelares que se pueden dictar dentro de un procedimiento arbitral similar al establecido en el artículo 17 de la Ley Modelo de UNCITRAL; ni establece los presupuestos necesarios para otorgar una medida cautelar, posiblemente por la discrecionalidad que goza el Tribunal Arbitral para determinar en qué supuestos, conforme al caso concreto, procederá adoptar la medida cautelar solicitada por alguna de las partes.

¹⁴⁷ Sánchez Gil, Rubén, “La presunción de constitucionalidad”, en *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008, t. VIII, p. 396.

¹⁴⁸ LEYES SECUNDARIAS, INTERPRETACION DE LAS. Época: Quinta Época, Registro: 331320, Instancia: Segunda Sala, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo LVII, Materia(s): Constitucional, Página: 2581

Finalmente, respecto de la posibilidad del Tribunal Arbitral de adoptar medidas de retención de personas o embargo de bienes, a pesar de que considero que hay dificultades serias como la falta de *imperium* del Tribunal Arbitral para ejecutar coactivamente la medida, o una sede del arbitraje distinta a donde se encuentren los domicilios o bienes de las partes; considero que lo anterior no basta para considerar que el Tribunal Arbitral no cuente con la facultad en sí misma de dictar dichas medidas, precisamente por las razones expuestas relativas a los términos del artículo 1433 del Código de Comercio.

B.3.3) Reconocimiento y ejecución de medidas cautelares

A través de las enmiendas del año 2006 a la Ley Modelo de UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional, se estableció un régimen de reconocimiento y ejecución de las medidas cautelares adoptadas por un Tribunal Arbitral. Al respecto, la Comisión se inspiró en la regulación del reconocimiento y la ejecución de los laudos por parte de los jueces estatales, prevista en la Convención de Nueva York.¹⁴⁹

El régimen de reconocimiento y ejecución de las medidas cautelares adoptadas por un Tribunal Arbitral está regulado en los artículos 17.H. y 17.I. de la Ley Modelo de Uncitral sobre Arbitraje Comercial Internacional, contenido que el legislador mexicano replicó en los artículos 1479 y 1480 del Código de Comercio.¹⁵⁰

¹⁴⁹ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil *UNCITRAL Digest of Case Law on the Model Law on International Commercial Arbitration*, Austria, United Nations Publications, volumen 9, mayo de 2012, p. 89.

¹⁵⁰ **Artículo 1479.-** Toda medida cautelar ordenada por un Tribunal Arbitral se reconocerá como vinculante y, salvo que el Tribunal Arbitral disponga otra cosa, será ejecutada al ser solicitada tal ejecución ante el juez competente, cualquiera que sea el estado en donde haya sido ordenada, y a reserva de lo dispuesto en el artículo 1480. La parte que solicite o haya obtenido el reconocimiento o la ejecución de una medida cautelar informará sin demora al juez de toda revocación, suspensión o modificación que se ordene de dicha medida. El juez ante el que sea solicitado el reconocimiento o la ejecución de una medida cautelar podrá, si lo considera oportuno, exigir de la parte solicitante que preste una garantía adecuada, cuando el Tribunal Arbitral no se haya pronunciado aún sobre tal garantía o cuando esa garantía sea necesaria para proteger los derechos de terceros.

Artículo 1480.- Podrá denegarse el reconocimiento o la ejecución de una medida cautelar únicamente: I. Si, al actuar a instancia de la parte afectada por la medida, al juez le consta que: a) Dicha denegación está justificada por alguno de los motivos enunciados en los incisos a), b), c) o d) de la fracción I del artículo 1462, o b) No se ha cumplido la decisión del Tribunal Arbitral sobre la prestación de la garantía que corresponda a la medida cautelar otorgada por el Tribunal Arbitral, o c) La medida cautelar ha sido revocada o suspendida por el Tribunal Arbitral o, en caso de que esté facultado para hacerlo, por un tribunal del estado en donde se tramite el procedimiento de arbitraje o conforme a cuyo derecho dicha medida se otorgó, o II. Si el Juez resuelve que: a) La medida cautelar es incompatible con las facultades que se le confieren, a menos que el mismo juez decida reformular la medida para ajustarla a sus propias facultades y procedimientos a efectos de poderla ejecutar sin modificar su contenido, o bien que b) Alguno de los motivos de denegación enunciados en la fracción II del artículo 1462 es aplicable al reconocimiento o a la ejecución de la medida cautelar. Toda determinación a la que llegue el juez respecto de cualquier motivo enunciado en la fracción I del presente artículo será únicamente aplicable para los fines de la solicitud de reconocimiento y ejecución de la medida cautelar. El juez al que se solicite el reconocimiento o la ejecución no podrá emprender, en el ejercicio de dicho cometido, una revisión del contenido de la medida cautelar. De toda medida cautelar queda responsable el que la pide, así como el Tribunal Arbitral que la dicta, por consiguiente son de su cargo los daños y perjuicios que se causen.

Las medidas cautelares adoptadas por un Tribunal Arbitral, cuando la sede del arbitraje se encuentra en el territorio nacional, son vinculantes para las partes. Por lo anterior, las partes del procedimiento arbitral están obligadas a cumplir las medidas cautelares adoptadas por el tribunal arbitral sin la necesidad de que el Juez ordene su cumplimiento, por la obligatoriedad en sí misma que se desprende del acuerdo arbitral, y de la voluntad de las partes:

Artículo 1479.- *Toda medida cautelar ordenada por un Tribunal Arbitral se reconocerá como vinculante y, salvo que el Tribunal Arbitral disponga otra cosa, será ejecutada al ser solicitada tal ejecución ante el juez competente, cualquiera que sea el estado en donde haya sido ordenada, y a reserva de lo dispuesto en el artículo 1480. La parte que solicite o haya obtenido el reconocimiento o la ejecución de una medida cautelar informará sin demora al juez de toda revocación, suspensión o modificación que se ordene de dicha medida. El juez ante el que sea solicitado el reconocimiento o la ejecución de una medida cautelar podrá, si lo considera oportuno, exigir de la parte solicitante que preste una garantía adecuada, cuando el Tribunal Arbitral no se haya pronunciado aún sobre tal garantía o cuando esa garantía sea necesaria para proteger los derechos de terceros.*

Por último, es importante mencionar que el maestro Francisco González de Cossío considera que los principios que los Jueces deben respetar al reconocer y ejecutar las medidas cautelares adoptadas por un Tribunal Arbitral son los mismos que tratándose del reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral, a saber: i) presunción de validez de la medida cautelar; ii) alto nivel de deferencia a la decisión del tribunal arbitral; iii) bajo nivel de revisión; iv) carga de la prueba a cargo de quien resiste el reconocimiento y ejecución de la medida cautelar; y v) discreción del Juez nacional de reconocer y ejecutar la medida cautelar aún en presencia de una causal para no hacerlo.¹⁵¹

B.3.4) Negativa para reconocer y ejecutar medidas cautelares

El artículo 1480 del Código de Comercio establece que el Juez podrá denegarse al reconocimiento o la ejecución de una medida cautelar, en esencia, si: i) dicha medida actualiza cualquiera de las causales de denegación del reconocimiento o ejecución de la medida cautelar;¹⁵² ii) si no se ha otorgado la caución correspondiente, o si iii) el Tribunal Arbitral revocó o suspendió la medida en cuestión:

¹⁵¹ González de Cossío, Francisco "Medidas Urgentes y Órdenes Preliminares en Arbitraje: Dos nuevas y efectivas herramientas procesales" consultado el 24 de noviembre de 2019 en:

<http://www.gdca.com.mx/pdf/arbitraje/medidas%20urgentes%20ordenes%20preliminares%20dos%20nuevas%20y%20efectivas%20herramientas%20procesales.pdf> p. 14

¹⁵² Ver artículo 1462 del Código de Comercio.

Artículo 1480.- *Podrá denegarse el reconocimiento o la ejecución de una medida cautelar únicamente:*

I. Si, al actuar a instancia de la parte afectada por la medida, al juez le consta que:

- a) Dicha denegación está justificada por alguno de los motivos enunciados en los incisos a), b), c) o d) de la fracción I del artículo 1462,*
- b) No se ha cumplido la decisión del Tribunal Arbitral sobre la prestación de la garantía que corresponda a la medida cautelar otorgada por el Tribunal Arbitral, o*
- c) La medida cautelar ha sido revocada o suspendida por el Tribunal Arbitral o, en caso de que esté facultado para hacerlo, por un tribunal del estado en donde se tramite el procedimiento de arbitraje o conforme a cuyo derecho dicha medida se otorgó, o*

II. Si el Juez resuelve que:

- a) La medida cautelar es incompatible con las facultades que se le confieren, a menos que el mismo juez decida reformular la medida para ajustarla a sus propias facultades y procedimientos a efectos de poderla ejecutar sin modificar su contenido, o bien que*
- b) Alguno de los motivos de denegación enunciados en la fracción II del artículo 1462 es aplicable al reconocimiento o a la ejecución de la medida cautelar. (...)*

El Juez no podrá analizar o revisar el contenido de la medida cautelar, es decir, el Juez no podrá analizar, entre otras, si se cumplieron los requisitos para la adopción de las medidas ni si la medida fue adoptada conforme al derecho pactado por las partes:

Artículo 1480.- *(...) Toda determinación a la que llegue el juez respecto de cualquier motivo enunciado en la fracción I del presente artículo será únicamente aplicable para los fines de la solicitud de reconocimiento y ejecución de la medida cautelar. El juez al que se solicite el reconocimiento o la ejecución no podrá emprender, en el ejercicio de dicho cometido, una revisión del contenido de la medida cautelar. (...)*

B.4) Medidas cautelares dictadas por el Juez en apoyo al arbitraje

El artículo 17J de la Ley Modelo de UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional establece el derecho de las partes de solicitar al Juez estatal la imposición de medidas cautelares:

Sección 5. Medidas cautelares dictadas por el tribunal

Artículo 17 J. Medidas cautelares dictadas por el tribunal

El tribunal gozará de la misma competencia para dictar medidas cautelares al servicio de actuaciones arbitrales, con independencia de que éstas se sustancien o no en el país de su jurisdicción, que la que disfruta al servicio de actuaciones judiciales. El tribunal ejercerá dicha competencia de conformidad con sus propios procedimientos y teniendo en cuenta los rasgos distintivos de un arbitraje internacional.

El Código de Comercio recoge esta disposición y prevé en sintonía un mecanismo dual para la imposición de medidas cautelares en el procedimiento arbitral, mediante el enfoque de elección libre. El juez, tiene la facultad para dictar medidas cautelares de conformidad con el artículo 1425 del Código de Comercio:

Artículo 1425.- *Aun cuando exista un acuerdo de arbitraje las partes podrán, con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante su transcurso, solicitar al juez la adopción de medidas cautelares provisionales*

El juez gozará de plena discreción en la adopción de las medidas cautelares provisionales a que se refiere el artículo 1425, de conformidad con el artículo 1478 del Código de Comercio.¹⁵³ Al respecto, en la misma línea a la que me refería en el apartado que antecede, considero que la interpretación que debe dársele a éste artículo recae en el hecho de que el Juez tendrá la posibilidad de dictar *cualquier tipo de medida* cautelar que considere necesaria dependiendo del caso concreto, a fin de garantizar la eficacia y materialización de la decisión plasmada en el laudo arbitral.

La vía para solicitar al Juez que imponga una medida cautelar en apoyo al arbitraje es el juicio especial sobre transacciones comerciales y arbitraje, en términos de la fracción III del artículo 1470 y el artículo 1472 del Código de Comercio.¹⁵⁴

¹⁵³ **Artículo 1478.-** El juez gozará de plena discreción en la adopción de las medidas cautelares provisionales a que se refiere el artículo 1425.

¹⁵⁴ **Artículo 1470.-** Se tramitarán conforme al procedimiento previsto en los artículos 1472 a 1476: III. La adopción de las medidas cautelares provisionales a que se refiere el artículo 1425.

Artículo 1472.- El juicio especial sobre transacciones comerciales y arbitraje, a que se refieren los artículos 1470 y 1471, se tramitará conforme a los siguientes artículos.

III. CONCLUSIONES

Las medidas cautelares son medios accesorios, sumarios y provisionales tendientes a conservar la materia de un litigio y evitar que la resolución final que se dicte sea de imposible ejecución o cause un daño irreparable a alguna de las partes con motivo de la tramitación de éste.

La postura adoptada por el Título Cuarto del Código de Comercio es que exista un mecanismo dual de imposición de medidas cautelares: las medidas cautelares que adopta el Tribunal Arbitral, y las medidas cautelares que impone el Juez en apoyo al arbitraje.

Resulta relevante, en términos de las conclusiones primera y segunda anteriores, entender las disposiciones vigentes en materia de medidas cautelares dentro del arbitraje (a la luz específica de derecho mexicano), para poder utilizarlas como un medio de defensa efectivo para evitar un daño grave e irreparable a las partes dentro de un procedimiento con motivo de la tramitación de éste.

Considero que únicamente a través del entendimiento de las disposiciones vigentes en materia de medidas cautelares dentro del arbitraje, se generará un diálogo que permita en última instancia criticar y mejorar las disposiciones actualmente contenidas en el Código de Comercio, en una forma uniforme y proteccionista para las partes involucradas.

BIBLIOGRAFÍA

A) LEGISLACIÓN NACIONAL

1. Código Civil Federal, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 26 de mayo de 1928, en vigor a partir del 1 de octubre de 1932.
2. Código de Comercio, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 13 de diciembre de 1889, en vigor a partir del 1 de enero de 1890.
3. Código Federal de Procedimientos Civiles, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 24 de febrero de 1943, en vigor a partir del 24 de marzo de 1943.
4. Código Nacional de Procedimientos Penales, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 5 de marzo de 2014, en vigor a partir de julio de 2016 en la Ciudad de México.
5. Ley de Amparo, reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 2 de abril de 2013.

B) TRATADOS INTERNACIONALES Y REGLAMENTOS

1. Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Convención de Nueva York), publicada en el Diario Oficial de la Federación el 22 de junio de 1971, en vigor a partir del 13 de julio de 1971.
2. Ley Modelo de Uncitral sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985.
3. Enmiendas del 2006 a la Ley Modelo de Uncitral sobre Arbitraje Comercial Internacional.
4. Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI).
5. Reglamento de Arbitraje de la Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México (CANACO).
6. Reglamento de Arbitraje del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI).

C) FUENTES BIBLIOGRÁFICAS

1. Carrer Méjan, Luis Manuel "Concursos mercantiles, ayuda de memoria" primera edición, México, Oxford, 2007 p. 101.
2. Castillo, Eduardo, "Juicios mercantiles", cuarta edición, México, Oxford, 2004, volumen 2, p. 351.
3. Castrillón, Víctor Manuel "Derecho Procesal Mercantil" décima edición, México, Porrúa, 2010 p. 248
4. Castrillón, Víctor Manuel *Derecho Procesal Civil*, México, Porrúa, 2004, p. 268.
5. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil *UNCITRAL Digest of Case Law on the Model Law on International Commercial Arbitration*, Austria, United Nations Publications, volumen 9, mayo de 2012, p. 89.
6. Contreras Vaca, Francisco José "Derecho Procesal Mercantil" segunda edición, México, Oxford, 2013, p. 76.
7. Fernández, Vicente *Derecho procesal Mercantil*, México, 2005, Porrúa p. 82
8. González Alburquerque, Alejandro "Propuesta de reforma al Código de Comercio en relación con las medidas cautelares en el arbitraje comercial", tesis sustentada para obtener el título de abogado por la Escuela Libre de Derecho, México, 2016, p. 52.
9. González de Cossío, Francisco "Arbitraje" tercera edición, México, Porrúa, 2011 p. 1346.
10. González de Cossío, Francisco "Medidas Urgentes y Órdenes Preliminares en Arbitraje: Dos nuevas y efectivas herramientas procesales" consultado el 24 de noviembre de 2019 en:
<http://www.gdca.com.mx/pdf/arbitraje/medidas%20urgentes%20ordenes%20preliminares%20dos%20nuevas%20y%20efectivas%20herramientas%20procesales.pdf> p. 14
11. Graham, Luis Enrique "El Arbitraje Comercial", México, Themis, 2007, pp. 259-271
12. Manríquez García, Carlos "La apariencia del buen derecho en el juicio de amparo mexicano" en *Revista del Instituto de la judicatura federal* consultado el 24 de noviembre de 2019 en: <goo.gl/ce3Qae> p. 158
13. Marín, Juan Carlos "Las medidas cautelares en el proceso civil", México, Porrúa, 2004, p. 259
14. Martins, Sofía y Navarra, Segimundo "Las medidas cautelares en el arbitraje. Concurrencia de poderes entre Tribunales estatales y arbitrales", *Arbitraje: Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, España, Centro Internacional de Arbitraje, Mediación y Negociación, volumen 7 Kluwer Law International, 2015, p. 104.
15. Pallares, Eduardo *Diccionario de Derecho Procesal Civil*, vigésima segunda edición, México, Porrúa, 1966, pp. 558 a 559 y 660 a 661.
16. Sánchez Gil, Rubén, "La presunción de constitucionalidad", en *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008, t. VIII, p. 396.
17. Silva, Jorge "Arbitraje Comercial Internacional en México" México, Péreznieto Editores, 1994, p. 135.

Celebré un Acuerdo Arbitral ¡y no lo sabía!

Validez del Arbitraje derivado de Aplicaciones Electrónicas



Alejandro García González

Alejandro García González es socio del despacho Hogan Lovells, donde encabeza el área de litigio y arbitraje en la oficina de Monterrey, Nuevo León (México). Es Licenciado en Derecho por la Facultad Libre de Derecho de Monterrey (1998) y cuenta con diplomados en Técnicas de Juicio Oral por la Universidad de Monterrey (2012) y en Arbitraje Comercial Internacional por ICC México (2017). Actualmente cursa el Máster en Arbitraje Comercial y de Inversión en la Universidad de Alcalá de Henares (España). Cuenta con una experiencia de más de 20 años, durante los cuales ha representado exitosamente a sus clientes en asuntos complejos y estratégicos ante tribunales judiciales y arbitrales. Su práctica se centra en el litigio comercial, financiero y administrativo, así como en el arbitraje comercial doméstico e internacional. Alejandro es coordinador de la Comisión Anticorrupción de la Barra Mexicana Colegio de Abogados – Capítulo Nuevo León, desde el 2018 y es miembro del Consejo de la US-Mexico Bar Association. Participa como profesor experto invitado en la Facultad Libre de Derecho de Monterrey, donde imparte el curso de Arbitraje Comercial Internacional. Es coautor del libro titulado “Derecho Internacional Privado y Derecho del Arbitraje Comercial Internacional; Legislación, Cláusulas, Sentencias y Laudos Relevantes”, publicado por Tirant Lo Blanch.

I. Resumen

Hoy en día el uso de aplicaciones electrónicas mediante teléfonos móviles y otros dispositivos ha proliferado a tal grado que forma parte de nuestra vida cotidiana. La gran mayoría de estas aplicaciones contienen una cláusula arbitral que, además, incluye la renuncia a ciertos derechos. Aquí analizaremos la validez de dichas cláusulas bajo el derecho mexicano.

II. Introducción

En el inicio del curso de arbitraje comercial que imparto cada semestre en una facultad de derecho del noreste del país, siempre formulo la siguiente pregunta: “¿*Alguno de ustedes ha celebrado un acuerdo de arbitraje?*”. La respuesta siempre es “no”. Sin embargo, esa respuesta también siempre es incorrecta. En realidad, todos los alumnos han celebrado acuerdos de arbitraje; simplemente no lo saben.

Para demostrarles que sí son parte en compromisos arbitrales, les pregunto si han descargado en sus teléfonos móviles aplicaciones electrónicas, conocidas comúnmente como “apps”. Obviamente, en la actualidad, quien utiliza un teléfono celular inteligente o “smartphone”, necesariamente utiliza alguna app.

Resulta que las aplicaciones electrónicas contienen ciertos términos y condiciones o “términos de servicio” (“TyC”) que regulan la relación jurídica contractual entre el consumidor y el proveedor del servicio. Pues bien, en los TyC es bastante frecuente encontrar cláusulas arbitrales que los consumidores aceptan al

registrarse; quedando así sometidos a este mecanismo alternativo de solución de controversias. La cuestión es que dichos usuarios, por lo general, no leen los TyC, ni se enteran de que han celebrado un acuerdo arbitral con el proveedor.

Si bien, el objetivo principal de la pregunta que formulo a mis alumnos es mostrarles que el arbitraje está más cerca de ellos de lo que pudieran imaginar, este ejercicio revela un fenómeno mundial: millones de usuarios de apps están sometidos a compromisos arbitrales sin tener la menor noción. Esta situación se agrava porque las cláusulas de arbitraje están estructuradas en términos que parecen perjudiciales para el usuario. Por ejemplo, se prevé la aplicación de leyes de otros países y se fijan como sede jurisdicciones lejanas para el usuario. Esto, sumado a que el arbitraje tiene ciertos costos asociados. Me parece interesante, por lo tanto, analizar la validez de las cláusulas arbitrales contenidas en los TyC, desde la perspectiva mexicana

III. Análisis

A) El arbitraje es un mecanismo consensual

En principio, corresponde a los tribunales del Estado dirimir las controversias entre particulares. Sin embargo, en un número importante de jurisdicciones, las partes tienen el derecho a someterse a mecanismos alternativos para solucionar sus controversias; caso en el cual los tribunales del Estado quedan impedidos para conocer de la disputa. Esta libertad tiene rango constitucional en nuestro país. El artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (la “**Constitución Mexicana**”) consagra la Garantía de Acceso a la Justicia, en dos vertientes.

Por una parte, dispone que toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Complementan esta vertiente del Acceso a la Justicia, el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, convenciones de las cuales México es signatario.

Por otra parte, el artículo 17 de la Constitución Mexicana dispone que las leyes preverán mecanismos alternativos para la solución de controversias. De esta forma se consagra en el ordenamiento constitucional de nuestro país el derecho de los particulares a acceder a los denominados “MASC”, entre los que se encuentra el arbitraje. Los tribunales nacionales han sostenido que la Constitución Mexicana reconoce, como derecho humano, la posibilidad de que los conflictos también se puedan resolver mediante los mecanismos alternativos de solución de controversias, siempre y cuando estén previstos por la ley.[1]

Así las cosas, por tratarse de un mecanismo convencional, el arbitraje sólo se implementará si las partes involucradas en la controversia así lo acuerdan; en caso de silencio, la controversia será dirimida por los órganos del Estado. En consecuencia, en el análisis de las cláusulas arbitrales contenidas en los TyC, deberá tenerse en cuenta que no podrá sujetarse al consumidor al mecanismo alternativo, si éste no lo consintió.

B) El arbitraje es un mecanismo electivo

Si consideramos al arbitraje como un “*traje a la medida*”, entonces es evidente que cada uno de sus componentes debe elegirse con cuidado, a fin de que el producto final efectivamente responda a las necesidades de las partes involucradas en la controversia. Cualquiera de estos componentes tiene el potencial para inclinar la balanza a favor de alguna de las partes e impactar de manera definitiva en la solución de la controversia. Pensemos, por ejemplo, en la sede del arbitraje.

La sede o lugar del arbitraje determina el derecho que regulará el procedimiento arbitral. Esta normatividad definirá aspectos tan esenciales como los requisitos de validez del acuerdo arbitral, estándares del debido proceso y el grado de intervención de los tribunales judiciales sobre el arbitraje, entre otros. Otro efecto de la sede, es que serán competentes para brindar auxilio al arbitraje y, eventualmente, analizar la validez del laudo arbitral, los tribunales judiciales del lugar del arbitraje.

El mensaje que pretendo transmitir es que la negociación de un acuerdo arbitral es algo fundamental. El problema es que esta negociación no existe en los contratos celebrados entre proveedores y consumidores de servicios en línea. Se trata de contratos de adhesión electrónicos, que carecen justamente de ese intercambio de peticiones que generalmente precede a la formación del contrato. En las cláusulas arbitrales de las *apps*, quien elige los elementos del arbitraje es el proveedor; mientras que el consumidor únicamente decide si los acepta o no.

C) La neutralidad en el arbitraje

El arbitraje ofrece a las partes contendientes muchas ventajas respecto de un juicio seguido ante los tribunales del Estado. En este apartado me referiré en particular a una de ellas: la neutralidad.

La neutralidad es un prisma que genera diversos reflejos. Por una parte, la resolución se le encomienda a un tribunal constituido *exprofeso* para resolver la controversia y, además, las partes intervienen directamente en la constitución del tribunal. Mediante el proceso de selección, las partes pueden asegurarse de que el o los árbitros tengan la menor cantidad de sesgos posibles.

Otro reflejo de la neutralidad es que las partes pueden acordar que la controversia se resuelva con base en determinado derecho, que no necesariamente sería el derecho aplicable de haberse resuelto la disputa por un tribunal del Estado, que deberá sujetarse a las reglas de conflicto. Las partes también tienen la posibilidad de acordar las reglas del procedimiento arbitral, sean reglas elaboradas previamente por alguna institución o reglas diseñadas por las propias partes.

En suma, mediante el arbitraje las partes pueden acceder a un “campo neutral”, donde ninguno “juega de local o visitante” y donde los árbitros también son neutrales y no necesariamente comparten la nacionalidad o algún otro antecedente de afinidad con las partes. Entonces, para determinar la validez de las cláusulas arbitrales contenidas en los TyC, es preciso ponderar si las mismas cumplen con el estándar de neutralidad exigido, en este caso, por la legislación mexicana.

D) El compromiso arbitral debe constar por escrito

Conforme al Artículo II de la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (la “**Convención de Nueva York**”), el acuerdo arbitral debe constar por escrito. La expresión “acuerdo por escrito” denotará una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, firmados por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas. En el mismo sentido, el artículo 1423 del Código de Comercio mexicano (el “**CCom**”) dispone que el acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito y consignarse en documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, télex, telegramas, facsímil u otros medios de comunicación que dejen constancia del acuerdo.

Por su parte, los artículos 89 al 114 del CCom regulan el comercio electrónico. Entre otras cuestiones, regulan la firma electrónica, que se concibe como los datos en forma electrónica consignados en un mensaje de datos o adjuntados o lógicamente asociados al mismo por cualquier tecnología, que son utilizados para identificar al firmante en relación con el mensaje de datos e indicar que el firmante aprueba la información contenida en el mensaje de datos y que produce los mismos efectos jurídicos que la firma autógrafa.

A la luz de las interpretaciones realizadas por tribunales judiciales de diversos Estados parte de la Convención de Nueva York, hoy no existe mayor discusión acerca de la validez de los acuerdos arbitrales contenidos en contratos electrónicos o contratos firmados de manera electrónica. De manera que, por lo que hace exclusivamente a la forma, las cláusulas compromisorias contenidas en los TyC cumplen con los requisitos de la normatividad internacional y la legislación mexicana.

E) Los TyC son contratos de adhesión

En México, la Ley Federal de Protección al Consumidor (“**LFPC**”) tiene por objeto promover y proteger los derechos del consumidor y procurar la equidad, certeza y seguridad jurídica en las relaciones entre proveedores y consumidores.

La LFPC regula los contratos de adhesión. Según el artículo 85 de la LFPC, se entiende por “contrato de adhesión” el documento elaborado unilateralmente por el proveedor, para establecer en formatos uniformes los términos y condiciones aplicables a la adquisición de un producto o la prestación de un servicio, aun cuando dicho documento no contenga todas las cláusulas ordinarias de un contrato. Bajo esta disposición, los TyC de las aplicaciones electrónicas constituyen contratos de adhesión.

Todo contrato de adhesión celebrado en territorio nacional, para su validez, deberá estar escrito en idioma español y sus caracteres tendrán que ser legibles a simple vista. Además, no podrá implicar prestaciones desproporcionadas a cargo de los consumidores, obligaciones inequitativas o abusivas, o cualquier otra cláusula o texto que viole las disposiciones de la LFPC.

Por su parte, el artículo 90 de la LFPC, dispone que no serán válidas y se tendrán por no puestas, entre otras, las cláusulas de los contratos de adhesión que (i) liberen al proveedor de su responsabilidad civil; (ii) prescriban el cumplimiento de ciertas formalidades para la procedencia de las acciones que se promuevan contra el proveedor; y (iii) obliguen al consumidor a renunciar a la protección de esta ley o lo sometan a la competencia de tribunales extranjeros.

Si se considera que las operaciones de las *apps* están reguladas por LFPC, entonces, para determinar la validez del acuerdo arbitral contenido en los TyC, necesariamente deberá analizarse si dicha cláusula se ajusta a la LFPC.

F) Regulación específica para operaciones de comercio electrónico

La LFPC contiene un capítulo dedicado a las transacciones efectuadas a través de medios electrónicos o de cualquier otra tecnología. El artículo 76 bis de la LFPC establece que en la celebración de dichas transacciones se cumplirá, entre otras cosas, con lo siguiente: (i) el proveedor proporcionará al consumidor, antes de celebrar la transacción, su domicilio físico, números telefónicos y demás medios a los que pueda acudir el consumidor para presentarle sus reclamaciones; y (ii) el consumidor tendrá derecho a conocer toda la información sobre los términos, condiciones, costos, cargos adicionales de los bienes o servicios ofrecidos por el proveedor.

En el artículo 76 bis 1 de la LFPC se hace referencia una Norma Mexicana expedida por la Secretaría de Economía (“SE”) que guiará a los proveedores que utilizan medios electrónicos. La SE publicó la Norma Mexicana sobre Comercio Electrónico – Disposiciones a las que se sujetarán aquellas personas que ofrezcan, comercialicen o vendan bienes o servicios (la “**NMX-COE-001-SCFI-2018**”).

La NMX-COE-001-SCFI-2018 por naturaleza no es obligatoria; más bien constituye una guía de buenas prácticas en materia de relaciones de consumo celebradas de forma electrónica. Esta Norma Mexicana contiene una serie de mecanismos, incluyendo los relativos a la presentación de reclamaciones. Sin embargo, no contiene disposiciones sobre resolución de disputas entre proveedores y consumidores derivadas del comercio electrónico.

Algo que sí regula la NMX-COE-001-SCFI-2018 es que la información que se proporcione en un “sistema de información”, como lo es una *app*, debe ser veraz, comprobable, clara, exenta de textos, diálogos, sonidos, imágenes o alguna otra figura que induzcan o puedan inducir a error o confusión al usuario por ser engañosas o abusivas, de conformidad con las disposiciones jurídicas aplicables.

Consecuentemente, el análisis de validez de las cláusulas compromisorias contenidas en *apps*, también debe hacerse bajo los lineamientos obligatorios contenidos en la LFPC y demás normatividad aplicable en materia de comercio electrónico. Sin dejar de lado las buenas prácticas previstas en la NMX-COE-001-SCFI-2018 y otras regulaciones que no necesariamente son obligatorias, pero que sí constituyen modelos a seguir.

G) Controversias derivadas de relaciones de consumo en México

1. Vía Mercantil

Las relaciones jurídicas entre proveedores y consumidores son, por naturaleza, comerciales. De ahí que, en principio, el incumplimiento de alguna de las partes al contrato que tengan celebrado o a la ley que lo rige, puede ser reclamado judicialmente por la parte afectada en la vía mercantil que proceda.

2. Vía Administrativa

Por considerarse de orden público la defensa de los consumidores frente a incumplimientos o abusos de los proveedores de bienes o servicios, el Estado mexicano creó un organismo encargado de la defensa de los consumidores, que tiene facultades para sancionar las violaciones contractuales o legales en que incurrir los proveedores.

Conforme al artículo 20 de la LFPC, la Procuraduría Federal de Protección al Consumidor (la “PROFECO”) es un organismo descentralizado que tiene funciones de autoridad administrativa y está encargada de proteger los derechos e intereses del consumidor y procurar la equidad y seguridad jurídica en las relaciones entre proveedores y consumidores.

La PROFECO tiene, entre otras atribuciones (i) proteger los derechos del consumidor, así como aplicar las medidas necesarias para propiciar la equidad y seguridad jurídica en las relaciones de consumo; (ii) representar individualmente o en grupo a los consumidores ante autoridades jurisdiccionales y administrativas, y ante los proveedores; (iii) procurar la solución de las diferencias entre consumidores y proveedores; y (iv) aplicar y ejecutar las sanciones y demás medidas establecidas en la LFPC y demás ordenamientos aplicables.

a) El procedimiento conciliatorio ante la PROFECO

Ante el incumplimiento del proveedor, el consumidor puede acudir a la PROFECO para que ésta procure la solución de la controversia. Una vez formulada la queja del consumidor ante la PROFECO, se citará a las partes a una audiencia de conciliación. De no haber conciliación, según el artículo 116 de la LFPC, el conciliador exhortará a las partes para que designen como árbitro a la PROFECO o a algún árbitro independiente para solucionar el conflicto.

Como se observa, la propia LFPC privilegia la solución de los conflictos mediante la vía del arbitraje, sea ante la PROFECO o ante un árbitro independiente. En caso de no aceptarse el arbitraje, se dejarán a salvo los derechos de ambas partes para hacerlos valer en la vía judicial.

b) El arbitraje ante la PROFECO

Conforme al artículo 117 de la LFPC, la PROFECO podrá actuar como árbitro entre consumidores y proveedores cuando los interesados así la designen y sin necesidad de reclamación o procedimiento conciliatorio previos. El arbitraje ante la PROFECO se regula en la propia LFPC.

Específicamente en materia de relaciones de consumo, los tribunales constitucionales del país han sostenido que el acceso a los medios alternativos de justicia constituye un derecho humano reconocido por el artículo 17 constitucional; que las partes pueden acordar en un contrato que se someterán a la competencia de la PROFECO para la solución de los conflictos; y que ello constituye una decisión que debe acatarse, ya que la voluntad de las partes es la suprema ley en los contratos.[2]

A la luz de lo expuesto, en México es perfectamente válido que proveedores y consumidores de *apps* suscriban compromisos arbitrales, sea bajo las reglas de la LFPC u otras reglas que acuerden las partes; siempre que dichos compromisos contengan los elementos necesarios para su validez, eficacia y ejecución.

H) La cláusula arbitral en las aplicaciones electrónicas

Un número importante de aplicaciones electrónicas incorporan una cláusula compromisoria en sus TyC. Si bien, cada cláusula es distinta y está adaptada a las necesidades del proveedor respectivo, a partir del análisis de diversos TyC se pueden obtener ciertos elementos comunes: (i) se fijan como sede del arbitraje lugares fuera de México; (ii) se prevé la aplicación de leyes sustantivas extranjeras; (iii) el procedimiento se sujeta a reglas de instituciones arbitrales; y (iv) se incluyen renunciaciones a acciones colectivas y “juicios por jurado” (estos últimos no existen en nuestro país).

A esto, se agrega una circunstancia especialmente delicada: en la mayoría de las *apps* la cláusula de arbitraje no se percibe a simple vista, sino que forma parte de los TyC a los que la aplicación remite mediante un hipervínculo. La cláusula queda subsumida en una gran cantidad de texto legal-comercial que, además de “aburrido” o poco atractivo para el usuario, puede resultar incomprensible para éste. Esta circunstancia adquiere un matiz de gravedad, en aquellas aplicaciones que permiten completar el proceso de registro sin que el usuario necesariamente haya leído y aceptado los TyC. Lo más seguro, en estos casos, es que el usuario ni siquiera haya tenido conocimiento de que pactó someterse al arbitraje.

Ciertas aplicaciones ofrecen al usuario anticipar los costos administrativos del arbitraje, pero sujeto a la decisión del tribunal arbitral, por lo que al final de cuentas el usuario podría ser condenado a pagar dichos costos y tendría que reembolsar a la plataforma digital los costos anticipados por ésta.

Algunas aplicaciones más “bondadosas” prevén que las reclamaciones también se pueden promover ante tribunales de menor cuantía, pero con jurisdicción en los Estados Unidos de América o algún otro país distinto a México. Esto significa que, de cualquier forma, el usuario mexicano tendría que litigar fuera de su jurisdicción.

También se pueden encontrar aplicaciones que son más “*user friendly*” y permiten al usuario renunciar a la cláusula de arbitraje. Sin embargo, necesariamente debe hacerlo dentro de un plazo determinado por la propia aplicación -generalmente 30 días-, que corre a partir de que se registra o de que acepta alguna actualización a los TyC; y mediante el envío de un correo electrónico. Es decir, que el proceso para renunciar a la cláusula arbitral, también conocido como “*opt-out*”, es más complejo que el propio proceso de registro en la aplicación.

Las variantes a las cláusulas arbitrales referidas con antelación no necesariamente obedecen a la intención de los operadores de las *apps* de hacerlas menos gravosas para sus usuarios, sino a que dichas cláusulas han tenido que moldearse en base a los precedentes judiciales emitidos en ciertas jurisdicciones.

1) Validez de la cláusula arbitral en las aplicaciones electrónicas

Consideramos que existen argumentos para sostener la invalidez de la cláusula compromisoria o denegar la ejecución del laudo dictado por el tribunal arbitral. Sin embargo, también encontramos argumentos a favor de la validez del acuerdo arbitral y la procedencia de su ejecución en México. A continuación analizaremos ambas posiciones:

1. La cláusula arbitral es inválida – argumentos del consumidor

Seguramente podrán esbozarse otros, sin embargo, estos a mi juicio son los principales argumentos en contra de las cláusulas arbitrales insertas en los contratos de adhesión electrónicos:

a) Ausencia de consentimiento

Como cualquier otro convenio, el acuerdo arbitral requiere para su existencia de la voluntad de las partes. Bajo derecho nacional, el acto jurídico inexistente por falta de consentimiento no producirá efecto legal alguno, según dispone el artículo 2224 del Código Civil Federal (el “CCF”). Por ende, me planteo si verdaderamente existe el consentimiento del usuario respecto de un compromiso arbitral incluido en una aplicación electrónica. ¿Puede considerarse aceptada la cláusula de arbitraje si el usuario ni siquiera sabe de su existencia o no entiende sus alcances?

El criterio prevaleciente es que el acuerdo de arbitraje se forma cuando existe la voluntad inequívoca de las partes de someterse a dicho mecanismo alternativo. Por ende, parecería a simple vista colmado este elemento de existencia cuando, por un lado, el proveedor ofrece al público sus bienes o servicios a través de la *app* y sujeta dicha oferta a ciertos TyC que contienen una cláusula arbitral; y, por otro lado, el usuario acepta dichos TyC, manifestándolo al “oprimir” el “botón” correspondiente (en ciertos casos aunado a otras acciones que revelan su consentimiento).

El tema, sin embargo, no es tan sencillo, como podemos ilustrar con dos casos relevantes ventilados ante las cortes de los Estados Unidos de América (“EUA”): *Meyer v. Uber* (“**Meyer**”) y *Cullinane v. Uber* (“**Cullinane**”). En ambos casos, la *litis* se centró en determinar si la cláusula arbitral de Uber era suficientemente conspicua, como para permitir al usuario tener un conocimiento real del sometimiento al arbitraje. Ambas cortes aplicaron los mismos estándares y consideraron factores similares en su análisis. Sin embargo, las resoluciones resultaron contradictorias, pues mientras que en un caso se concluyó que la cláusula arbitral era válida, en el otro se anuló.[3]

En el caso *Meyer*, el Segundo Circuito consideró que el uso de *smartphones* y *apps* en la actualidad está tan arraigado, que los usuarios tienen cierto nivel de conocimientos y experiencia, lo que les permite identificar hipervínculos presentados de formas distintas, así como otros elementos frecuentemente utilizados en las aplicaciones digitales. El Primer Circuito, que resolvió el caso *Cullinane*, también aplicó un estándar de razonabilidad para el usuario común, pero confirió especial importancia a la forma en que el vínculo estaba presentado en la interfaz y sostuvo que esto no se hizo en la forma “tradicional”, por lo que un “usuario promedio” no podría identificar que se trataba de un hipervínculo.[4] La forma “tradicional” de presentar un hipervínculo es en letra color azul y subrayado.

En esencia, el Primer Circuito dejó sin efectos la cláusula arbitral contenida en la aplicación de Uber porque los TyC no eran suficientemente conspicuos para que el usuario supiera que se había sujetado a los mismos.[5] La corte “analizó a detalle el diseño y contenido de la pantalla de registro que contenía el hipervínculo a los términos de servicios -incluyendo el tamaño, forma, color, tipo de letra y ubicación del hipervínculo- y concluyó que el vínculo a los términos de servicio no lograba captar la atención del usuario”. En esta sentencia, la corte incluyó una interesante consideración: “si todo lo que aparece en la pantalla es llamativo, entonces nada es llamativo”. La corte no sólo analizó el hipervínculo que dirigía al usuario a los TyC, sino un aviso que aparecía justo arriba, indicando que la creación de la cuenta del usuario lo sujetaba a los TyC. Este aviso era aún menos llamativo que el hipervínculo.[6]

Para Michelle Dunbar, en estos casos, en lugar de aplicar el tradicional *test* de *common law* sobre “conocimiento” para determinar la validez de una cláusula arbitral, lo que se debe analizar es si el usuario tuvo “acceso” razonable a los términos de la cláusula.[7] Aunque las consideraciones de las cortes estadounidenses en los casos referidos parecieran propias del sistema legal anglosajón, creo que en México un tribunal judicial pudiera esgrimir argumentos similares para determinar la inexistencia de la cláusula compromisoria. Si el usuario ni siquiera leyó los TyC, no se puede afirmar que existe su voluntad inequívoca de arbitrar las controversias.

En contra de este argumento, se puede señalar que si se le dio acceso a los TyC y, además, se le advirtió que su registro implicaba su consentimiento sobre los TyC, aunado a que -en ciertas aplicaciones- no se le permitió continuar su proceso de registro sin que antes hubiese confirmado que leyó y entendió los TyC, entonces no cabe duda de que el usuario sí tuvo conocimiento y se sometió a la cláusula arbitral.

Al final del día, es -prácticamente- imposible saber a ciencia cierta si el usuario leyó y entendió los TyC (incluyendo la cláusula de arbitraje). Seguramente en un procedimiento jurisdiccional, el usuario lo negará. Entonces, para mí, la cuestión a dilucidar es si la interfaz de la aplicación está realmente diseñada para que el usuario tenga acceso a, y conocimiento de, los TyC. Igualmente importante es verificar si el proveedor aplicó los “candados” suficientes para asegurarse, al menos, de que el usuario haya leído los TyC.

En mi opinión, si la aplicación escondió o disimuló los TyC y, además, no implementó en su diseño una serie de acciones para que el usuario forzosamente tenga que “abrir” o desplegar los TyC en su pantalla y manifestar su consentimiento específico de los mismos, de manera independiente a su consentimiento para registrarse como usuario, el acuerdo arbitral podría considerarse inexistente.

b) Impedimento para ejercer derechos

Según expuse previamente, uno de los principios rectores del arbitraje, es la neutralidad. Las cláusulas arbitrales contenidas en los TyC, sin embargo, parecen cargadas en favor de los proveedores.

En fecha 26 de junio de 2020, la Suprema Corte de Justicia de Canadá declaró inválida la cláusula arbitral contenida en los TyC que regulan la relación contractual entre Uber y los choferes que ofrecen sus servicios a través de dicha aplicación electrónica. En el caso *Uber Technologies Inc v. Heller* (“**Heller**”), la Suprema Corte canadiense determinó que dicha cláusula es inválida, principalmente, porque indica que la sede del arbitraje será en los Países Bajos y que los choferes tendrán que anticipar US\$14,500 dólares como honorarios de la institución administradora, con independencia del monto en disputa.[8]

Para la corte, en el caso *Heller*, la cláusula resulta *excesiva* en perjuicio de los usuarios. Llegó a tal determinación, aplicando un *test* de dos partes. Por una parte, encontró que el *poder de negociación* entre Uber y el Sr. Heller era *inequitativo*, porque la cláusula estaba incorporada a un contrato de adhesión. Por otra parte, consideró que la cláusula no contenía las medidas de acceso [a la justicia] necesarias para el usuario, pues lo obliga a pagar por adelantado una cantidad básicamente similar a la que obtiene anualmente de Uber y da la impresión de que se tiene que trasladar a los Países Bajos para formular su reclamo. En suma, la corte estimó que la cláusula convierte los derechos del usuario en ilusorios, porque en realidad no los podrá ejercer.[9]

Bajo derecho mexicano, considero que estos argumentos son válidos. Por una parte, el artículo 1424 del CCom faculta al juez para sostener su competencia, aun ante la existencia de una cláusula arbitral, entre otras razones, cuando el acuerdo arbitral sea de imposible ejecución. Si bien, el término “imposible ejecución” pudiera ser interpretado en el sentido de que la imposibilidad debe ser jurídica y no material, la realidad es que el CCom no distingue y, por lo tanto, el obstáculo que impida la ejecución del acuerdo de arbitraje, puede ser de cualquier naturaleza. Así también, conforme a los artículos 1457 y 1462 del CCom, respectivamente, un laudo puede ser anulado o su ejecución denegada cuando una de las partes, por cualquier razón, no hubiere podido hacer valer sus derechos.

Siendo un defensor del arbitraje, debo reconocer que éste tiene sus limitaciones. Basado en los términos en que usualmente se redactan las cláusulas en las *apps*, no creo que sea la vía idónea para resolver controversias entre consumidores y proveedores; especialmente cuando acceder al arbitraje resulte excesivamente gravoso para el usuario y no me refiero sólo al aspecto económico. Para mí es evidente que una de las razones por las cuales se incorporan cláusulas compromisorias en las aplicaciones es, precisamente, generar un efecto disuasivo en los usuarios. Mientras más complicado sea para el usuario ejercer sus acciones legales, menor será el número de reclamos para el proveedor.

Como señalé previamente, una cuestión fundamental del acuerdo de arbitraje es la negociación de sus elementos: la sede, el derecho sustantivo aplicable, las reglas aplicables al procedimiento, entre otros. El usuario de la *app* está en franca desventaja, porque no tiene posibilidad de negociar estos aspectos tan relevantes.

Por el contrario, para registrarse como usuario de la *app*, se le “fuerza” a aceptar los TyC, conforme a los cuales, en caso de controversia, sólo podrá acudir a un arbitraje para dirimirla, para lo cual, además, tendrá que (i) contratar y cubrir los honorarios de un abogado que lo represente -versado en la legislación aplicable a la controversia-; (ii) cubrir las cuotas de la institución administradora; (iii) cubrir los honorarios del o los árbitros; (iv) probablemente cubrir honorarios de peritos; (v) litigar conforme a un derecho que seguramente desconoce; (vi) probablemente trasladarse al lugar donde se vaya a celebrar la audiencia arbitral (si es que no son virtuales); entre otras sensibles desventajas para el usuario.

Entonces, si partimos de la base de que los TyC constituyen contratos de adhesión, en los que el usuario no tiene siquiera la posibilidad de negociar su contenido y, además, se le obliga a resolver todas las controversias mediante un arbitraje diseñado para obstaculizar sus potenciales reclamaciones, podemos concluir que existe, de hecho, un impedimento para que el usuario ejerza sus derechos. A esta imposibilidad debe añadirse que el usuario promedio tampoco tendrá nociones sobre el arbitraje y sus implicaciones, lo cual también genera una desigualdad entre las partes en disputa.

c) Ilícitud

En México, una causal de nulidad de los convenios es la ilicitud en el objeto, en el fin o en la condición, según dispone el artículo 2225 del CCF. En estrecha relación con dicho precepto, el artículo 8 del CCF establece que los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas o de interés público serán nulos, excepto en los casos en que la ley ordene lo contrario.

Por lo que hace a los contratos mercantiles, el artículo 77 del CCom dispone que las convenciones ilícitas no producen obligación ni acción, aunque recaigan sobre operaciones de comercio. A la luz de estos postulados, se puede esgrimir un argumento de ilicitud de las cláusulas arbitrales de las aplicaciones electrónicas.

Dichas cláusulas contravienen el artículo 85 de la LFPC porque implican prestaciones desproporcionadas a cargo de los consumidores, así como obligaciones inequitativas o abusivas para éstos; ya que para formular cualquier reclamo están obligados a promover un arbitraje que está estructurado totalmente a favor del proveedor y representa un costo exorbitante para el usuario. Esto, sin dejar de mencionar que, además, el usuario promedio no tiene ni idea de qué es un arbitraje.

Además, las cláusulas compromisorias son contrarias al artículo 90 de la LFPC, porque (i) prescriben el cumplimiento de ciertas formalidades para la procedencia de las acciones que se promuevan contra el proveedor -formular una solicitud de arbitraje y anticipar ciertos costos inherentes-, (ii) obligan al consumidor a renunciar a la protección de la LFPC, al someterlo a leyes extranjeras; y (iii) obligan al consumidor a someterse a la competencia de tribunales extranjeros. Específicamente sobre este último punto, pudiera argumentarse que el artículo 90 de la LFPC se refiere a tribunales del Estado y no a tribunales arbitrales, que no tienen propiamente una nacionalidad.

No obstante, también se puede argumentar que la expresión “tribunales extranjeros” debe ser interpretada en el sentido que más favorezca al consumidor y que un tribunal arbitral podría ser considerado como un “tribunal extranjero” para efectos de la norma en cita, cuando la sede del arbitraje está fuera del territorio mexicano, como sucede en arbitrajes de *apps*. Además, para el auxilio al arbitraje o la intervención judicial, el consumidor, ahí sí, necesariamente tendrá que acudir a un tribunal extranjero.

Es decir que, aunque sea indirectamente, al fijar la sede fuera de México, se está sometiendo al usuario a tribunales extranjeros.

También podría construirse un argumento en torno a la violación del artículo 76 bis 1 de la LFPC. Recordemos que los proveedores que utilizan medios electrónicos se guiarán por la NMX-COE-001-SCFI-2018. Conforme a ésta, la aplicación electrónica debe ser veraz, comprobable, clara, exenta de textos, diálogos, sonidos, imágenes o alguna otra figura que induzcan o puedan inducir a error o confusión al usuario por ser engañosas o abusivas. En ciertos casos, la interfaz de la aplicación sin duda induce a error o confusión al usuario, particularmente en cuanto al conocimiento de los TyC. Además, las cláusulas arbitrales pueden ser consideradas abusivas, de conformidad con las demás disposiciones de la LFPC anteriormente invocadas.

d) Orden público

Por último, para denegar la ejecución de un laudo dictado en un arbitraje derivado de una *app*, un tribunal mexicano podría invocar el orden público. Sabemos que éste es un concepto ambiguo y que debe analizarse caso por caso. En nuestro país, al menos, la noción de orden público está relacionada con las metas de interés colectivo y los beneficios que otorga el ordenamiento jurídico a la sociedad.[10]

Los tribunales mexicanos también han sostenido que la determinación de orden público no debe basarse en la declaratoria formal de que cierta ley es de orden público, pues todas las leyes lo son en mayor o menor medida.[11] Así, para concluir que en un caso específico existe una violación al orden público, debe atenderse al perjuicio colectivo, más que a la declaratoria del legislador sobre la naturaleza de la ley.

Estimo que muchos de ustedes estarán de acuerdo conmigo en que la protección de los consumidores es una cuestión de orden público. Siempre se ha considerado que la relación jurídica entre proveedores y consumidores es desbalanceada y, por tanto, que existe la necesidad de brindar protección al público en general (colectividad) mediante una serie de ordenamientos legales e instituciones.

Pues bien, el reconocimiento o la ejecución de un laudo derivado de una cláusula arbitral contenida en una *app* podría estimarse contraria al orden público, debido a que dicha cláusula contraviene una serie de disposiciones de la LFPC que tienen por objeto tutelar los derechos de los consumidores y generar una protección a la colectividad ante posibles abusos por parte de los proveedores.

Sería contrario al orden público ejecutar un laudo que sea producto de un acuerdo de arbitraje contenido en un contrato de adhesión electrónico, en el cual no se le brinda al consumidor la oportunidad de negociar sus términos y, además, (i) no se le informe adecuadamente sobre los TyC aplicables; (ii) se privilegie el obtener otro tipo de información del consumidor, por encima del cercioramiento de que éste efectivamente tuvo acceso y entendió los TyC aplicables; (iii) se le obligue a renunciar a derechos incorporados por la legislación mexicana, como puede ser el acceso a una acción colectiva y al procedimiento administrativo ante la PROFECO; (iv) se le someta a un solo tipo de mecanismo de resolución de disputas; (v) mecanismo el cual, encima, tiene un costo que incluso puede estar por encima del monto de la reclamación del usuario; y (vi) se le obligue a litigar en otro país bajo reglas de derecho extranjeras, renunciando implícitamente a la protección de las leyes mexicanas.

Visto así, considero que existen elementos suficientes para denegar la ejecución de un laudo derivado de este tipo de cláusulas arbitrales.

2. La cláusula arbitral es válida – argumentos del proveedor

No obstante, en mi opinión también pueden esgrimirse algunos argumentos para soportar, bajo la legislación mexicana, la validez de un acuerdo arbitral contenido en una *app*. A continuación, expondré los que a mi juicio tienen más méritos:

a) Autonomía de la voluntad

Si las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, deciden someterse al arbitraje para dirimir sus controversias, dicho acuerdo -que constituye el ejercicio de un derecho fundamental previsto en el artículo 17 constitucional- debe respetarse. Asimismo, como señalé previamente, en nuestro país nada impide que las relaciones de consumo sean sujetas al arbitraje. Por el contrario, la propia LFPC prevé este mecanismo como la vía preferente para dirimir disputas entre proveedores y consumidores.

Entonces, si en los TyC de la aplicación el proveedor propone el arbitraje para resolver las controversias que puedan suscitarse con el consumidor y éste, después de leer dichos TyC está de acuerdo en sujetarse al arbitraje, conforme a la legislación mexicana, dicha cláusula compromisoria es perfectamente válida, según los artículos 1416, fracción I, 1423, en relación con los numerales 80, 89 y 96 del CCom.

No es óbice para lo anterior, el que un consumidor alegue que “desconocía” el acuerdo de arbitraje, porque éste forma parte de los TyC y el usuario se sujeta a dichos TyC cuando realiza el registro. Además, las *apps* están diseñadas de modo tal que el usuario necesariamente debe leer los TyC para poder completar su proceso de registro y el usuario confirma al “oprimir” ciertos “botones” que ha leído dichos TyC.

Si en un caso concreto, el usuario confirma que leyó los TyC sin haberlo hecho en realidad, esa es una cuestión imputable exclusivamente al consumidor, que no debe afectar la validez del acuerdo arbitral.

Permitir que un consumidor se desligue de sus acuerdos y obligaciones celebrados vía electrónica bajo el argumento de que “desconocía” sus términos y condiciones, sería exactamente lo mismo que permitirle a un consumidor desligarse de un contrato que fue impreso y firmó de forma autógrafa. Esto último es impensable a la luz del artículo 78 del CCom; pues bien, lo mismo aplica para un contrato firmado electrónicamente. Recordemos que conforme al artículo 89 del CCom la firma electrónica tiene los mismos efectos jurídicos que la forma autógrafa.

Debemos sumar a lo expuesto, que un principio general de derecho reconocido por los tribunales mexicanos es que “nadie puede prevalerse de su propio dolo”. Por eso, resulta jurídicamente inviable que un consumidor alegue “desconocimiento” de la cláusula de arbitraje cuando tuvo acceso a los TyC, confirmó que los leyó y, además, disfrutó de los servicios ofrecidos por la aplicación. En consecuencia, la cláusula arbitral será válida si la aplicación electrónica contiene sus TyC, los usuarios tienen acceso a los mismos, los usuarios confirman que los han leído y se establecen una serie de mecanismos para asegurar que el usuario los lea, antes de completar su proceso de registro.

Concluyo este argumento con algunos datos interesantes. En 2017, existían en los EUA 246.6 millones de usuarios de *smartphones* y se espera que para el año 2023, ese número llegue a 285.3 millones. El 90% de usuarios entre 18 y 64 años utiliza *apps*. El usuario promedio tiene entre 60 y 90 *apps* descargadas en su teléfono e invierte diariamente más de 2 horas usando, al menos, 9 *apps*. En la medida en que el mercado se inunda de *apps* y el uso de estas se ha vuelto cotidiano en prácticamente todos los aspectos de la vida diaria, los usuarios de dichas aplicaciones también adquieren experiencia y sabiduría en el uso de dichas herramientas.

El uso reiterado y constante de las *apps*, le permite al usuario conocer cómo funcionan e identificar ciertos elementos constantes en las mismas, así como las variaciones de dichos elementos (sean en color, tamaño, ubicación, tipografía, etc.). Podríamos decir que una persona que ha descargado más de 60 *apps* en su dispositivo celular es un experto en el uso de dichas herramientas tecnológicas; y si no es un experto, definitivamente tampoco es un neófito en la materia. Bajo estas consideraciones, ¿será válido que este experimentado usuario alegue desconocimiento de los TyC de una determinada aplicación? En mi opinión, no.

b) Libertad del consumidor

De la mano con el acceso que tienen los usuarios a los TyC de las aplicaciones y los mecanismos implementados para que éstos necesariamente deban leerlos antes de registrarse o crear una cuenta, está el hecho de que los consumidores siempre tendrán la libertad de aceptarlas o no. Nadie los obliga a sujetarse a los TyC, se trata de un acto totalmente voluntario y libre de coacción.

Por lo tanto, si bien se reconoce la necesidad de proteger al público en general, también debe reconocerse que existen un sinnúmero de aplicaciones y que cada día existen nuevas opciones. Las empresas que ofrecen sus servicios mediante *apps* mantienen una férrea competencia por atraer usuarios. De manera que el usuario tiene literalmente múltiples opciones para cada servicio que se ofrece. Si no está de acuerdo con los TyC ofrecidos por alguna aplicación, con unos cuantos “*clics*” estará gozando de los servicios de otra.

Esto significa que, en realidad, mediante la incorporación de las cláusulas arbitrales en aplicaciones electrónicas no se genera desigualdad alguna entre proveedor y consumidor. Cuando éste acepta sujetarse a los TyC lo hace en pleno ejercicio de su libertad y, si no quiere sujetarse al arbitraje en los términos propuestos por el proveedor, simplemente debe interrumpir su proceso de registro y buscar otra aplicación que brinde los mismos servicios en mejores condiciones para él.

c) Denegación de justicia para el proveedor

Reconozco que los consumidores requieren de una protección especial, dado que en muchas ocasiones -si no en todas- se encuentran en cierta desventaja frente a los proveedores. Sin embargo, no debemos olvidar que éstos también tienen derechos y el afán proteccionista no debe llevarse a tal extremo que genere un perjuicio a los proveedores. La idea de proteger al consumidor es equilibrar una relación que, de origen, es desequilibrada, pero nunca el inclinar la balanza a favor del consumidor; pues, como dije, eso vulneraría los derechos de los proveedores, que tienen exactamente el mismo valor que los derechos de los consumidores.

Sabemos que, en México, el derecho a someterse a un mecanismo alternativo de solución de controversias tiene rango constitucional y que el acuerdo de las partes para acudir al arbitraje tiene plenos efectos jurídicos y debe ser respetado por las autoridades, salvo ciertas excepciones.

Bajo esta premisa, es evidente que los proveedores tienen absoluta libertad para incluir una cláusula arbitral en sus contratos de adhesión electrónicos. Especialmente si tienen relaciones con millones de personas alrededor del mundo. El acuerdo arbitral que surge a partir de que el consumidor acepta los TyC en los que se contiene la cláusula arbitral, goza de eficacia jurídica en nuestro país. Por ejemplo, si un tribunal mexicano recibe una demanda derivada del contrato electrónico que contiene una cláusula arbitral, el tribunal debería remitir a las partes al arbitraje tan pronto como el proveedor lo solicite. No hacerlo implicaría hacer nugatorio el derecho de acceso a la justicia en perjuicio del proveedor; lo cual constituye una violación constitucional.

Conforme al principio pro-arbitraje las cláusulas arbitrales sólo podrán ser privadas de sus efectos jurídicos cuando se acredite fehacientemente que son nulas, ineficaces o de ejecución imposible.[12] Al respecto, el artículo 1465 del CCom estipula que *sólo* se denegará la remisión al arbitraje (i) si en el desahogo de la vista dada con la solicitud de remisión al arbitraje se demuestra por medio de *resolución firme* que se declaró la nulidad del acuerdo de arbitraje, o (ii) si la nulidad, la ineficacia o la imposible ejecución del acuerdo de arbitraje son *notorias* desde el desahogo de la vista dada con la solicitud de remisión al arbitraje. Al tomar esta determinación el juez deberá observar un criterio riguroso.

Este último postulado obliga al juez a analizar detenidamente, en cada caso concreto, el acuerdo arbitral. De manera que no por el sólo hecho de que el acuerdo esté contenido en un contrato de adhesión electrónico, dicho acuerdo será nulo, ineficaz o de imposible ejecución. Tampoco bastará que el consumidor alegue que desconocía la cláusula compromisoria o los alcances de esta.

Por el contrario, se debe partir de la base de que existe un acuerdo arbitral surgido a partir del consentimiento de ambas partes y que, bajo las reglas de hermenéutica jurídica contenidas en los artículos 1851, 1853 y 1857 del CCF, en relación con el artículo 81 del CCom, si los términos del contrato con claros, deberá estarse al sentido literal de sus cláusulas; además de que los contratos deben ser interpretados en el sentido más adecuado para que produzcan sus efectos. De manera que si el usuario tuvo acceso a los TyC, el proveedor le advirtió que al registrarse aceptaba dichos TyC y el usuario confirmó que los había leído, la cláusula será válida.

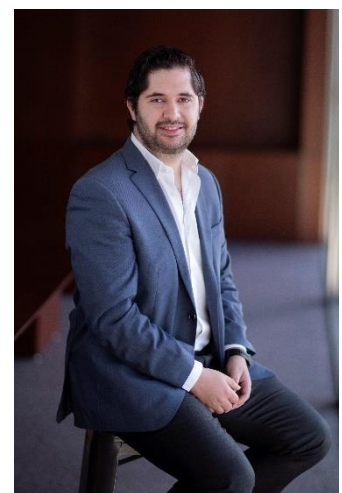
IV. Notas

- [1] Véase “Acceso a los Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias, como Derecho Humano. Goza de la misma dignidad que el Acceso a la Jurisdicción del Estado”. Registro digital: 2004630, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Décima Época, Materias(s): Constitucional, Común, Tesis: III.2o.C.6 K (10a.), Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro XXV, octubre de 2013, Tomo 3, página 1723, Tipo: Aislada
- [2] Véase “Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia de Protección al Consumidor. Si las partes pactan que deben agotarse antes de acudir a los Tribunales Competentes, debe prevalecer el Acuerdo de Voluntades”. Registro digital: 2021535, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Décima Época, Materias(s): Civil, Tesis: I.3o.C.426 C (10a.), Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 74, enero de 2020, Tomo III, página 2608, Tipo: Aislada
- [3] Dunbar, Michelle. “In Conspicuous Terms-Arbitration Agreements for the Modern Reasonable App User”, 11 Wm. & Mary Bus. L. Re. 531 (2020), p. 547.
<https://scholarship.law.wm.edu/wmblr/vol11/iss2/6>
- [4] Ibid, p. 548.
- [5] Schillinger, Caleb. “First Circuit Invalidates Arbitration Clause in Uber’s User Agreement.”
<https://www.jdsupra.com/legalnews/first-circuit-invalidates-arbitration-76350/>
- [6] Idem.
- [7] Dunbar, Op. cit., p. 534.
- [8] Fric, Laura y coautores. “Supreme Court of Canada rules Uber arbitration clause invalid and a ‘classic case of unconscionability’.”
<https://www.osler.com/en/resources/governance/2020/supreme-court-of-canada-rules-uber-arbitration-clause-invalid-and-a-classic-case-of-unconscionabili>
- [9] Idem.
- [10] Véase “Suspensión Definitiva. Para decidir sobre su procedencia es indebido atender, solamente, a la calidad de Orden Público de que está investida la Ley en que se funda el Acto Reclamado”. Registro digital: 178865, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Novena Época, Materias(s): Común, Tesis: VI.3o.A. J/44, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXI, marzo de 2005, página 1052, Tipo: Jurisprudencia
- [11] Idem.
- [12] Véase “Arbitraje. La Autonomía de la Voluntad es Fuente de las Facultades y Límites del Árbitro (Interpretación de los Artículos li. 1 de la Convención Sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras y 1 de la Convención Interamericana Sobre Arbitraje Comercial Internacional)”. Registro digital: 162220, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Novena Época, Materias(s): Civil, Tesis: I.3o.C.935 C, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXXIII, mayo de 2011, página 1019, Tipo: Aislada

BIBLIOGRAFÍA

- Dunbar, Michelle. “In Conspicuous Terms-Arbitration Agreements for the Modern Reasonable App User”, 11 Wm. & Mary Bus. L. Re. 531 (2020), p. 547.
<https://scholarship.law.wm.edu/wmblr/vol11/iss2/6>
- Schillinger, Caleb. “First Circuit Invalidates Arbitration Clause in Uber’s User Agreement.”
<https://www.jdsupra.com/legalnews/first-circuit-invalidates-arbitration-76350/>
- Fric, Laura y coautores. “Supreme Court of Canada rules Uber arbitration clause invalid and a ‘classic case of unconscionability’.”
<https://www.osler.com/en/resources/governance/2020/supreme-court-of-canada-rules-uber-arbitration-clause-invalid-and-a-classic-case-of-unconscionabili>

El Arbitraje Comercial y la Mediación: alternativas eficientes y eficaces para la resolución de controversias en tiempos de pandemia



Roberto Fernández del Valle M., Luis Alberto King y José Antonio Moreno V.

Roberto es socio de Santamarina y Steta, S.C. desde 2016 y su trayectoria en la firma rebasa los 15 años. En el área de resolución de controversias es experto en litigio civil y comercial, arbitraje comercial y derecho constitucional y derechos humanos. Egresado de la Universidad Iberoamericana y con una Maestría en Derechos Humanos en la Escuela Libre de Derecho, entre otros posgrados.

Luis es asociado de Santamarina y Steta, S.C. en el área de medios alternativos de solución de controversias. Su especialidad es el arbitraje comercial. Luis es Licenciado en Derecho por el Instituto Tecnológico Autónomo de México y tiene una Maestría en Resolución de Disputas por el *Straus Institute for Dispute Resolution* de la Universidad de Pepperdine.

José Antonio es asociado de Santamarina y Steta, S.C. y ha formado parte del área de solución de controversias por más de 6 años. Se especializa en litigio civil y mercantil, así como mecanismos alternativos de solución de controversias. Es egresado de la Universidad Panamericana.

Resumen

El Arbitraje y la Mediación, como medios alternativos de solución de controversias, demostraron ser alternativas eficientes y eficaces para la solución de controversias ante la pandemia. A diferencia de la paralización de las actividades en la mayoría de los órganos jurisdiccionales, estos medios continuaron funcionando y, en algunos casos, mejoraron su operación.

Introducción

Durante los primeros meses del año 2020, tras la declaratoria del SARS-CoV2 ("Covid-19") como una pandemia y su alto nivel de propagación en México, las autoridades competentes emitieron diversas medidas extraordinarias para atender la emergencia sanitaria provocada a lo largo y ancho del país.

Ello implicó, entre otras cuestiones, la suspensión inmediata de actividades no esenciales. Con lo anterior, la actividad jurisdiccional también se vio afectada en gran medida puesto que se provocó que las distintas autoridades competentes en materia jurisdiccional, tanto a nivel local como federal, decretaran largos periodos de suspensión de actividades y plazos procesales. Esto trajo como consecuencia una afectación a los derechos de los gobernados en lo que respecta al acceso a la justicia. A modo de ejemplo, el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México suspendió actividades y plazos procesales, prácticamente desde mediados de marzo y hasta principios de agosto de 2020. Lo anterior, para que nuevamente en diciembre pasado se decretara una nueva suspensión —*aparte del periodo vacacional correspondiente*—, misma que fue objeto de diversas extensiones hasta finales de febrero de 2021.

En este caso, si bien es cierto que dicho Tribunal implementó diversos mecanismos para la tramitación de algunos procesos jurisdiccionales en línea, además de habilitar, entre otras cuestiones, un sistema electrónico para poder presentar promociones en una Oficialía de Partes Virtual, la realidad es que el problema de acceso a la justicia, y particularmente a los expedientes y procesos de los litigantes y sus clientes, se ha visto sumamente afectado por las circunstancias que desafortunadamente surgieron intempestivamente y tomó a prácticamente todo el aparato jurisdiccional por sorpresa.

A nivel local, son pocos los órganos jurisdiccionales que hoy en día cuentan con un sistema electrónico —o *Tribunal Virtual*— que permite a los gobernados continuar ejerciendo su derecho de acceso a la justicia, como por ejemplo, el Poder Judicial del Estado de México y el Poder Judicial del Estado de Nuevo León.

En los órganos jurisdiccionales a nivel federal prácticamente ocurrió algo parecido, aunque con la salvedad de que el Consejo de la Judicatura Federal emitió diversos lineamientos que permitieron continuar con la tramitación de asuntos catalogados como urgentes, así como los juicios en línea, de acuerdo con las reglamentaciones correspondientes.



Las consecuencias que traerá la paralización de la actividad jurisdiccional que se vivió en el país, se verán reflejadas en la amplísima carga de trabajo y rezago que presentarán los órganos jurisdiccionales, sobre todo en aquellas plazas en las que se concentran principalmente los conflictos jurisdiccionales, como la Ciudad de México.

Bajo este contexto, es claro que la pandemia provocada por el Covid-19, además de consecuencias políticas, económicas y sociales *—entre otras—*, ha generado una severa crisis en materia de impartición de justicia. Es importante recordar la existencia de los Mecanismos Alternativos para la Solución de Controversias, particularmente, la Mediación y el Arbitraje, como opciones eficaces para que personas físicas y morales *—e inclusive entidades gubernamentales en el ámbito de sus atribuciones—*, puedan remediar sus conflictos. Ello con independencia de que en materia jurisdiccional, habrá que enfocar esfuerzos en la implementación de herramientas digitales y funcionales que permitan la labor aún en circunstancias como las que vivimos.

Arbitraje. Avances y ventajas

Generalidades del Arbitraje

Desde un punto de vista en exceso general, el arbitraje es un medio alternativo de solución de controversias^{ccxlviii} en el cual las partes^{ccxlix} someten su disputa a la consideración de un tribunal arbitral^{cc}. Las partes tienen la libertad de diseñar el procedimiento para que se ajuste a la disputa y sus preferencias. Sin embargo, en todos los casos el procedimiento se lleva en forma de juicio^{ccli} pero en un foro enteramente privado. Si bien las partes generalmente establecen disposiciones específicas que constituyen un mandato para el tribunal arbitral, el procedimiento se lleva siguiendo la instrucción del árbitro y en términos de reglas procedimentales acordadas^{cclii}.

La voluntad de las partes rige el procedimiento arbitral en todas sus etapas, desde la misma existencia de un acuerdo arbitral, los términos de conducción del procedimiento y la emisión (y posible anulación) de la decisión del árbitro (laudo). Debe decirse que, tras cumplir con un procedimiento reducido y simplificado, las partes pueden darle efecto internacional al laudo. Es decir, las partes pueden pedir la ejecución del laudo en la jurisdicción en la que se dictó el laudo o en casi cualquier otra jurisdicción del mundo. De hecho, el andamiaje del arbitraje en materia internacional hace que sea mucho más sencillo ejecutar un laudo arbitral que una sentencia judicial en otra jurisdicción.

El procedimiento

Los procedimientos arbitrales inician tras una serie de comunicaciones privadas entre las partes. Por esto, la pandemia no tuvo un efecto negativo. De suyo son procedimientos privados y confidenciales en los que no participan autoridades del estado. Solamente participan las partes, el tribunal y una institución arbitral privada^{ccliii} que no han visto impedidas sus labores por la pandemia. Además, las comunicaciones no requieren necesariamente de una presentación o notificación por escrito; un correo electrónico es suficiente.

Así, durante la pandemia, los procedimientos arbitrales no se detuvieron en ningún momento. De hecho, las instituciones arbitrales a nivel mundial, en general, han reportado un aumento en el número de casos o mantenido sus números constantes.

Ahora bien, el procedimiento mismo se lleva a cabo de manera remota y en electrónico casi en su totalidad. La práctica general en los arbitrajes era llevar procedimiento en línea salvo por un par de reuniones presenciales. La pandemia modificó un poco la práctica general. Desde que inició la pandemia, los tribunales arbitrales optaron por llevar a cabo todas las reuniones de manera remota. Esto es, solamente se requiere una computadora (o cualquier otro dispositivo electrónico) con cámara y micrófono y una conexión estable a internet para poder participar plenamente en un arbitraje.

En suma, todo el procedimiento arbitral se puede llevar a cabo de manera remota. Reiteramos, la práctica arbitral no se detuvo durante la pandemia; por el contrario, evolución a ser más eficiente. Es cierto que de alguna manera se adaptaron algunas prácticas y que requirió un esfuerzo de los participantes el ajustarse a ciertas condiciones. Sin embargo, la práctica arbitral no se detuvo por causa de la pandemia, por el contrario, se ha hecho más eficiente. Debe notarse que todos los procedimientos arbitrales continuaron su curso durante la pandemia mientras que la jurisdicción estatal ha sufrido muchísimo desde marzo de 2020. Por supuesto, aun de manera virtual, el arbitraje comercial sigue siendo una forma sofisticada y definitiva de resolver una disputa.

Presentación de documentos

Dependiendo del acuerdo de las partes, en distintos momentos de un procedimiento arbitral estas presentarán una serie de documentos para fijar su postura (por ejemplo, demanda, contestación, réplica, dúplica y alegatos finales, entre otros). En general, la vasta mayoría de las instituciones arbitrales contaban con protocolos ‘verdes’ o de eliminación de documentos impresos (las promociones se presentaban a través de medios electrónicos). Esta práctica no se vio impedida por la pandemia. Por el contrario, se consolidaron los protocolos en línea. En pro de ello, muchas instituciones publicaron lineamientos para formalmente instaurar dichas políticas. En suma, cualquier procedimiento arbitral, independientemente del momento procesal en el que se encontraban, pudieron continuar con la presentación de promociones sin importar la pandemia.

Reuniones

El tribunal arbitral comienza su mandato al recibir el expediente del caso. Inmediatamente después, el tribunal generalmente convocaba a una llamada de procedimiento (generalmente a través de un servicio de conferencia telefónica). Esta conferencia tenía, por su propia naturaleza, ciertas complicaciones. Tener en una llamada (sin video) a todos los participantes (por ejemplo, miembros del tribunal, secretaría del tribunal y los representantes de las partes) resultaba complicado. Correspondía al tribunal moderar esta llamada y evitar que varias personas hablaran a la vez. Esta práctica, por supuesto, sigue disponible. Sin embargo, en vista de que la pandemia hizo cotidiano el uso de plataformas para las reuniones virtuales con audio y video, la práctica ha cambiado ligeramente. Ahora, es más común que las partes y el tribunal celebren una videoconferencia para acordar los términos en los que se seguirá el procedimiento. Esto simplifica la conducción de dicha conferencia. Entre muchas ventajas, puede destacarse que con la utilización del video, es posible que alguno de los participantes literalmente ‘levante la mano’ para hacer uso de la palabra. Además, estas conferencias pueden grabarse y compartirse fácilmente (para efectos de registro).

Otra seña particular del arbitraje es la audiencia. Si bien existen distintos tipos de audiencia (dependiendo de la finalidad de la misma), la práctica era siempre que las partes y el tribunal se reunieran en un lugar predeterminado en una fecha y hora para la celebración de la audiencia. Esto generaba varias complicaciones (entre otros, buscar un lugar propicio para una audiencia, transportarse al lugar varios días y preparar el lugar para las presentaciones). Esto, sin considerar los costos que se generaban. Asimismo, en varias audiencias, el objetivo es el interrogatorio de testigos y/o peritos o la práctica de una prueba. La logística requerida para estas prácticas requería de meses de anticipación y preparación y, por supuesto, la erogación de importantes gastos.

La pandemia cambió esta práctica radicalmente. Las audiencias durante la pandemia se han llevado en línea, a través de plataformas para video-conferencias. Por supuesto, esto ha implicado dificultades para muchos por el uso de nuevas tecnologías y el equipo necesario para hacer grabación de video y audio. También, hay muchos practicantes que consideran que una audiencia virtual no les permite ejercer plenamente sus derechos de representación. Las preferencias personales o estratégicas de cada equipo legal son perfectamente respetables en toda instancia. Sin embargo, planear hoy en día una reunión presencial de varias personas resulta muy complicado. Por ejemplo, no es fácil predecir en qué momento será viable hacer una reunión presencial de varias personas y, aun si lo fuera, respetar las medidas de protección contra contagios no es una tarea sencilla.

Así, por cualesquiera razones, no se puede negar que la pandemia ha implantado una nueva práctica arbitral. Es decir, audiencias en línea. Con la asistencia de alguna de varias plataformas disponibles, las audiencias se llevan a cabo sin mayor complicación ahorrando a los involucrados tiempos para la preparación de las mismas y reduciendo considerablemente los costos asociados. Si bien todavía se requiere de empatar agendas, las audiencias ya no requieren de viajes largos, de la renta de salas de juntas, ni de coordinar la presencia de los árbitros, los equipos legales, los testigos y peritos en una sola locación. Cada uno de los participantes ahora pueden determinar fácilmente donde estarán para la audiencia siempre y cuando tengan el equipo necesario y una conexión estable a internet.

Para otras cuestiones, como el interrogatorio de testigos o peritos, la práctica también ha cambiado. Aunque existen muchos con una marcada preferencia por interrogatorios presenciales, la verdad es que los interrogatorios se pueden desahogar virtualmente de manera efectiva. Al respecto, varias instituciones han publicado recomendaciones prácticas al respecto para, por ejemplo, evitar la manipulación y/o asistencia de testigos.

En varios foros, se ha hecho notar que este nuevo sistema de comunicación no está libre de riesgos. Existe, por supuesto, un riesgo a la confidencialidad de la información asociada con que las audiencias se conduzcan de manera remota. Si bien estos riesgos derivan de la práctica electrónica de las comunicaciones, no se puede negar que aun en audiencias presenciales existían riesgos de naturaleza similar. Al igual que antes, estos riesgos se manejan con precauciones razonables.

Así, la práctica arbitral ha gravitado hacia la aceptación de audiencias virtuales, cuidando riesgos y con la debida preparación. Los tribunales arbitrales generalmente dictan una serie de lineamientos a las partes para garantizar que la audiencia se lleve a buen término. Aunque la pregunta al inicio de los arbitrajes permanece (si las partes prefieren una audiencias virtual o presencial), en general la respuesta ahora demuestra preferencia por medios electrónicos.

Si bien la pandemia generó este cambio en la práctica generalmente seguida, no es complicado imaginar que este cambio de paradigma se mantenga aun cuando el Covid se haya ido.

Laudo

Como referimos antes, a la resolución del tribunal arbitral se le conoce como laudo. Las reglas y la ley aplicables al procedimiento generalmente permiten la emisión electrónica de un laudo.

Existen varios recursos (previstos en las reglas y/o en la ley aplicable) que proceden para clarificar, ejecutar o para pedir la nulidad o ejecución de un laudo. Algunos de estos recursos proceden ante el mismo tribunal arbitral o ante la institución administradora; estos siguen la misma línea analizada en este artículo. Sin embargo, los recursos que proceden ante cortes locales siguen la suerte de todos los demás procedimientos que se ventilan ante estas autoridades. Es decir, durante la pandemia, los términos judiciales han sido suspendidos en varias ocasiones y durante periodos largos de tiempo.

Cláusulas arbitrales

La situación actual deja en claro un elemento que antes no era fácil notar. Frente al colapso de los organismos judiciales del Estado, los procedimientos arbitrales pueden seguir su curso. La pandemia puso en relieve una de las ventajas más importantes del arbitraje: su flexibilidad. Por ello, es el momento ideal para conocer más del arbitraje e incorporarlo a las relaciones contractuales.

Siempre y cuando las partes firmen cláusulas arbitrales estándar (a las que comúnmente se les llama cláusulas modelo) y cláusulas redactadas caso por caso que no incluyan términos inamovibles sobre el desarrollo presencial de las audiencias o fijen un lugar específico para el desarrollo de las mismas audiencias, cualquier procedimiento arbitral podrá acoplarse fácilmente a un modo virtual. También, es importante que los equipos legales mantengan una perspectiva fresca y abierta sobre las modalidades en las cuales se puede seguir el procedimiento. Pero, al final de cuentas, la decisión sobre la forma y medio de las diversas etapas del procedimiento arbitral será guiada por el tribunal. Este debe estar preparado y dispuesto para implementar las medidas necesarias para poder llevar el procedimiento en línea. Es importante que las partes y los tribunales preparen un procedimiento adecuado para ventilar la disputa y apliquen los protocolos necesarios para salvaguardar la integridad del procedimiento arbitral.

Conclusión

La práctica general del arbitraje comercial se ha transformado por virtud de la pandemia. El arbitraje ha echado mano de la flexibilidad del procedimiento para funcionar eficientemente aun en tiempos de pandemia. Al día de hoy, los procedimientos arbitrales se desarrollan normalmente y, en algunos casos, más eficientemente. Se espera, por supuesto, que varias de las adecuaciones que se han hecho a los procedimientos permanezcan aun cuando termine la pandemia.

Mediación: Avances y ventajas

Como una forma alternativa de solución de controversias, la mediación, consiste en la participación de un tercero imparcial cuya función es la de asistir a las partes en un proceso de negociación para resolver la controversia de que se trate. Así, son las partes propiamente quienes logran conseguir una solución voluntaria y satisfactoriamente negociada.

Como se ha mencionado, las circunstancias actuales y que permean en México desde marzo de 2020, limitaron el acceso a la justicia tras la paralización de su impartición, derivado de múltiples suspensiones de labores y plazos procesales, además de que puso en evidencia lo tecnológicamente poco preparados que están nuestros Tribunales para enfrentar contingencias sanitarias sin tener que suspender actividades y plazos, y con ello, dejar en estados de absoluta indefensión a los gobernados.

Lo anterior, más allá de la crisis de impartición de justicia que genera, nos debe hacer enfocar nuestra atención a la existencia de otros mecanismos –como su propio nombre lo menciona- alternativos para la solución de controversias, tal como la Mediación, tras resultar un medio eficaz para que las partes de una relación jurídica –del tipo que sea-, puedan solucionar cualquier conflicto, alcanzando un acuerdo satisfactorio y que incluso sea documentado mediante el Convenio de Mediación correspondiente.

En la Ciudad de México, la Mediación es una institución que ha crecido exponencialmente, regulada por la Ley de Justicia Alternativa para la Ciudad de México, en la que se establecen las disposiciones que deben regir los procedimientos de esta naturaleza. Sin duda se hace patente que resulta un mecanismo eficaz para que las partes no vean afectado su acceso a la justicia. Mediante la suscripción de un Convenio de Mediación, las partes pueden garantizar una ejecución más pronta y expedita, ante un eventual incumplimiento al convenio de que se trate, y con ello, evitar seguir un proceso jurisdiccional ordinario, con las implicaciones de tiempo y costos que conllevaría. Esto es, gracias a que de cumplir con los requisitos que marca la ley, el Convenio de Mediación correspondiente tendrá el carácter de cosa juzgada, y por ende, su ejecutabilidad se podrá llevar a cabo de una manera mucho más rápida, en comparación a lo que implicaría seguir un juicio en todas sus etapas.

Aunado a lo anterior, la naturaleza que reviste a este mecanismo alternativo de solución de controversias, permite que el proceso correspondiente sea llevado de una manera mucho más eficiente y práctica. Las sesiones de negociación que se llevan a cabo pueden ser vía remota mediante el uso de herramientas y plataformas tecnológicas que permiten la comunicación entre las partes, aún en circunstancias donde debemos velar por la salud. Ello, aunado a que el Mediador podrá sostener reuniones –inclusive virtuales- o conferencias telefónicas, con presencia de todas las partes involucradas o por separado.

Así las cosas, no es solo el hecho de que la Mediación como mecanismo alternativo de solución de controversias, ayuda a que las partes que se vean involucradas en algún conflicto, puedan llegar por sí mismas –y con el apoyo del Mediador- a una solución, sino que esto justamente se logra porque se trata de un medio más eficiente e incluso con costos significativamente menores, lo que se traduce en eficacia al momento de querer ejercitar su derecho de acceso a la justicia. Esto último, sin dejar de mencionar que la misma puede llevarse a cabo previo al inicio de un proceso jurisdiccional o incluso durante.

A modo de respuesta ante las circunstancias que provocaron la suspensión de la actividad jurisdiccional durante un largo periodo en nuestro país, algunas instituciones operativas de mecanismos alternativos de solución de controversias han comenzado a implementar procesos mediación en línea, siguiendo ciertos lineamientos para respetar la base del proceso, en aras de dar una respuesta eficaz, rápida, de bajo costo y simple para la resolución de controversias. Ello, sin mencionar que a diferencia de los procesos jurisdiccionales que se vieron afectados con la paralización de sus actividades, la Mediación, por el contrario, no se detiene ni se ha visto afectada de modo que restrinja el acceso a la justicia de los gobernados.

Conclusión

No hay duda que la pandemia provocada por el Covid-19 trajo muchas consecuencias graves para personas físicas y morales en materia de impartición y acceso a la justicia, pues la paralización de actividades y plazos procesales en muchos de los órganos jurisdiccionales a nivel estatal y federal, provocó que las partes involucradas en procesos jurisdiccionales –principalmente de índole civil y mercantil-, se vieran impedidas para continuar con sus procesos, reflejándose tales circunstancias en mayor agotamiento emocional, económico y sobre todo de tiempo.

Circunstancias como estas nos deben ayudar a replantearnos las ideas tradicionales relativas a que las disputas que se generen en cualquier relación jurídica deben ser resueltas a través de procesos judiciales ordinarios. Por el contrario, es el momento ideal de enfocar todos los esfuerzos en establecer, caso por caso e incluso como si se tratase de trajes a la medida, mecanismos alternativos de solución de controversias, tales como el Arbitraje y la Mediación, al resultar medios eficaces y eficientes, así como rápidos e incluso más sencillos y que por sus propias características velan por no limitar ni obstaculizar de alguna manera el acceso e impartición de justicia.

En virtud de lo anterior, podemos concluir que el Arbitraje y la Mediación son medios más que idóneos para la solución de controversias, toda vez que con su implementación se reduce el tiempo requerido para solucionar un conflicto, mediante una participación activa y eficiente de las partes involucradas, quienes se comprometen a mantener la confidencialidad correspondiente y su comunicación es más fluida y directa. Esto, aunado a que con el apoyo de profesionales capaces y especializados en las materias, puedan procurar una solución realmente satisfactoria junto con las partes involucradas.

*Nota: Las ideas y opiniones expresadas en este escrito son de los autores.

Magia financiera: trucos más comunes en la valuación de daños



Héctor Anaya Mondragón

Abogado del grupo de práctica de Litigio Administrativo, Arbitraje y Resolución de Controversias de Creel, García-Cuéllar, Aiza y Enríquez, representando a clientes frente a tribunales, árbitros y negociadores. Cuenta con un doctorado de la Facultad de Derecho de la Universidad Johann Wolfgang Goethe (*magna cum laude*) y cursó su licenciatura en la Universidad Panamericana.



Enrique Guillermo Prieto Flores

Economista por la Universidad Autónoma de Aguascalientes, estudiante de derecho en la UVEG, con maestría en estadística por Columbia University y candidato a Doctor en Administración por la Universidad Anáhuac. Perito que ha participado como testigo experto en temas de energía, valuación, M&A, infraestructura, ferrocarriles y construcción. Director general de Key Capital.

RESUMEN

Una investigación reciente sobre laudos en procedimientos arbitrales administrados por la ICC plantea que los tribunales están tomando decisiones salomónicas con montos que se encuentran justo a la mitad que hay entre los cálculos de los demandantes y los demandados. ¿Cómo podemos juzgar mejor esos cálculos? ¿Qué criterios pueden ayudar a determinar si uno de los peritajes es inválido por sus cálculos?

INTRODUCCIÓN

Un chiste popular cuenta sobre la pregunta que le hacen a un contador público: *¿cuánto es uno más uno? a lo que el contador responde: ¿cuánto quiere que dé?*

De alguna manera este chiste transmite que los cálculos o los números son fáciles de manipular, por lo que para poder juzgar cualquier cálculo es necesario tener presentes algunos criterios sobre qué es válido y qué no es válido hacer. Por esta razón, este artículo identifica algunos de los aciertos y desaciertos más comunes, pero no tan obvios, de la valuación de daños en un arbitraje comercial.

DECISIONES SALOMÓNICAS

No es de extrañar que el libro del periodista Darrell Huff, publicado en 1954, haya vendido más copias que cualquier otro libro de texto de estadística, *Cómo mentir con estadísticas*²⁵⁴. Simplemente por su título llama la atención, pero el libro es una invitación al pensamiento crítico cuando uno se enfrenta a números, cálculos y gráficas, para evitar ser engañados.

Cuando nos apartamos de los ejemplos de los libros de texto sobre finanzas, que han sido esterilizados para funcionar adecuadamente en el salón de clase y no poner incómodo al profesor, y nos acercamos a casos de la vida real, siempre surgen dudas de cómo adaptar los modelos para valorar en distintas circunstancias. Esto llevó al profesor Aswath Damodaran a escribir su libro *The Dark Side of Valuation*, para orientar en este tipo de situaciones donde los modelos tradicionales no pueden explicar las valuaciones y la gente trata de justificarlas usando una combinación de nuevas métricas y narraciones.

Por eso también es muy interesante el hallazgo que hicieron la Queen Mary University of London y PwC en un estudio de 700 laudos confidenciales en procedimientos arbitrales administrados por la ICC²⁵⁵, concluyendo que hay una brecha significativa en la valuación de daños entre demandantes y acusados: los acusados cuantifican los daños en un promedio del 12% del monto reclamado por los demandantes. La gran discrepancia entre los montos de los involucrados puede obedecer a cuestiones estratégicas que evidenciarían la manipulación de los cálculos. Por ejemplo, podemos hablar de los sesgos cognitivos como el tan investigado efecto ancla (*anchoring effect*), que ha demostrado a partir de múltiples investigaciones que cuando se pide hacer un juicio sobre algo incierto, somos significativamente influenciados por el primer monto que se presenta en una negociación, por irrelevante, absurdo o insultante que sea²⁵⁶. Es decir, la primera cifra, generalmente presentada por el demandante, influye psicológicamente en las partes y en los árbitros, generando un efecto de anclaje respecto a la primera cifra. La clave es que los tribunales reconozcan este y otros sesgos cognitivos a los que están expuestos²⁵⁷ y el cuestionamiento de las metodologías y variables empleadas en los cálculos, tema en el que enfocaremos este artículo.

El estudio de la Queen Mary University of London y de PwC también hace énfasis en las críticas más comunes de los tribunales respecto a los demandantes y sus expertos, de donde resaltamos los tres primeros: (i) falta de evidencia y fundamentos; (ii) supuestos equivocados y poco convincentes y; (iii) especulativos.

Es importante mencionar también que el estudio demuestra que el uso de expertos va en función del monto reclamado, ya que en montos menores a \$1 mdd, solamente el 21% de los casos involucraron a un experto, mientras que en los casos donde se reclamaba más de \$25mdd, el 85% de los demandantes involucraron a un experto. Y parece ser que involucrar a expertos funciona, ya que los tribunales emitieron laudos del 69% del monto reclamando en los casos en los que solamente el demandante involucró a un experto frente al 41% cuando ambas partes involucraron expertos.

Si hiciéramos una adaptación del dilema del prisionero de la teoría de juegos^{cclviii} utilizando estos resultados estadísticos llegaríamos a la conclusión de que siempre sería conveniente involucrar a expertos en un procedimiento arbitral, ya que sería una estrategia dominante, al ofrecer probabilísticamente el mayor beneficio en el procedimiento arbitral.

La amplia divergencia en los cálculos de las partes representa un enorme reto para los tribunales, el citado estudio presenta evidencia al respecto, encontrando que el promedio de los laudos analizados se encuentra en el 53% de lo reclamado, lo que nos lleva a pensar que los tribunales están tomando decisiones salomónicas, partiendo al bebe por la mitad.

Esto nos ha llevado a proponer algunos criterios básicos para juzgar los cálculos presentados por las partes en un procedimiento arbitral.

EL TIEMPO

Un primer tema que queremos abordar, que es muy claro para la gente con formación jurídica, pero no para muchos peritos que fungen como expertos en procedimientos arbitrales, es la diferencia existente entre daño emergente y lucro cesante y hay que tenerlo muy claro para transmitirlo así a los peritos que harán los cálculos. En este sentido, derivado del concepto de “perjuicio”, entendido como cualquier afectación resentida, comprendiendo el lucro cesante y el daño emergente. Particularmente, nuestra legislación y la jurisprudencia entiende al lucro cesante como la pérdida de ingresos y por otro lado al daño emergente como los pagos y gastos en que se han incurrido, debiendo tomarse ambos en cuenta para cuantificar el monto de la indemnización derivada de un daño material.

En este contexto, el primer paso para entender el cálculo que se está haciendo es la posición en el tiempo del cálculo respecto al día en el que se realiza, es decir, el día de “hoy”, ya que generalmente en los dictámenes se habla de traer a valor presente. Sin embargo, traer a valor presente puede referirse a cosas del futuro o a cosas del pasado, y su cálculo es diferente. Como regla general, con algunas rarísimas excepciones, el valor presente será mayor a los valores que vienen del pasado y menor a los valores que vienen del futuro. Ubicar esta temporalidad ayudará a tener claro si el cálculo que se está haciendo es el correcto. Para mayor claridad, abajo presentamos las dos versiones de la fórmula.

$$\text{Valor presente} = \frac{\text{Valor del Futuro}}{(1 + \text{tasa})^{\text{cantidad de periodos}}}$$

$$\text{Valor presente} = \text{Valor del Pasado} \times (1 + \text{tasa})^{\text{cantidad de periodos}}$$

CONSISTENCIA

Una de las reglas más importantes en la valuación es tener consistencia, o como se dice en el lenguaje popular: comparar peras con peras y manzanas con manzanas. La inconsistencia de una metodología se evidencia por argucias o errores, y los distinguimos con una “o” porque muchas veces, el uso de parámetros inconsistentes en una valuación se puede hacer conscientemente, y abusando del desconocimiento de los terceros a quienes se les muestre el cálculo, como un truco para aproximarse a la cifra que se desea, o bien por error, consecuencia de la falta de pericia en el manejo de las metodologías de valuación. Por ejemplo, en el caso de la primera fórmula que mostramos, donde un valor del futuro se trae a valor presente, se hace una división, es decir, hay un valor del futuro que es el numerador y un denominador que se calcula con una tasa, generalmente llamada tasa de descuento.

La primera inconsistencia que se puede detectar es en términos de la moneda que se está empleando para realizar el cálculo. Si los valores del futuro son pesos mexicanos, estos deben ser divididos por una tasa que se refiera a pesos mexicanos. Es decir, si en el numerador tenemos pesos, abajo no podemos poner una tasa Libor o del Departamento del Tesoro de los Estados Unidos de América, o peor aún, un promedio de tasas de interés de distintos países.

Otro error de inconsistencia es la selección de esa tasa de descuento. Por ejemplo, frecuentemente se utiliza el costo ponderado de capital, o WACC en inglés (*weighted average cost of capital*). Hay toda una metodología establecida para calcular esta tasa de descuento, donde se pueden cometer diversos errores, pero en este contexto, digamos que el WACC es una tasa que pondera el costo de la deuda y el costo del capital. La inconsistencia en su uso viene a partir de que, si el flujo del futuro que se está queriendo traer a valor presente es un flujo de capital, no se puede descontar con el WACC. Es mejor explicarlo con un ejemplo, si lo que queremos traer a valor presente son dividendos, resulta incorrecto utilizar el WACC para traer a valor presente porque la utilidad neta es un flujo para los capitalistas, no para los tenedores de deuda. Si los flujos que se quieren traer a valor presente son los de la empresa, por ejemplo, la UAFIRDA^{cclix} (o EBITDA en inglés), entonces si se pudiera utilizar el WACC.

En valuaciones de operaciones de Fusiones y Adquisiciones (M&A) encontramos frecuentemente el reto de seleccionar la tasa de descuento más adecuada que se utilizará para evaluar la empresa objetivo. A efecto de contextualizar correctamente la problemática, supongamos que, en la adquisición de una empresa, la empresa compradora debe cuestionarse ¿qué tasa de descuento debería de utilizar para evaluar la transacción?: ¿La de su empresa que es la compradora? ¿La del vendedor? ¿La resultante después de ponderar la fusión?

Este reto común en la valuación de transacciones complejas es la raíz de un sin número de disputas entre compradores y vendedores; el cual se vuelve a reflejar en las opiniones de los expertos que pretenden resolver las controversias en cuestión. En efecto, supongamos que la empresa compradora, es internacional, globalmente diversificada, con acceso a diversos mercados, de muy bajo riesgo, y en consecuencia con una tasa de descuento baja. Mientras que, por el otro lado, la empresa que pretende ser adquirida en México, pertenece a un segmento riesgoso, con incertidumbre regulatoria y de negocios. ¿Qué pasaría si la valuación se realiza con la tasa de descuento de la empresa adquirente? Al respecto, los flujos del futuro valen más hoy si son traídos a valor presente con una tasa de descuento menor.

La tasa de descuento que se utilice tiene que ir en línea con el riesgo del negocio. En este punto precisamente es donde la falta de claridad de los conceptos en los que se funda la opinión contribuye a fortalecer supuestamente las conclusiones de un peritaje. Es decir, se pretende calcular el lucro cesante de una compañía mexicana a través de sus dividendos proyectados, trayéndolos a valor presente con una tasa en dólares de la adquirente que está basada en Estados Unidos de América, por ejemplo, bajo el argumento perversamente persuasivo de “para hacer un cálculo justo y razonable del lucro cesante, estamos calculando el mismo con una tasa de interés libre de riesgo, que es la menor de todas las tasas que le estamos presentando al Tribunal”.

En adición al punto anterior, resulta igualmente importante subrayar la consistencia en el plazo de las tasas. Es decir, flujos a 10 años, deberán ser idealmente descontados a tasas de 10 años y no por ejemplo con una tasa de CETES a 28 días. Esto no es una tarea sencilla, ya que en ocasiones necesitaremos valorar flujos a 50 años y pocas veces encontraremos los elementos para hacerlo (e.g. recientemente el Gobierno Mexicano emitió un bono a 50 años en Taiwán)^{cclix}. Siguiendo el ejemplo propuesto anteriormente, nos enfrentamos a la problemática de encontrar en el mercado secundario un precio de referencia de ese bono debido a su poca liquidez. Ciertamente, antes estas situaciones, es necesario buscar consistencia y razonabilidad para realizar el cálculo correspondiente (por ello los bonos a 10 años son ampliamente utilizados).

CONCLUSIÓN

Tomando como base los ejemplos anteriores, podemos concluir que identificar la selección de variables utilizada por el perito nos permite determinar si las mismas tienen un propósito orientador e ilustrativo para el Tribunal Arbitral, o si por el contrario nos encontramos ante la manipulación de valores con el propósito de servir a los intereses de una de las partes. Esto es particularmente importante en la resolución de disputas complejas, derivados de grandes proyectos de infraestructura, o los llamados EPC^{cclxi}.

Los cálculos con números que refieren a múltiples fuentes, que son sofisticados y complejos generalmente dan una apariencia de control y objetividad, sin embargo, como diría el profesor Aswath Damodaran, se crea la ilusión de una historia y generalmente se cree que una buena historia merece un monto grande, de ahí que hay que identificar los sesgos que podría estar teniendo el perito.

Para identificar peritajes sesgados es importante evaluar su independencia, entendida como la disposición que pudieron haber tenido para manipular los datos, por otra parte la adecuada adaptación de las metodologías de valuación para el propósito específico, el uso de supuestos claros y racionales, y un procedimiento transparente y consistente, que se pueda replicar, validar y evaluar su razonabilidad dado un contexto específico.

REFERENCIAS

- Cooter, R. D., & Ulen, T. (2016). *Derecho y economía* (3a. ed.). México: Fondo de Cultura Económica.
- Damodaran, A. (2018). *The dark side of valuation* (E-book 3rd ed.). US: Pearson Education, Inc.
- Huff, D. (1993). *How to lie with statistics* (Reissue ed.). New York, N.Y.: W.W. Norton & Company.
- Queen Mary University of London y PwC. (10 de Diciembre de 2020). *Queen Mary and PwC Release Study of Damages in ICC Arbitral Awards*. Acceso em 12 de febrero de 2021, disponível em School of International Arbitration: <http://www.arbitration.qmul.ac.uk/news/2020/queen-mary-and-pwc-release-study-of-damages-in-icc-arbitral-awards.html>
- Wolters Kluwer. (2017). Biases and Heuristics in Arbitrator decision making: reflections on how to counteract or play to them. Em T. Cole (Ed.), *The roles of psychology in international arbitration*. United Kingdom: Wolters Kluwer. Fonte: <https://sussmanadr.com/wp-content/uploads/2018/12/Biases-and-Heuristics-Sussman-no-TOC-Kluwer-book-chapter-2017.pdf>

Uso de la tecnología de la información en el arbitraje



[Carlos Martínez Tripp](#)

Carlos F. Martínez Tripp es Licenciado en Derecho por la UP; Máster en Asesoría Jurídica de Empresas por el IE; Maestro en Propiedad Industrial, Derechos de Autor y Nuevas Tecnologías por la UP; y Máster en Mediación, Negociación y Resolución de Conflictos por la Universidad Carlos III de Madrid. Mediador, profesor y fundador de Verkko® y Mediando.MX.

RESUMEN

El arbitraje mediante TIC se comenzó a desarrollar en la década de los 90's pero la pandemia causada por el COVID-19 le ha dado un impulso importante, todas las actuaciones del proceso se pueden realizar con apoyo de TIC y quienes intervienen en él siempre deberían buscar, atendiendo las circunstancias de cada caso, el óptimo uso de la tecnología disponible.

INTRODUCCIÓN

No son muchos los aspectos positivos generados por una situación tan inesperada y lamentable como la pandemia provocada por el COVID-19, pero sin duda uno ha sido el impulso al uso de la tecnología en distintos ámbitos de nuestras vidas.

Las circunstancias nos han hecho mirar con mayor atención qué es lo que los avances tecnológicos nos permiten, cuáles son sus ventajas y cuestionarnos sobre sus riesgos, dándonos cuenta de que en algunas actividades importantes aunque la tecnología estaba disponible nosotros no la habíamos adoptado plenamente.

Ese es el caso de la solución de controversias, los tribunales han estado cerrados o trabajando parcialmente durante varios meses, lo cual agravará la saturación que ya vivían antes de la pandemia, haciendo aún más evidente la importancia de los métodos alternativos de solución de controversias como medios de acceso a la justicia y la necesidad de aprovechar la tecnología para su desarrollo, permitiendo, no sólo durante la pandemia sino incluso después de la misma, que las personas puedan solucionar sus conflictos de manera más efectiva.

Uno de esos métodos es el arbitraje mediante TIC, siendo importante tener claro qué es, su regulación, ventajas y desventajas.

DESARROLLO

ANTECEDENTES.

En mayo de 1996 el Centro Nacional para la Investigación sobre Información Automatizada (NCAIR por sus siglas en inglés) celebró la primera conferencia sobre ODR (online dispute resolution), derivado de la cual se crearon tres experimentos: el Magistrado Virtual en la Escuela de Derecho de la Universidad de Villanova, la Oficina Ombuds en línea en la Universidad de Massachusetts, y un proyecto de derecho de familia en la Universidad de Maryland^{cclxii} nombrado Proyecto de Mediación en Línea, también en esa época se creó el Proyecto de CiberTribunal de la Universidad de Montreal en Canadá.^{cclxiii}

Así, el uso de las TIC para la solución de controversias no es algo nuevo, Colin Rule, quien de 2003 a 2011 fue Director de Solución de Disputas en Línea (ODR) de eBay y Paypal, señala que la página de subastas y comercio electrónico lo ha hecho desde 1999 cuando junto con el profesor Ethan Katsh lanzaron un programa piloto para resolver las disputas derivadas de las transacciones, colocando un enlace en la página de ayuda de eBay invitando a la gente a reportar los asuntos al Centro Ombuds en Línea de Katsh en la Universidad de Massachusetts Amherst. El programa piloto evolucionó en la compañía SquareTrade.com y posteriormente eBay decidió llevar de manera interna los procesos ODR.^{cclxiv}

Otro proceso que se suele incluir en la doctrina que encuadra en la definición de arbitraje mediante TIC, aunque con diversas particularidades, es el Proceso Uniforme de Resolución de Disputas (UDRP por sus siglas en inglés) sobre nombres de dominio genéricos adoptado desde 1999 por la Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN), en el que actualmente todos los documentos deben presentarse vía electrónica, realizándose todo el proceso mediante correo electrónico, incluida la resolución emitida por el panel.



UN ODR.

A los métodos alternativos de solución de controversias también se les suele llamar por sus siglas en inglés ADR (alternative dispute resolution), el término alternativo es utilizado

respecto al proceso jurisdiccional, por lo que los ADR incluyen a cualquier método de solución de controversias distinto a este, siendo los más conocidos, más no los únicos, negociación, mediación, conciliación y arbitraje. Algunos llegan a afirmar que el término ODR por sus siglas en inglés (Online Dispute Resolution) abarca solamente a los ADR realizados mediante internet, pero actualmente esta afirmación no es la más aceptada.

Richard Susskind, menciona que el fenómeno ODR emergió en los 90's como una rama de los ADR, considerándose en aquel entonces como la forma electrónica de estos pero que actualmente se puede usar el término en sentido amplio o en sentido estricto, siendo en sentido amplio cualquier proceso para resolver disputas conducido principalmente a través de internet, mientras que en sentido estricto es equivalente a los ADR electrónicos (e-ADR) siendo estos los sistemas que son una alternativa a los servicios de las cortes públicas estatales^{cclxv}.

Pablo Cortés menciona que los ODR principalmente involucran procesos ADR ampliamente asistidos por la conveniencia y velocidad de las TIC e internet, señalando que algunos lo han definido exclusivamente como el uso de ADR mayormente asistido de herramientas de TIC, aunque parte de la doctrina incorpora al concepto el litigio en línea y otras formas sui generis de resolución de controversias, pareciéndole más apropiada la segunda forma de entender el concepto^{cclxvi}.

Faye Fangfei Wang, señala que ODR es un término amplio que abarca muchas formas de ADR y procedimientos ante tribunales que incorporan el uso de internet, sitios web, comunicaciones mediante correo electrónico, medios de streaming y otra tecnología de la información como parte del proceso de solución de disputas. También señala que la ABA Task Force menciona que ODR no es sólo una extensión de los ADR sino también la aplicación de cibertribunales, aunque el litigio en línea no es tan común como los eADR^{cclxvii}.

En la Sección V 24. de las Notas técnicas de la CNUDMI sobre la solución de controversias en línea se establece que: La solución de controversias en línea, u "ODR", es un mecanismo para resolver controversias facilitado mediante el empleo de las comunicaciones electrónicas y demás tecnología de la información y las comunicaciones.^{cclxviii}

Derivado de lo anterior podríamos afirmar que lo ideal es considerar que los ODR incluyen a cualquier método de solución de controversias, incluso a los procesos jurisdiccionales, que utilizan tecnología de la información y comunicación (TIC) para su desarrollo, por lo que si nos queremos referir exclusivamente a los ADR mediante TIC sería conveniente utilizar el término eADR (electronic alternative dispute resolution) u OADR (online alternative dispute resolution), aunque tal vez los términos "en línea" o "electrónico" para distinguir a esta clase de métodos de solución de controversias no sean los más adecuados ya que innecesariamente limitan la tecnología que se puede llegar a emplear en dichos procesos.

La tecnología evoluciona rápidamente, actualmente es posible almacenar textos, imágenes y sonidos en ADN sin tener que usar electricidad,^{cclxix} y se está desarrollando un proyecto denominado Taara para transmitir información a alta velocidad mediante rayos de luz imperceptibles sin necesidad de usar cables, permitiendo así el acceso a internet de buena calidad a más personas^{cclxx}, siendo estos un par de avances que nos recuerdan que no es posible saber cuál será la tecnología disponible en un futuro, por lo que lo más conveniente sería sustituir los términos “en línea” o “electrónico” por “mediante TIC”, dejando abierta la puerta a cualquier avance tecnológico que se llegue a dar.

Así, podemos decir que es correcto afirmar que lo que actualmente denominamos ODR son cualquier método de solución de controversias realizado total o parcialmente mediante TIC, siendo el arbitraje mediante TIC uno de ellos, seguramente en un futuro cercano esta distinción carecerá de sentido ya que será excepcional un proceso que no se desarrolle mediante el uso de tecnología.

Proporción del uso de TIC.

Respecto a en qué proporción se deben usar las TIC para considerar el proceso un ODR, el punto 2 de las Notas técnicas de la CNUDMI sobre la solución de controversias en línea establece: Uno de esos mecanismos es la solución de controversias en línea (“ODR”), que puede ayudar a las partes a resolver la controversia de manera sencilla, rápida, flexible y segura, sin necesidad de estar presente físicamente en una reunión o una audiencia. La ODR abarca una amplia gama de enfoques y formas (por ejemplo, el mecanismo del ombudsman, las juntas de reclamaciones, la negociación, la conciliación, la mediación, el arreglo facilitado, el arbitraje y otros), incluidos los procesos híbridos que puedan llegar a existir, con elementos tanto en línea como fuera de línea.^{cclxxi}

En virtud de lo anterior y con base en las definiciones previamente mencionadas, podemos afirmar que un ODR para ser considerado como tal no es necesario que se realice totalmente mediante TIC y menos aun utilizando una sola plataforma. Si bien tanto Susskind como Cortes señalan, respectivamente, que los métodos deben ser conducidos principalmente por internet o ampliamente asistidos de TIC, considero que para que la distinción no quede en un plano meramente teórico o ambiguo podemos hablar de un ODR desde que alguna de las actuaciones inherentes al proceso que corresponda se realiza mediante el uso de TIC de manera tal que sea necesario cuestionarnos respecto a la idoneidad de los medios utilizados, siendo este punto cuando las TIC adquieren la relevancia necesaria para distinguir al proceso del tradicional.

En el caso concreto del arbitraje si la solicitud, los escritos de demanda y/o contestación, el acta de misión, las pruebas, las audiencias o el laudo se dan mediante TIC cabe afirmar que es un ODR porque procedería que el tribunal arbitral o el juez que vaya a reconocer y ejecutar el laudo se cuestionen aspectos relacionados con la tecnología empleada para determinar su equivalencia funcional.

ARBITRAJE MEDIANTE TIC.

Podemos definir al arbitraje mediante TIC como el proceso realizado total o parcialmente mediante tecnología de la información y comunicación por el cual un tercero emite una solución final y vinculante a la controversia sometida a este voluntariamente por las partes.

Ventajas

El uso de TIC en el arbitraje, como en cualquier método de solución de controversias, incrementa el acceso a la justicia, dado que este no debe entenderse sólo como el derecho a participar en un procedimiento legal adversarial en tribunales públicos, sino como el derecho a obtener lo que corresponde a través del mecanismo de resolución de controversias más apropiado, que en varios supuestos dichos mecanismos pueden ser los ODR^{cclxxii}, limitar a los tribunales el acceso a la justicia no es posible ni deseable por lo que la justicia digital implica adoptar la tecnología tanto en ámbitos privados como públicos para aumentar el acceso a la justicia en un sentido amplio,^{cclxxiii} siendo los ODR los métodos con el potencial de eliminar o al menos reducir las barreras a una forma más simple, fácil y barata de solución de controversias.^{cclxxiv}

En el Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil de la Comisión de las Comunidades Europeas, se establece que las ADR representan una prioridad política para las instituciones de la Unión Europea a las que incumbe promover estas modalidades alternativas, procurar el mejor entorno posible para su desarrollo y esforzarse por garantizar su calidad, mencionando que se ha hecho especial hincapié en esta prioridad política en el ámbito de la sociedad de la información en el que se reconoce el papel de los nuevos servicios en línea de solución de conflictos ("ODR" por Online Dispute Resolution) en materia de solución de litigios transfronterizos a través de Internet.^{cclxxv}



El uso de TIC permite reducir los costos de hospedaje y otros relacionados con el traslado de las partes, sus representantes y los árbitros; dicha reducción de costos permite abrir la puerta del arbitraje a conflictos de menor cuantía y que el arbitraje en general sea aún más atractivo.

Los árbitros al no tener que trasladarse pueden atender un mayor número de casos, o desde la perspectiva de las partes se incrementan las probabilidades de que el tercero al que desean designar tenga la disponibilidad necesaria para aceptar.

Las TIC dan mayor flexibilidad, siendo esta cualidad una de las ventajas del arbitraje en general sobre los procesos jurisdiccionales, la cual resultaría aún mayor al incluir en las etapas del arbitraje que sea conveniente el uso de tecnología asincrónica, permitiendo a las partes trabajar a cualquier hora y preparar adecuadamente sus planteamientos controlando la carga emocional.

Un aspecto que no se suele mencionar pero que resulta evidente, es el beneficio ecológico que implica eliminar los documentos en papel y la contaminación producida por el traslado de los intervinientes. Sobre este punto se ha creado la campaña para arbitrajes más limpios que busca generar consciencia sobre la huella de carbón generada por la comunidad arbitral y reducir el impacto ambiental causado por el arbitraje y la mediación, identificando nueve pequeños cambios con los que los participantes se pueden comprometer en “The Green Pledge”^{cclxxvi}, cinco de ellos se relacionan con el uso de TIC:

- Correspondencia por medios electrónicos a menos que dadas las circunstancias sea expresamente necesaria la correspondencia impresa.
- Alentar el uso de instalaciones de videoconferencias como una alternativa a viajar.
- Evitar la impresión, requiriendo el uso de documentos electrónicos en lugar de copias impresas y promover el uso de paquetes electrónicos en las audiencias;
- Considerando y / o sugiriendo, cuando corresponda, que los testigos o peritos presten testimonio a través de instalaciones de videoconferencia, en lugar de asistir a las audiencias en persona.
- Evitar viajes innecesarios y utilizar las instalaciones de videoconferencia como alternativa

Desventajas.

La tecnología permite que la solución de controversias sea más efectiva pero también genera que se deban atender aspectos relacionados con la misma y actualmente no podemos afirmar tajantemente que en cualquier circunstancia sea deseable implementarla en todas las partes del proceso.

Es importante tener presente el posible desequilibrio que podría generar el uso de TIC entre las partes, tanto por la capacidad que cada una tenga para su uso como por el distinto desarrollo tecnológico con el que cuenten o tengan disponible, un ejemplo puede ser la velocidad del ancho de banda, la cual en EE.UU. en promedio es de 161.14 a 176.67 Mbps siendo el décimo lugar en el mundo, mientras que en Venezuela es de 8.64 a 11.87 Mbps siendo el lugar 157 mundial^{ccclxxviicclxxviii}.

El uso de TIC afecta los encuentros en persona, aun utilizando herramientas como la videoconferencia necesariamente se limita nuestra percepción del lenguaje corporal, y mediante el uso de otras TIC también se ve afectada la paralingüística, reduciendo la cantidad de información recibida a través del mensaje, pudiendo generar errores de comunicación. Respecto esta desventaja, al ser la que más se suele resaltar, cabe analizar si es realmente un aspecto que nos debería llevar a preferir el modo tradicional.

Las expresiones faciales no son fáciles de controlar, la gente suele tener mayor práctica mintiendo con sus palabras que con sus expresiones, es más fácil vigilar nuestras palabras mientras hablamos que vigilar nuestras expresiones faciales,^{cclxxix} las emociones son mostradas principalmente por el rostro y el cuerpo muestra cómo se está lidiando con ellas.^{cclxxx} Actualmente las videoconferencias precisamente nos permiten apreciar con mucho mayor detalle el rostro de las personas, esas reacciones que no es sencillo controlar, representando esta situación incluso una ventaja sobre las reuniones presenciales físicas.

Sin embargo debemos ser conscientes de que sin importar si es en reuniones en persona o viendo los rostros en una pantalla, existen aspectos sobre nuestra capacidad para leer el lenguaje corporal y nuestros sesgos que no solemos tener presentes, se ha argumentado que las comunicaciones cara a cara tienden a favorecer a las personas físicamente atractivas y más articuladas, y se pueden crear sesgos por la religión, la nacionalidad, el sexo y la apariencia.^{cclxxxi} La mayoría afirmamos no tener sesgos de ningún tipo pero lamentablemente, aunque no seamos conscientes de ello, no es así^{ccclxxxii} y creemos ser mejores de lo que realmente somos para detectar mentiras o para leer el lenguaje corporal, a lo que hay que sumar la posibilidad de que la persona que está transmitiendo la información involuntariamente no se comunique de manera adecuada mediante su lenguaje corporal, Malcolm Gladwell en su libro Talking to Strangers menciona la investigación realizada por Timothy Levine de la Universidad de Alabama en la que mostró a agentes con quince años o más de experiencia en interrogatorios videos en los que algunas personas mienten, dichos agentes experimentados detectaron correctamente sólo el 20% en los casos de personas con un lenguaje corporal que no correspondía con la realidad,^{ccclxxxiii} en el mismo libro trata el caso de Amanda Knox quien pasó años en prisión acusada de homicidio por no actuar como las autoridades esperaban. Así, deberíamos tener presentes estos aspectos antes de considerar este argumento para preferir los medios tradicionales sobre los electrónicos.

PRINCIPIOS DE EQUIVALENCIA FUNCIONAL Y NEUTRALIDAD TECNOLÓGICA RESPECTO LAS TIC.

Existen dos principios que toda regulación sobre el uso de las TIC deberían tener presentes, la equivalencia funcional y la neutralidad tecnológica.

La Nota explicativa de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Documentos Transmisibles Electrónicos (2017), señala a la equivalencia funcional y a la neutralidad tecnológica como dos de los principios generales del régimen legal de las comunicaciones electrónicas,^{cclxxxiv} principios fundamentales en los que se han inspirado textos previamente aprobados por la CNUDMI.^{cclxxxv}

La CNUDMI ha reconocido que el obligar al uso de documentación tradicional con soporte de papel es el principal obstáculo para el desarrollo de medios modernos de comunicación, por lo que ha buscado ampliar lo que entendemos por los términos “original”, “escrito” y “firma”, permitiendo aplicar técnicas basadas en la informática^{cclxxxvi}. Al determinar el objetivo y función de un documento escrito en papel es posible afirmar que uno en soporte electrónico puede ofrecer seguridad equivalente y muchas veces mayor fiabilidad y rapidez, especialmente respecto al contenido y origen del mismo^{cclxxxvii}. Para determinar la equivalencia funcional de un mensaje de datos se deben establecer los criterios que deberá cumplir este para que se le reconozca una legalidad equivalente a uno en papel para la misma función^{cclxxxviii},

La Nota explicativa de la Secretaría de la CNUDMI sobre la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales, señala que no se debe considerar una comunicación electrónica inmediatamente equivalente a una en papel ya que son distintas, por lo que la Convención sigue el enfoque de la equivalencia funcional, el cual se basa en analizar los objetivos y funciones del requisito tradicional de que los documentos se consignen en papel para determinar cómo las técnicas del comercio electrónico podrían cumplir con los mismos objetivos y funciones, estableciendo los criterios que deberán cumplir las comunicaciones electrónicas para que tengan el mismo reconocimiento jurídico que los documentos en papel.

Así, la equivalencia funcional implica que la norma debe determinar los requisitos que han cumplir las comunicaciones mediante TIC para producir los mismos efectos que generarían en papel o de manera presencial física, evitando tanto la discriminación de las primeras como que estas se consideren equivalentes sin cumplir con los mismos objetivos y funciones.

En la Guía para la incorporación de la Ley Modelo de la CNUDMI para las Firmas Electrónicas (2001) al derecho interno, se menciona que la nueva Ley Modelo refleja el principio de que no debe discriminarse ninguna de las diversas técnicas que pueden utilizarse para comunicar o archivar electrónicamente información, un principio a veces denominado “de neutralidad tecnológica”.^{cclxxxix}

La Nota explicativa de la Secretaría de la CNUDMI sobre la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales, respecto al principio de neutralidad tecnológica menciona puntos relevantes:

- El principio de neutralidad tecnológica significa que la Convención pretende abarcar todas las situaciones de hecho en que la información se genera, archiva o transmite en forma de comunicaciones electrónicas, independientemente de la tecnología o del medio que se haya utilizado con reglas neutrales que no dependen ni presuponen la utilización de determinado tipo de tecnología.
- El principio es importante dada la velocidad de la innovación y desarrollo tecnológicos para asegurar que la ley contemplará tecnología futura sin caer rápidamente en desuso, debiendo evitarse la referencia a medios técnicos concretos de transmisión o archivo de información.

Así, la neutralidad tecnológica implica que la norma no debe determinar ni presuponer la tecnología que se debe utilizar, sino que debe buscar abarcar todos los supuestos en que las comunicaciones pueden generarse, archivarse o transmitirse con apoyo de la misma, lo que permitirá que la norma regule tecnologías presentes y futuras, evitando quedar rápidamente rebasada por la realidad.

Son los principios de neutralidad tecnológica y equivalencia funcional los que nos permiten afirmar que tecnologías como la Inteligencia Artificial, Big Data y Blockchain pueden incorporarse en el proceso de arbitraje siempre y cuando mediante su uso se cumplan las mismas funciones que se cumplen a través de los medios tradicionales, las cuales se podrían cumplir incluso mejor como por ejemplo al utilizar Blockchain para la emisión de laudos generando mayor certeza respecto de quiénes lo emitieron, el momento de su emisión y que su contenido no ha sido alterado. Ya existen proyectos de arbitraje basados en Blockchain pero con el tiempo estas tecnologías se irán adoptando por las diversas instituciones administradoras y los árbitros adquirirán conocimientos respecto a las mismas, tanto para resolver controversias relacionadas con ellas como para utilizarlas en el proceso.

LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK

Gran parte del éxito del arbitraje ha sido gracias a la convención de Nueva York de 1958, la cual facilita el reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales extranjeros, llegándose a afirmar que es más fácil que se ejecute un laudo extranjero que una sentencia extranjera.

Sin embargo, la convención de NY es un ejemplo de lo que sucede cuando una norma se redacta sin atender el principio de neutralidad tecnológica, lo cual era natural en la fecha de su creación.

El acuerdo de arbitraje

El artículo II de la Convención establece que la expresión “acuerdo por escrito” denotará una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, firmados por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas.

Como podemos apreciar se limita la TIC que se podría llegar a emplear, pero en el año 2006, la CNUDMI emitió la “Recomendación relativa a la interpretación del párrafo 2) del artículo II y del párrafo 1) del artículo VII de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, hecha en Nueva York el 10 de junio de 1958”, en la que se menciona que uno de los objetivos de la Convención es permitir la ejecución de sentencias arbitrales extranjeras en la mayor medida posible, que considerando el extendido uso del comercio electrónico y teniendo en cuenta los instrumentos jurídicos internacionales como la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985, la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico, la Ley Modelo de la CNUDMI sobre las Firmas Electrónicas y la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales, se recomienda que el párrafo 2 del artículo II, de la Convención se aplique reconociendo que las circunstancias que describe no son exhaustivas, y que el párrafo 1 artículo VII de la Convención se aplique de forma que permita a toda parte interesada acogerse a los derechos que puedan corresponderle, en virtud de las leyes o los tratados del país donde se invoque el acuerdo de arbitraje, para obtener el reconocimiento de la validez de ese acuerdo de arbitraje.

Lo anterior nos permite asegurar que el acuerdo arbitral para considerarse “por escrito” no sólo puede encontrarse en una cláusula incluida en un contrato o un compromiso, firmados por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas, ya que éstas circunstancias no son exhaustivas sino que debemos realizar una interpretación tendiente a facilitar el reconocimiento de dichos acuerdos teniendo presentes el comercio electrónico y las comunicaciones electrónicas, pudiendo invocar el derecho del lugar donde se pretende que se reconozca el acuerdo.

El laudo

Si bien respecto al acuerdo arbitral la recomendación de la CNUDMI de 2006 deja claro que el párrafo 2 del artículo II no debe ser interpretado restrictivamente, respecto a la forma que debe tener el laudo se podría pensar que conforme a la Convención se sigue requiriendo que este se encuentre en papel y que las firmas sean autógrafas. El párrafo 1 del Artículo IV de la Convención requiere para el reconocimiento del laudo que se presente el original autenticado o una copia con las condiciones requeridas para su autenticidad, sin que de su contenido se desprenda que este deba estar en papel.

Si atendemos el contenido de la Recomendación sobre el acuerdo arbitral, podemos aplicar puntos relevantes de la misma a lo relacionado con el laudo, teniendo presente que un objetivo de la Convención es permitir la ejecución de sentencias arbitrales extranjeras en la mayor medida posible, tomando en cuenta las leyes modelo de la CNUDMI, y que se puede aplicar el derecho del lugar donde se pretende reconocer y ejecutar el laudo.

La Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico tomada en cuenta en la Recomendación resulta muy útil al ayudarnos a establecer cuándo se podría entender satisfecho el requisito de firma y cómo se podría satisfacer el requisito de presentarse en original en sus artículos 7 y 8 respectivamente.

Buscando promover y permitir el reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales en la mayor medida posible, no podemos reducir el término original a escrito en papel sino que se deben tener presentes los avances tecnológicos y como la propia CNUDMI lo ha mencionado, el obligar al uso de documentación tradicional con soporte de papel es el principal obstáculo para el desarrollo de medios modernos de comunicación, debiendo permitirse aplicar técnicas basadas en la informática.

Así, podemos decir que un laudo arbitral mediante TIC que cumpla con el principio de equivalencia funcional debería ser reconocido y ejecutado, teniendo presentes las disposiciones legales con base en las que se emite el laudo y las del país donde se pretende ejecutar, de lo contrario se estaría actuando en contra del espíritu de la Convención de NY y de los esfuerzos de la CNUDMI.

CCI

En la Nota a las Partes y al Tribunal Arbitral sobre la Conducción del Arbitraje de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la CCI, de 1 de enero de 2019, ya se establecían diversas cuestiones importantes relacionadas con el uso de TIC:

- La solicitud de arbitraje, la contestación, cualquier demanda reconvencional, y cualquier solicitud de incorporación debían enviarse además de en formato impreso en formato electrónico por correo electrónico a la Secretaría; mientras que las demás comunicaciones, escritos y documentos, siempre que fuese posible, se le debían enviar en formato electrónico por correo electrónico solamente.
- El Árbitro de Emergencia podría decidir firmar y notificar la Orden en formato electrónico después de consultar a las partes, debiendo enviar los originales a la Secretaría.

- Atendiendo las disposiciones legales aplicables, y salvo que las partes acordasen lo contrario, el Acta de Misión podría ser firmada por cada parte y miembro del tribunal arbitral en distintas copias, y dichas copias podrían escanearse y enviarse a la Secretaría por correo electrónico o cualquier otro de medio de telecomunicación que provea un registro del envío, debiendo facilitarse a la Secretaría un original del Acta de Misión firmada.
- Atendiendo los requisitos legales obligatorios aplicables, las partes podrían acordar que cualquier laudo sea firmado por los miembros del tribunal arbitral en distintas copias, y/o que todas estas copias se reúnan en un solo archivo electrónico y sean notificadas a las partes por la Secretaría por correo electrónico o cualquier otro medio de telecomunicación que provea un registro del mismo, según lo previsto en el artículo 35 del Reglamento.

El 17 de marzo de 2020 la CCI publicó un mensaje urgente por el COVID-19 en el que informaba que todas las comunicaciones con la Secretaría de la Corte de CCI y el Centro ADR de CCI debían realizarse por correo electrónico; que las solicitudes de arbitraje, de arbitraje de emergencia y otros procesos ADR incluyendo los anexos pertinentes se presentarían a la Secretaría por correo electrónico; y que las reuniones programadas para tener lugar en sus oficinas alrededor del mundo se estaban conduciendo virtualmente.

El 9 de abril de 2020 se publicó la Nota de orientación de la CCI sobre Posibles Medidas Destinadas a Mitigar los Efectos de la Pandemia del COVID-19 en el que se expresa que la Secretaría de la Corte también ha tomado medidas para agilizar sus procesos a fin de promover la eficiencia y evitar retrasos relacionadas con la pandemia, recordando lo señalado en la comunicación de la Secretaría del 17 de marzo de 2020 y además:

- Se alienta a los tribunales arbitrales y a las partes a firmar el Acta de Misión en distintas copias y en formato electrónico.
- Los tribunales arbitrales deben alentar a las partes a utilizar, en la medida de lo posible, los medios electrónicos de comunicación para la presentación de escritos y pruebas.
- Atendiendo al derecho aplicable las partes pueden acordar que cualquier laudo sea firmado por los miembros del tribunal arbitral en distintas copias, y/o todas estas copias sean reunidas en un único archivo electrónico y notificadas a las partes por la Secretaría mediante un correo electrónico o cualquier otro medio de telecomunicación que proporcione un registro del envío del mismo.
- Se alienta a las Partes a que acuerden, siempre que sea posible, la notificación electrónica del laudo. En principio, la Secretaría no procederá a una notificación electrónica del laudo a menos que las partes lo acuerden explícitamente.
- Las partes, los abogados y los tribunales arbitrales deben considerar si la audiencia o la conferencia debe proceder a través de una audiencia virtual.

- Si se determina proceder con una audiencia virtual, las partes y el tribunal arbitral deben tener en cuenta, discutir abiertamente y planificar las características especiales del procedimiento para cumplir con cualquier normativa de privacidad de datos aplicable, ocuparse de la privacidad de la audiencia y de la protección de la confidencialidad de las comunicaciones electrónicas dentro del procedimiento arbitral y de cualquier plataforma de documentos electrónicos.
- El tribunal arbitral puede decidir proceder con una audiencia virtual sin el acuerdo de parte o con la objeción de una parte, examinado cuidadosamente las circunstancias pertinentes y proporcionando razonamiento a su decisión, teniendo en cuenta la amplia autoridad de los tribunales arbitrales en virtud del Reglamento para tras consultar a las partes adoptar las medidas que considere apropiadas.
- Expresamente menciona que los tribunales arbitrales han errado a menudo en el lado de la cautela y han decidido celebrar al menos una audiencia presencial sobre el fondo si una parte así lo requiere, pero que las circunstancias actuales pueden hacer que esto no sea posible pudiendo incluso provocar un retraso perjudicial por lo que atendiendo las circunstancias el tribunal puede establecer procedimientos adecuados y cumplir con su deber primordial de llevar a cabo el arbitraje de manera expedita y eficaz en término de costos.
- Se mencionan puntos a considerar por el tribunal arbitral para garantizar que las partes son tratadas con igualdad y que cada una tenga plena oportunidad de presentar su caso durante una audiencia virtual.

En el Prefacio del Reglamento de Arbitraje de CCI vigente desde el 1º de enero de 2021, se menciona que los cambios realizados reconocen el incremento del uso de la tecnología en el arbitraje, como la Solicitud de Arbitraje y la respuesta por medios electrónicos de comunicación, en sus artículos 4 y 5, así como la posibilidad de que el tribunal arbitral decida que las audiencias pueden realizarse de forma remota tras consultar con las partes en el artículo 26 (1).

Con base en lo anterior, todas y cada una de las actuaciones dentro del proceso de arbitraje CCI se pueden realizar mediante TIC, sin embargo respecto al laudo si bien el tribunal debería alentar a las partes para que este se notifique electrónicamente, estas deben estar de acuerdo y se deben atender las disposiciones legales aplicables.

CONCLUSIÓN

El arbitraje mediante TIC se comenzó a desarrollar en la década de los 90's pero aún no ha alcanzado su plenitud, corresponde a los distintos actores que intervienen en él aprovechar el impulso que ha generado una situación tan lamentable como la pandemia para siempre buscar, en la medida de lo posible y atendiendo las circunstancias de cada caso, el uso de la tecnología disponible. Al hacerlo no sólo estarían atendiendo su deber primordial de llevar a cabo el arbitraje de manera expedita y eficaz en término de costos, sino también incrementarán el acceso a la justicia volviéndola más efectiva, y contribuirán a reducir la contaminación producida por el proceso arbitral tradicional.

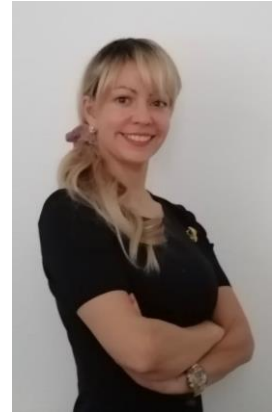
Se debe atender a la naturaleza de la figura y al espíritu de normas aplicables como la Convención de Nueva York buscando resolver de fondo los conflictos y la mayor ejecución de laudos posible teniendo presente que, al menos en el arbitraje CCI, todas las actuaciones se pueden realizar mediante TIC a menos que existan circunstancias específicas del caso que hagan que esto no sea lo conveniente, norma expresa aplicable al caso concreto que lo prohíba, o en el caso del laudo que las partes no acuerden su uso.

Así, el no usar las TIC en el arbitraje debería ser la excepción debiéndose justificar razonadamente dicha decisión.

BIBLIOGRAFÍA

- Colin R. (2002). *Online dispute resolution for business*. San Francisco: Jossey-Bass.
- Cortes P. (2011). *Online dispute resolution for consumers in the European Union*. Abingdon, Oxon: Routledge.
- Ekman, P. y Friesen, W. (2003). *Unmasking the face*. Los Altos, California: Malor Books
- Gladwell, M. (2019). *Talking to strangers*. Nueva York: Little Brown and Company
- Katsh, E. (2017). *Digital Justice, technology and the internet of disputes*. Nueva York: Oxford university press.
- Poblet, M. (2011). *Mobile technologies for conflict management*. Bellaterra: Springer.
- Susskind, R. (2019). *Online Courts and The Future of Justice*. Nueva York: Oxford University Press.
- Susskind, R. (2017). *Tomorrow's lawyers: an introduction to your future*. Nueva York: Oxford University Press.
- Wang F.F. (2018). *Online Arbitration: Informa Law from Routledge*.
- Wang F.F. (2010). *Internet jurisdiction and choice of law*. Nueva York. Cambridge University Press.

Arbitrajes Consolidados



[Diana Cuevas Soriano](#)

CONSOLIDACION ARBITRAL

INTRODUCCIÓN

Como método de resolución de controversias, el arbitraje está firmemente arraigado en el principio del consentimiento: las partes acceden a resolver sus controversias mediante el arbitraje, renunciando así a su derecho al debido proceso de que sus controversias se resuelvan judicialmente en los tribunales. Sin embargo, el principio básico del consentimiento plantea otras cuestiones, una de las cuales es la dificultad de consolidar múltiples procedimientos arbitrales que implican los mismos hechos, cuestiones o leyes sin el consentimiento de las partes.¹

La consolidación de los arbitrajes en un solo arbitraje puede ser muy difícil y normalmente sólo se puede lograr con el consentimiento de todas las partes. Esto ha demostrado ser un desafío para los árbitros y los especialistas en arbitraje donde son comunes las operaciones con diversos contratos a la vez.

Varios reglamentos de arbitraje han tratado de remediar esta situación previendo la posibilidad de consolidar múltiples arbitrajes sin el consentimiento de las partes. Sin embargo, no todos los reglamentos de arbitraje prevén la consolidación, y los que lo hacen, lo hacen, creo yo, de manera imperfecta.

En este ensayo se examinarán los problemas que plantea la consolidación de los arbitrajes sin el consentimiento de las partes y la forma en que diversos reglamentos de arbitraje y varias jurisdicciones han abordado el tema, empezando por ver algunos importantes antecedentes sobre este tema.

Si bien el arbitraje en las transacciones comerciales internacionales se considera un aspecto maduro, la solución de controversias entre varias partes parece que sigue presentando polémica. En un esfuerzo por hacer más manejables las controversias entre varias partes, muchas jurisdicciones consideraron la conveniencia de su agrupación en un arbitraje consolidado, a veces obligatoria.

¹ Ver, Joinder of Parties and Joinder Claims: Voluntary and Compelled Intervention of Third Parties-cross claims and Consolidation, Bernard Hanotiau, International Arbitration Law Library, Vol 14 pg 185-188

Sin embargo, la paradoja de la consolidación obligatoria se manifiesta en los objetivos del propio proceso arbitral. Por sus antecedentes, por un lado, existía el deber de hacer cumplir los acuerdos privados tal y como están escritos, mientras que, por otro lado, existía la necesidad de contar con procedimientos eficientes y fallos coherentes. El presente ensayo examina si la consolidación obligatoria su ordenada e hizo compatible con los objetivos del proceso arbitral. Sobre la base de un análisis de la consolidación obligatoria en los Estados Unidos considerando los posibles obstáculos para el reconocimiento y la ejecución de los fallos resultantes, en el presente ensayo se llega a la conclusión de que la consolidación obligatoria sería inapropiada en la medida en que menoscaba la previsibilidad de las actuaciones, interfiere en las relaciones contractuales vinculantes y pone en peligro la exigibilidad de los fallos arbitrales en jurisdicciones extranjeras.

II. ANTECEDENTES DE LA CONSOLIDACIÓN ORDENADA

El arbitraje es una especie de contrato. La noción a continuación está profundamente arraigada en el proceso arbitral:

Un arbitraje sólo puede tener lugar válidamente si las partes han acordado específicamente y expresamente utilizar este método para la solución de sus controversias.... El carácter voluntario del arbitraje se basa en el principio de que el acuerdo de arbitraje no ha sido obligado por un tercero.

Cuando la consolidación se impone por orden judicial o decreto legislativo, se menoscaba el carácter básico del arbitraje como acuerdo voluntario.

Un factor importante en la prominencia del arbitraje internacional como mecanismo de resolución de controversias, es el derecho de las partes al libre control de los conflictos. En el arbitraje, las partes tienen derecho a elegir las normas procesales y el derecho sustantivo que rigen el procedimiento en caso de controversia. Así pues, quienes se oponen a la consolidación obligatoria sostienen que la imposición de ese instrumento procesal viola los derechos contractuales sustantivos de las partes y que, a falta del consentimiento expreso de todas ellas, la agrupación es una intrusión inadmisibles en los acuerdos de las partes.

Entre los objetivos principales de la creación de un sistema de base contractual para la solución de controversias está el deseo de limitar el tiempo, la demora y los gastos normalmente asociados con el litigio.^{ccxciii} Sin embargo, los críticos argumentaron que, contrariamente a estos objetivos:

Los procedimientos consolidados requieren más tiempo y son más costosos que los no consolidados, ya que intervienen más partes. Los asuntos se complican enormemente al incorporar las distintas controversias en un solo procedimiento de arbitraje. Todas las partes asumen la carga adicional que supone escuchar las demandas, aportar pruebas y discutir los testimonios con las demás partes participantes. Aumenta la probabilidad de que se produzcan retrasos. Los riesgos de omisión y error se multiplican. Se necesita tiempo adicional para que todos conozcan los alegatos y demandas de todas las partes, así como para la toma de la decisión sobre el fondo de la controversia.^{ccxciv}

Además, la complejidad inherente a la consolidación obligatoria alentó a las partes que trataban de evitar el arbitraje a utilizar la consolidación como táctica dilatoria para coaccionar la solución de las controversias. Esta táctica aprovecha el hecho de que la parte que reclama daños y perjuicios puede optar por llegar a un acuerdo en lugar de enfrentarse al tiempo y los gastos de los largos e interminables procedimientos que podrían resultar de la consolidación. De esta manera, la parte que busca evitar procedimientos independientes podría utilizar la consolidación obligatoria como una espada en lugar de un escudo.

Los partidarios de la consolidación ordenada sostuvieron que con un solo procedimiento se evitan los arbitrajes duplicados y los resultados incongruentes.^{ccxcv} Se argumenta que la consolidación es idónea para las controversias entre varias partes, ya que cuestiones de hecho similares requerirán acceso a los mismos testigos y pruebas documentales si es que se quiere lograr resultados congruentes. A pesar de que los partidarios de la consolidación sostuvieron que la identidad de las controversias individuales permanece independiente y que la consolidación no autoriza al árbitro a conocer las controversias entre las partes que no tienen una relación contractual entre sí,^{ccxcvi} no reconocen que el efecto de los procedimientos consolidados modifica las disposiciones fundamentales de la cláusula de arbitraje. Dado que las cláusulas de arbitraje suelen contener acuerdos sobre temas como la elección de la legislación, la elección de las normas de procedimiento, el método de selección del panel y la ubicación del procedimiento, la consolidación de los procedimientos de arbitraje constituye la posibilidad de que se infrinja una o más de las disposiciones de la cláusula de arbitraje.

A) Instituciones y Reglamentos

De conformidad con su propósito de promover el arbitraje como un proceso voluntario basado en el acuerdo de todas las partes, la AAA no habría querido ordenar la consolidación sin el consentimiento expreso de todas las partes implicadas.^{ccxcvii} Sin embargo, si un tribunal lo ordenase, la AAA efectuará arbitrajes consolidados. En consecuencia, los opositores de la consolidación ordenada criticaron a la AAA por su falta de congruencia y la desafiaron para que modificara sus reglamentos a fin de incluir la prohibición de la consolidación obligatoria.^{ccxcviii} Si bien la ICC no había adoptado ninguna disposición general que prevea arbitrajes consolidados, en 1982 la institución publicó después una guía sobre el arbitraje entre múltiples partes que incluía propuestas de reglamentos para la administración de las controversias entre múltiples partes.^{ccxcix} "Dos supuestos básicos acompañaron la redacción de los reglamentos propuestos: El arbitraje con múltiples partes debe acordarse voluntariamente por todas las partes implicadas y debe estar previsto de antemano en los contratos".^{ccc}

Si bien la guía se adoptó posteriormente, el Reglamento de la ICC no previó la consolidación sin el consentimiento de todas las partes.^{ccci} A la luz del conflicto sobre la conveniencia de la consolidación obligatoria, las instituciones arbitrales más importantes debieron de dar prioridad a la redacción de enmiendas en sus reglamentos de arbitraje indicando si se consolidaban o no los procedimientos en los casos de controversias con varias partes. Estas enmiendas requerirían que las partes optaran por adherirse o no a la consolidación mediante una estipulación específica en el contrato. De esta manera, las partes podrían negociar la inclusión de una cláusula de consolidación, con lo que se reconocería plenamente la libertad de las partes para contratar, a la vez que se abordaría el posible problema de las controversias entre varias partes.

III. ANTECEDENTES DE ARBITRAJE CONSOLIDADO EN LOS ESTADOS UNIDOS

En los Estados Unidos, la consolidación ordenada en las controversias comerciales tanto nacionales como internacionales al parecer se originó en Nueva York.^{cccii} Siendo las controversias comerciales internacionales son competencia explícita de los tribunales federales, el desarrollo de la consolidación obligatoria en Nueva York sigue siendo importante en dos aspectos. En primer lugar, los tribunales federales que han ordenado la consolidación han adoptado el mismo análisis subyacente que los tribunales de Nueva York. En segundo lugar, cuando las partes estipularan en la cláusula de arbitraje que la ley de Nueva York regiría la resolución de las controversias, podría surgir la cuestión de si las partes pretendían que los tribunales tuvieran la facultad de ordenar la consolidación de acuerdo con la ley estatal. Así pues, un debate significativo sobre la consolidación obligatoria u ordenada en los Estados Unidos debe ir precedido de un examen de la legislación de Nueva York.

A) La consolidación conforme a la legislación en Nueva York

Regresemos a 1989, los tribunales del estado de Nueva York tenían autoridad legal expresa para ordenar arbitrajes consolidados hasta que se derogó la Ley de Práctica Civil (Civil Practice Law) en 1962.^{ccciii} Sin embargo, la facultad de los tribunales para ordenar la consolidación en ausencia de la Ley de Práctica Civil es en gran medida el resultado de la legislación judicial y sólo existe en el derecho común. La adopción de la consolidación obligatoria por parte de los tribunales de Nueva York queda ilustrada en el histórico caso *Vigo Steamship Corp. c. Marship Corp. de Monrovia*, en el que el Tribunal de Apelaciones sostuvo que los tribunales estatales podían ordenar la consolidación de procedimientos de arbitraje separados en circunstancias apropiadas.

El caso *Vigo* se refería a una disputa de un contrato de flete en el que el propietario del buque alegaba que se le habían causado daños estructurales al buque que había alquilado estando éste en posesión de un subcontratante. En los convenios de flete respectivos se preveía el arbitraje entre el propietario del buque y el fletador y entre el fletador y el subcontratante, pero no entre el propietario del buque y el subcontratante. El propietario del buque, ante la imposibilidad de imponer un arbitraje con el subcontratante por carecer de relación jurídica entre ellos, exigió un arbitraje con el fletador para así lograr una indemnización por los daños y perjuicios causados al buque. El fletador, a su vez, demandó el arbitraje con el subcontratante para que éste lo indemnizara conforme a los laudos que resultaran del primer arbitraje.^{ccciv}

Ante dos procedimientos de arbitraje distintos, el fletador solicitó al tribunal una orden de consolidación. El subcontratante se opuso a la solicitud con el argumento de que: 1) esa orden obligaría un arbitraje entre el subcontratante y el propietario del buque, parte con la que el subcontratante no tenía ninguna relación contractual; 2) la complejidad adicional del procedimiento consolidado acrecentaría el riesgo de error arbitral y 3) los arbitrajes se regían por la Ley Federal de Arbitraje ("FAA") y, por lo tanto, no eran susceptibles de consolidación en virtud del derecho estatal.

Así entonces Tribunal de Apelaciones sostuvo que los tribunales de Nueva York sí tenían la facultad para ordenar arbitrajes consolidados con el fin de "evitar la posibilidad de que se dictaran laudos contradictorios, así como por el tiempo y los gastos adicionales de los procedimientos separados" cuando: (1) existan cuestiones comunes de derecho y de hecho y (2) no se perjudique ningún derecho sustancial. Al abordar el argumento de que el tribunal carecía de autoridad para ordenar la consolidación, ya que la FAA no preveía tal procedimiento, el tribunal concluyó que:

Suponiendo la aplicabilidad del derecho federal a la cuestión de la consolidación, no resulta del todo evidente que los tribunales federales carezcan de poder al ordenar la consolidación en caso de que se enfrenten a esta situación de hecho. En efecto, la controversia sobre la falta de poder para hacerlo va en contra de las disposiciones del Reglamento Federal de Procedimientos Civiles (Federal Rules of Civil Procedure). La regla 42 prevé expresamente la consolidación en situaciones que implican cuestiones comunes de derecho o de hecho y el Reglamento Federal generalmente resulta aplicable a la Ley Federal de Arbitraje en lo que respecta a cuestiones de procedimiento no contempladas en esta última (regla 81, subd. [a], párrafo [3]) y la Ley de Arbitraje no se pronuncia sobre la cuestión de la consolidación de los procedimientos de arbitraje. Por lo tanto, existe la facultad explícita para dicha consolidación.

Al sostener que el Reglamento Federal de Procedimientos Civiles otorgaba facultades para ordenar arbitrajes consolidados, el Tribunal de Apelaciones de Nueva York sentó las bases en las que se apoyaron muchos tribunales federales.

El sustento de la corte en el caso *Vigo* merece consideración en dos aspectos. En primer lugar, al enunciar el requisito del umbral para la consolidación, el tribunal sostuvo que la carga de la prueba del perjuicio a un derecho sustancial recaía en la parte que trataba de evitar la consolidación. Sin embargo, al sostener lo anterior, el tribunal no definió lo que constituía un derecho sustancial y en qué circunstancias dicho derecho se vería perjudicado. Con respecto al subcontratante del caso *Vigo*, el tribunal se limitó a declarar que "el mero deseo que la controversia se examinará por separado no constituía, por sí mismo, un 'derecho sustancial'".cccvi Este análisis resumido de la norma del perjuicio degrada la relación contractual entre las partes y sirve simplemente como un amarre para cumplir con su propio requisito de umbral para efectuar la consolidación. El tribunal no tomó en consideración el hecho de que una orden de consolidación no sólo obligaría al arbitraje entre dos partes que no tenían una relación contractual, sino que también diluía la facultad de las partes para nombrar el tribunal arbitral de conformidad con los términos de sus respectivas cláusulas de arbitraje. A diferencia de lo que aquí sostiene el tribunal, la orden de consolidación afectaba claramente a los derechos sustantivos de las partes al alterar el método de selección de los paneles previsto en las cláusulas de arbitraje.

El análisis superficial del tribunal fue problemático porque plantea la cuestión de si el derecho a que se examine la controversia de conformidad con los términos del acuerdo de arbitraje se consideraría realmente un derecho sustancial.cccvi

El segundo aspecto del caso Vigo que merece análisis es la utilización por parte del tribunal del Reglamento Federal de Procedimientos Civiles. Al considerar que el Reglamento Federal de Procedimientos Civiles autorizaba la consolidación ordenada por el tribunal, éste no sólo no tuvo en cuenta la sección cuatro de la FAA, que exige que el arbitraje se lleve a cabo en la forma prevista en el convenio entre las partes, sino también si era competencia del promulgador del Reglamento Federal de Procedimientos Civiles legislar en el ámbito de los derechos sustantivos de las partes. A tal efecto, el uso del Reglamento Federal de Procedimientos Civiles parece ser un pretexto utilizado por los tribunales para encontrar la competencia necesaria para ordenar la consolidación.

La importancia de la actuación del tribunal en el caso Vigo, aunque podría argumentarse que fue defectuosa, no debe pasarse por alto. El análisis del actuar del tribunal en el caso Vigo proporcionó la base que los tribunales federales utilizaron en última instancia para justificar su competencia para ordenar arbitrajes consolidados. Su fondo fomentó un acalorado debate a nivel federal. Por esta razón, la pertinencia de la decisión del tribunal y la conveniencia de que se basara en el Reglamento Federal de Procedimientos Civiles sólo puede evaluarse adecuadamente tras un debate sobre el tratamiento del problema a nivel federal.

B) Consolidación en Tribunales Federales

A nivel federal, la cuestión de la facultad de un tribunal para ordenar la consolidación en controversias marítimas se abordó por primera vez en el caso de la *Compañía Española de Petróleos, S.A. contra Nereus Shipping S.A.*^{cccvi} En ese caso, el Tribunal de Apelación del Segundo Circuito sostuvo que un tribunal de distrito podía ordenar la consolidación cuando se dieran las circunstancias apropiadas.

La disputa en el caso Nereus implicaba un dueño de un buque, un fletador y un aval. Nereus (el propietario del buque) tenía un contrato de flete con Hidrocarburos y Derivados (el fletador) y la Compañía Española de Petróleos (el fiador) aceptó avalarlo.^{cccvii} El contrato de flete entre el propietario del buque y el fletador preveía el arbitraje de "todas las diferencias y controversias de cualquier naturaleza que surjan como resultado del contrato. La cláusula de arbitraje establecía además que las controversias se decidirían por un panel de tres miembros, y que cada parte nombraría un árbitro y el tercero por los dos árbitros elegidos.

En otro acuerdo, denominado adenda número dos, suscrito por las tres partes, el fiador convino en que "en caso de que HIDECA (el fletador) incumpla el pago o el cumplimiento de sus obligaciones en virtud del contrato de flete, nosotros cumpliremos el resto del contrato y asumiremos los derechos y obligaciones de HIDECA en los mismos términos y condiciones que figuran en el contrato de flete".^{cccx}

Ante un supuesto incumplimiento del fletador, el propietario del buque notificó al fiador, como se estipulaba en el addendum número dos. En última instancia, el propietario del buque exigió el arbitraje tanto con el fletador como con el fiador en virtud de sus respectivos contratos. Mediante una serie de maniobras procesales y consideraciones tácticas, el propietario del buque manipuló el procedimiento para que el arbitraje con el fiador se realizara antes del arbitraje con el fletador. Como señaló el tribunal:

De tener éxito, esta estrategia sería muy ventajosa para Nereus (el propietario del buque) y muy perjudicial para Hideca (el fletador) y Cepsa (el fiador), ya que la cuestión crítica o los elementos circunstanciales que deben decidir los árbitros en relación con el supuesto incumplimiento de Hideca se decidirían en primer lugar en un arbitraje en el que Hideca no era parte, a pesar de que Hideca tenía acceso a las pruebas relativas al supuesto incumplimiento y Cepsa no.^{cccix}

Como la responsabilidad del fiador dependía de si el fletador había incumplido o no, el tribunal estimó que era casi seguro que las actuaciones por separado darían lugar a prejuicios y resultados contradictorios. Al considerar que la orden de consolidación del tribunal de distrito resolvería este problema, el tribunal de apelaciones ratificó la orden.^{cccxi}

Aunque el tribunal no necesitó ir más lejos al constatar que la adenda número dos creaba una relación contractual entre todas las partes y adoptó el razonamiento del caso Vigo, que sostenía que los artículos 42 (a) y 81 (a)(3) del Reglamento Federal de Procedimientos Civiles otorgaban facultades para ordenar la consolidación cuando se planteaban cuestiones comunes de derecho y, de hecho.^{cccxi} El tribunal consideró que el uso del Reglamento Federal de Procedimientos Civiles era completamente coherente con la FAA en el sentido de que "los propósitos liberales de la Ley Federal de Arbitraje establecen claramente que esta ley debe interpretarse de manera que permita... la consolidación de los procedimientos de arbitraje en los casos apropiados, como el que tenemos ante nosotros". ^{cccxiii}

Aplicando el Reglamento Federal de Procedimientos Civiles con una interpretación liberal de la FAA, el tribunal sostuvo que se podía ordenar la consolidación incluso en ausencia de relación contractual entre las partes. El tribunal del caso Nereus, a diferencia del tribunal del caso Vigo, sí abordó la importancia de los términos y condiciones de la cláusula de arbitraje. La principal preocupación del tribunal fue la disposición sobre la selección de los árbitros.^{cccxiv} Dado que la cláusula de arbitraje establecía que toda controversia sería examinada por un panel de tres miembros, en el que cada parte seleccionaría a uno de los miembros, el tribunal estimó que esta disposición no podía aplicarse equitativamente cuando en el arbitraje intervinieran más de dos partes.^{cccxi} El tribunal reconoció el hecho de que el estricto cumplimiento de esta disposición, como en el caso Vigo, conduciría a la dilución del poder de las partes y, en efecto, volvería a formular la cláusula de arbitraje.

En un esfuerzo por lograr resultados más equitativos, el tribunal ordenó que el procedimiento consolidado lo conociera un panel de cinco miembros.^{cccxi} Según este método, cada parte seleccionaría un árbitro y los tres árbitros designados debidamente por cada una de ellas seleccionarían de forma conjunta a los otros dos árbitros. Al ordenar que los arbitrajes procedieran ante un panel de cinco miembros, el tribunal declaró que:

Habiendo considerado detenidamente una variedad de alternativas para la composición del panel y para la selección de sus miembros, estamos convencidos de que el método que hemos elegido es el único que dará a cada una de las partes un trato justo y equitativo.... Creemos que es importante que cada una de las partes tenga su propio representante, disposición que también figura en el contrato ...cccxvii

El intento del tribunal de hacer efectivos los contratos de las partes, aunque admirable, tiene en el mejor de los casos, un efecto limitado.

Aunque la decisión del tribunal del caso Nereus conserva intacta la facultad de las partes de nombrar a los árbitros, se han planteado muchas cuestiones con respecto tanto a la conveniencia como a la viabilidad de ampliar el número de miembros del panel de arbitraje.^{cccxviii}

Si bien un grupo especial de cinco miembros puede resultar eficiente en el caso de que sólo tres partes estén involucradas en la controversia, el escenario se complica a medida que aumenta el número de partes en la controversia.

La duda surgió si el tribunal estaría dispuesto a ampliar el tamaño del panel de arbitraje indefinidamente para adaptarse a todas las partes.^{cccxi} "¿Debería el sistema multiplicarse infinitamente para tener, digamos, siete o nueve árbitros cuando se ordena a cuatro o cinco partes que consoliden sus procedimientos de arbitraje?"^{cccxx} Dado que tal solución no es práctica, parece que el tribunal tendría que abordar estas situaciones de manera ad hoc. Esto crea incertidumbre y hace que resulte incierto si las partes pudieran conservar la facultad de nombrar un árbitro si se ordenara la acumulación en controversias en las que intervienen más de cuatro partes.

Además de los problemas inherentes a la metodología de utilización del grupo de cinco miembros, la utilización del grupo en condiciones similares a las de los hechos en el caso Nereus crea cuestiones adicionales. Cuando un tribunal ordena que un panel de cinco miembros presida las actuaciones, la disposición sobre la selección del panel prevista en el contrato de arbitraje bilateral necesariamente se modifica. Por lo tanto, cuando la cláusula de arbitraje prevé un método específico de nombramiento del panel, la composición del tribunal arbitral de cinco miembros no se ajusta a lo establecido en dicha cláusula.

Sin embargo, no se definió adecuadamente el alcance de las facultades de un tribunal ni hasta dónde estarían dispuestos a llegar los partidarios de la consolidación a favor de la economía y la eficiencia.

La necesidad de eficiencia y coherencia en el proceso arbitral, si bien es importante, no ha sido la cuestión primordial para los tribunales que se han negado a ordenar arbitrajes consolidados. Como se ha señalado anteriormente, los tribunales que ordenan arbitrajes consolidados han sostenido "que los propósitos liberales de la Ley Federal de Arbitraje requieren que la ley se interprete de manera que permita e incluso fomente la consolidación de los procedimientos de arbitraje en los casos apropiados".cccxi

Los tribunales que se han negado a ordenar la consolidación sostienen que el artículo cuatro de la Ley Federal de Arbitraje les prohíbe consolidar procedimientos sin el consentimiento expreso de las partes. Estos tribunales sostienen que, en la medida en que la cláusula de arbitraje es un elemento del contrato, no se puede imponer el arbitraje entre partes que no estén en vinculadas contractualmente sin el consentimiento expreso de las mismas. Por lo tanto, sostienen que la invocación de los "propósitos liberales" de la FAA está fuera de lugar.cccxii

A la luz del análisis del tribunal, el uso de las Reglas Federales para efectuar la consolidación cuando no hay un acuerdo entre las partes es inapropiado.

Ya que la cláusula de arbitraje contenía sólo una oración y no hacía referencia a la selección de los árbitros, el tribunal consideró que conforme a lo dispuesto, se estaba obligado a nombrar un único árbitro para conocer cada una de las controversias por separado. El tribunal sostuvo además que, aunque no estaba facultado, en virtud del artículo 4 del título 9 del Código de los Estados Unidos, (9 U.S.C. §4) para ordenar la consolidación, la ley no le impedía nombrar al mismo árbitro para que presidiera las distintas actuaciones. El tribunal evitó excederse en su autoridad ordenando la consolidación, pero se mantuvo atento a la necesidad de que los resultados y la eficiencia de las actuaciones fueran uniformes.

Al señalar que un solo árbitro podría determinar mejor si se debían consolidar las dos acciones o no, el tribunal dejó sin respuesta la cuestión de si ejecutaría un laudo arbitral resultante de un procedimiento consolidado no previsto en las cláusulas de arbitraje o no. Probablemente la intención del tribunal era que el árbitro tuviera la facultad de ordenar la consolidación de acuerdo con la ley estatal, ya que los acuerdos de arbitraje estipulaban que toda controversia se resolvería conforme a las leyes de Nueva York. Sin embargo, si tal es el caso, el tribunal puede haberse precipitado al pasar por alto el hecho de que, según la legislación de Nueva York, es el tribunal y no el árbitro quien debe tomar la decisión de ordenar la consolidación en el 'delicado y sabio ejercicio de la potestad discrecional judicial'.

Además, esta solución puede no ser práctica en los arbitrajes dirigidos por una de las principales instituciones. Como ya se ha dicho, ninguna de las instituciones arbitrales fundamentales tiene normas generales de consolidación que permitan al árbitro ordenar la consolidación sin el consentimiento expreso de las partes. Por lo tanto, la sugerencia del tribunal de que el árbitro sea el que ordene la consolidación puede no ser posible si no existe una fuente legal o contractual que señale dicha facultad.

Si bien el tribunal no proporcionó un plan detallado sobre la forma en que el árbitro podría efectuar la consolidación, su determinación de que sólo el árbitro puede ordenar la consolidación probablemente sea mejor recibida por los opositores de la consolidación ordenada por el tribunal que sostienen que "las cuestiones de procedimiento como la consolidación son propiamente de la incumbencia de un panel arbitral debidamente designado".

Cabe señalar, sin embargo, que cualquier otra cosa que no sea una interpretación estricta de la FAA sería contraria a la razón de que el estatuto pretende crear uniformidad y previsibilidad entre partes de diferentes nacionalidades.

C) Leyes estatales, caso de Massachusetts

El estado de Massachusetts han enmendado sus estatutos de arbitraje para otorgar facultades estatutarias a los tribunales en materia de consolidación ordenada por los tribunales.

1. Massachusetts

En 1977 se reformó la Ley de Arbitraje Uniforme vigente en el estado de Massachusettscccxxiii (Massachusetts Uniform Arbitration Act) para disponer que:

La parte perjudicada por el hecho de que otra parte no haya aceptado o se haya negado a aceptar la consolidación de un procedimiento de arbitraje con otro u otros, para lo cual el método de designación del árbitro o los árbitros sea el mismo, o a separar un procedimiento de arbitraje de otro u otros, podrá solicitar al tribunal superior una orden que permita dicha consolidación o separación. El tribunal procederá sumariamente a la determinación de la cuestión así planteada. Si la demandante, en virtud de la sección veintinueve del capítulo ciento cuarenta y nueve, solicita una orden de consolidación o de separación de tales actuaciones, la cuestión se decidirá conforme a las disposiciones aplicables de dicha sección veintinueve del capítulo ciento cuarenta y nueve que son las que rigen la consolidación o la separación de tales actuaciones; de lo contrario, la cuestión

se decidirá según las Reglas de Procedimientos Civiles vigentes en el estado de Massachusetts que son las que rigen la consolidación y la separación de los juicios, por lo que el tribunal emitirá una orden en ese tenor. Ninguna disposición de ningún acuerdo de arbitraje impedirá o evitará la acción de la corte en virtud de esta sección.cccxxiv

Dos aspectos importantes del estatuto son las disposiciones que estipulan que: 1) el método de designación de los árbitros debe ser el mismo en los respectivos acuerdos; y 2) que las partes no son libres de optar por no incluir la consolidación por acuerdo contractual. Estas disposiciones son algo incoherentes con respecto a los objetivos que se persiguen. Por una parte, el estatuto trata de preservar los derechos de las partes para determinar y contratar libremente un método específico de selección de paneles.

Por otra, la ley frustra la libertad de voluntad al no permitir que las partes especifiquen contractualmente su deseo de no consolidación. Al prohibir a las partes poder renunciar a la disposición de consolidación por acuerdo contractual, el estatuto va más allá del caso *Nereus* y sirve para frustrar totalmente el principio básico de la libertad de contratar. De hecho, ningún tribunal ha ordenado la consolidación en los casos en que ese procedimiento se excluyó específicamente por acuerdo contractual.

El estatuto de Massachusetts fue redactado por la Asociación de Subcontratistas de Massachusetts en respuesta directa a la enmienda de 1976 del documento de formulario estándar de la AIA que prohíbe la consolidación sin el consentimiento expreso por escrito.cccxxv La ley de Massachusetts fue particularmente importante para los especialistas internacionales a la luz de la decisión del Tribunal de Apelación del Primer Circuito la cual sostuvo que la disposición de consolidación de Massachusetts sí era aplicable a los arbitrajes regidos por la FAA.

Por su lado, el juez Seyla, al abordar la parte de la opinión del tribunal que sostiene que la ley estatal es aplicable en virtud de la FAA, disintió diciendo:

Al dejar las dimensiones del acuerdo modificado a los caprichos de la ley estatal, la mayoría degrada la naturaleza federal por excelencia [sic] de la regla de decisión. En mi opinión, el recurso judicial sustentado en una mezcla de leyes estatales de arbitraje diferentes contrarresta los objetivos de la Ley Federal de Arbitraje. Dicho de otro modo, superponer la política a favor de la consolidación de Massachusetts a los deseos expresados por las partes contratantes exalta indebidamente la ley estatal y, en el proceso, subvierte el concepto de "crear un cuerpo de derecho sustantivo federal de arbitrabilidad, aplicable a cualquier acuerdo de arbitraje dentro de la cobertura de la Ley".

En mi opinión, el Congreso no pretendía que, [conforme al proverbio árabe] el camello de la ley estatal pudiera meter la nariz de forma tan obvia en la casa de campaña de la ley federal.cccxxvi

El razonamiento de la disidencia del Juez Selya pareció ser el más persuasivo. Ya que las leyes de arbitraje varían a lo largo de todos los estados, el especialista internacional, o para el caso, el especialista nacional que se ocupa de los arbitrajes regidos por la FAA no podría basarse en la FAA para redactar una cláusula de arbitraje. Esto provocaría una gran incertidumbre en el proceso de arbitraje, porque al redactar la cláusula de arbitraje los abogados no podrían determinar de antemano la ley aplicable que regiría la resolución de las controversias. A este respecto, parece que la intención de la FAA de crear un cuerpo de leyes uniforme se frustra. Como señala el Juez Selya, los especialistas deben tener el derecho de recurrir a la FAA en los arbitrajes que se rigen por esa Ley.

IV. ARBITRAJES CONSOLIDADOS Y EJECUCIÓN DE LAUDOS EN EL MARCO DE LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK

El reconocimiento y la ejecución de los laudos arbitrales extranjeros es esencial para la utilización del arbitraje como mecanismo de solución de conflictos en el contexto de las transacciones comerciales internacionales. El arbitraje sería un método inaceptable de solución de conflictos si la exigibilidad de los laudos fuera incierta o se determinara de manera ad hoc. Evidentemente, no tendría sentido que una parte firmara un acuerdo de arbitraje si el laudo arbitral no tuviera un efecto vinculante. Por consiguiente, el éxito del arbitraje internacional depende en gran medida de la exigibilidad del laudo resultante. Con ese fin, los Estados Unidos, además de aproximadamente 162 jurisdicciones, han adoptado la Convención de las Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras ("Convención de Nueva York").cccxxvii

La introducción de la consolidación obligatoria en un procedimiento de arbitraje internacional crea un elemento de incertidumbre en relación con el reconocimiento y la ejecución de los laudos arbitrales extranjeros. Concretamente, no se sabe con certeza si un laudo resultante de una consolidación obligatoria sea exigible en virtud de lo dispuesto en la Convención de Nueva York.cccxxviii Si un laudo de este tipo no es exigible, la consolidación obligatoria se tornaría una característica desestabilizadora en el ámbito del arbitraje internacional, frustrando así los objetivos del propio proceso arbitral.

Analizando la Convención de Nueva York se observan dos disposiciones que pueden constituir obstáculos al reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras.

Concretamente, las jurisdicciones que no favorecen la consolidación obligatoria podrían denegar la ejecución de esos laudos en virtud de los artículos V(1)(d) o V (2)(b). Si bien la mayoría de los comentarios en esta materia se han centrado casi exclusivamente en el apartado d) del párrafo 1 del artículo V, el examen de la segunda disposición es igualmente importante.

El apartado d) del párrafo 1 del artículo V de la Convención de Nueva York señala que:

1. El reconocimiento y la ejecución de la sentencia podrá denegarse, a petición de la parte contra la que se invoca, únicamente si ésta aporta a la autoridad competente a la que se solicita el reconocimiento y la ejecución la prueba de que:

(d) La composición de la autoridad arbitral, o el procedimiento arbitral, no se ajustó al convenio entre las partes o, a falta de tal convenio, no se ajustó a la legislación del país en que se celebró el arbitraje.cccxxix

El alcance del artículo V(1)(d) es claro e inequívoco. Cuando la composición del panel arbitral o el procedimiento que rige las actuaciones no se ajusten al acuerdo de las partes, cualquiera de los Estados podrá denegar la ejecución del laudo resultante. Como se ha señalado anteriormente, la consolidación obligatoria necesariamente modificaría los contratos que las partes celebraron. Si en la cláusula de arbitraje se prevé una cláusula de selección del panel, ésta se reformula necesariamente cuando se efectúa la consolidación obligatoria u ordenada. Así pues, ni la composición del panel arbitral ni el procedimiento que rige el procedimiento se ajustan a los acuerdos de las partes.

Con el argumento de que el artículo V(1)(d) no impedirá la ejecución de un laudo consolidado, los defensores de la consolidación obligatoria u ordenada sostuvieron que "cuando las partes acuerdan arbitrar en una jurisdicción determinada, el acuerdo implica que también acuerdan la aplicabilidad de la ley de arbitraje de esa jurisdicción".cccxxx Si la ley de arbitraje incluye la posibilidad de la consolidación judicial de los arbitrajes relacionados, esa posibilidad forma parte de su acuerdo. Si bien este argumento parece ser persuasivo a primera vista, al examinarlo más de cerca se observa un grave defecto en su razonamiento. Concretamente, este argumento presupone que la disposición sobre la elección de la ley y la disposición sobre la elección del foro contenida en un acuerdo de arbitraje son una misma. Sin embargo, es evidente que no es el caso. Las disposiciones sobre la elección de la ley y la elección del foro son distintas y separadas y representan cláusulas negociadas independientemente. Este hecho se desprende claramente del texto del propio apartado d) del párrafo 1 del artículo V, en el que se dispone que sólo se recurrirá a la ley del país en el que se celebre el arbitraje cuando no exista un acuerdo entre las partes.

Cuando el acuerdo de las partes prevea la composición del tribunal arbitral, el Estado ejecutor no podrá hacer caso omiso de ese acuerdo. En realidad, el Estado ejecutor sólo puede recurrir a la ley del foro cuando las partes no se pronuncien sobre la composición del tribunal arbitral.

Los defensores de la consolidación obligatoria u ordenada intentaron desvirtuar el significado del apartado d) del párrafo 1 del artículo V haciendo caso omiso del lenguaje real de la limitación y centrando su atención en la interpretación que debe darse a la misma. Esto parece ser un oxímoron, ya que la interpretación de la disposición debe comenzar necesariamente con su lenguaje. Sin embargo, incluso si se hace una lectura liberal de la disposición, es difícil imaginar cómo se podría avanzar en contra del lenguaje explícito contenido en el propio artículo.

El siguiente obstáculo potencial para la ejecución de una sentencia en virtud de la Convención de Nueva York es el apartado b) del párrafo 2) del artículo V. En él se dispone que:

(2) El reconocimiento y la ejecución de un laudo arbitral también podrá denegarse si la autoridad competente del país en el que se pide el reconocimiento y la ejecución considera que:

(b) El reconocimiento o la ejecución del laudo sería contrario al orden público de ese país.cccxxxi

En virtud de esta disposición, los países que percibiesen la consolidación ordenada por los tribunales como una infracción de los derechos contractuales de las partes podrían negarse a ejecutar el laudo basándose en que el orden público consiste en hacer valer la libertad de contrato.

La interpretación de la disposición sobre el orden público variará un poco necesariamente de una jurisdicción a otra, pero no debiera sorprender que algunas jurisdicciones consideren que la reformulación de los contratos entre las partes es una violación del orden público.

Ante los posibles obstáculos para la ejecución de las sentencias en virtud de la Convención de Nueva York, una interrogante lógica es si se debe obligar a la consolidación si la sentencia no puede ser reconocida en la jurisdicción correspondiente. Aunque los tribunales federales de los Estados Unidos posiblemente habrían respondido afirmativamente a esta pregunta al tratar otras cuestiones, no parece tener sentido emplear un dispositivo procesal cuyo laudo no tenga ningún efecto.

En un análisis final, un comentarista declaró que:

Las deficiencias de la consolidación en los casos en que al solicitar la ejecución en el extranjero aumenta el riesgo de que se entablen nuevos litigios, van en contra de los objetivos de facilitar y agilizar el proceso de ejecución y reconocimiento de los laudos arbitrales que dan origen a la Convención de Nueva York y, a la larga, quebrantan la ... confianza ... en el arbitraje comercial internacional.cccxxxii

V. ACTUALIDAD SOBRE LA CONSOLIDACION DE ARBITRAJES INSTITUCIONALES

Como se ha señalado anteriormente, puede ser muy difícil para los tribunales de arbitraje consolidar múltiples arbitrajes sin el consentimiento de las partes, en particular en las operaciones en las que hay numerosos contratos.

Es de todos conocido que el consentimiento es la piedra angular de cualquier arbitraje. Las partes en un arbitraje renuncian efectivamente a su derecho a que sus disputas sean conocidas por un tribunal y deciden a favor del arbitraje. Sin el consentimiento de todas las partes en el arbitraje - ya sea en forma de una cláusula de arbitraje prevista en un contrato o en forma de un acuerdo de sumisión al arbitraje en caso de que surja una controversia - no puede llevarse a cabo el arbitraje. Este requisito de consentimiento puede hacer muy difícil la consolidación de múltiples procedimientos de arbitraje en uno solo cuando hay varios contratos en una misma operación.

Por ejemplo, puede ocurrir que las operaciones en las que haya más de un contrato, no todos contengan cláusulas de arbitraje. De hecho, en muchas operaciones de contratos múltiples cada contrato individual se negocia a veces por separado del resto, con la participación de diferentes partes que quizá no estén dispuestas a que sus controversias se resuelvan mediante arbitraje.

En estas circunstancias, la consolidación de las controversias ante un solo tribunal arbitral es prácticamente imposible.

A) Consolidación en Virtud de las Normas de Arbitraje

Conscientes de los problemas que plantea la consolidación de los arbitrajes, en los últimos años varias instituciones de arbitraje han tratado de remediar la situación implantando procedimientos de consolidación. El Dr. González de Cossío lo define como:

...Con la finalidad de evitar la repetición innecesaria de pasos en los que se ventilen los mismos puntos por diferentes árbitros, lo cual encarecería la solución de controversias y abriría la posibilidad de decisiones contradictorias.cccxxxiii

Sin embargo, muchos reglamentos de arbitraje todavía no contienen procedimientos para la consolidación sin el consentimiento de las partes. Por ejemplo, el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI -probablemente el conjunto de normas ad hoc más utilizado en el arbitraje internacional- no contiene ninguna disposición sobre la consolidación de arbitrajes múltiples con o sin el consentimiento de las partes. Por consiguiente, la consolidación sin el consentimiento de las partes es todo un reto siguiendo el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI.

El Reglamento de Arbitraje de la London Court of International Arbitration (LCIA) incluye disposiciones relativas a la consolidación de procedimientos de arbitraje múltiples. Sin embargo, este reglamento sólo permite la consolidación cuando todas las partes que van a participar en el arbitraje así lo consientencccxxiv o cuando todas las partes en el arbitraje no consienten, pero se cumplen todos los criterios señalados a continuación:



- los arbitrajes que se van a consolidar están regidos por el mismo acuerdo de arbitraje o por acuerdos de arbitraje compatibles;
- los arbitrajes que se consolidarán son entre las mismas partes en conflicto; y
- no se ha formado aún ningún tribunal para el arbitraje de ninguno de los casos a consolidarse.cccxxv

Si bien esto puede ser de cierta ayuda en algunos casos, sólo funciona en un conjunto muy limitado de circunstancias y no sirve de ayuda en operaciones en las que hay contratos múltiples y por lo tanto en las que intervienen muchas partes distintas.

El Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (ICC) establece disposiciones similares para la consolidación. En particular, establece que la Corte de la ICC puede consolidar dos o más arbitrajes pendientes bajo el Reglamento de la ICC siempre y cuando las partes hayan acordado la consolidación; todas las demandas en los arbitrajes tengan que ver con el mismo acuerdo de arbitraje; o para el caso en que las demandas en los arbitrajes tengan que ver con más de un acuerdo de arbitraje, los arbitrajes sean entre las mismas partes, las controversias en los arbitrajes sean resultado de la misma relación jurídica y la Corte de la ICC considere que los acuerdos de arbitraje son compatibles.^{cccxxxvi}

Sin embargo, la consolidación sólo sería posible en circunstancias muy limitadas: es decir, solo si todos los arbitrajes en cuestión están regidos por el Reglamento de la ICC, son entre las mismas partes y los acuerdos de arbitraje son compatibles.

El Reglamento del *International Centre for Dispute Resolution* (ICDR) también establece disposiciones similares para la consolidación. Señala que cuando así se solicite, el ICDR podrá nombrar un "árbitro de consolidación" quien tendrá la facultad de consolidar dos o más arbitrajes pendientes conforme al Reglamento del ICDR (u otras normas de arbitraje administradas por el ICDR o la AAA) si las partes acordaron la consolidación; todas las demandas proceden del mismo acuerdo de arbitraje; o los arbitrajes involucran a las mismas partes; las disputas surgen en relación con la misma relación legal y los acuerdos de arbitraje son compatibles.^{cccxxvii}

La legislación relativa a la consolidación de las actuaciones arbitrales varía considerablemente en los Estados Unidos, tanto a nivel federal como estatal. La Ley federal de arbitraje *Federal Arbitration Act* (FAA)^{cccxxxviii} no contempla en sus disposiciones la consolidación. Algunos tribunales federales han adoptado una interpretación más liberal como lo mencionamos con anterioridad y sostienen que la consolidación "es adecuada cuando hay cuestiones comunes de derecho o de hecho y la posibilidad de que se dicten sentencias contradictorias o resultados incongruentes". En resumen, en los Estados Unidos existe mucha indecisión en cuanto a si se requiere el consentimiento para consolidar múltiples procedimientos de arbitraje.

VI. CONCLUSIÓN

Si bien las controversias entre varias partes siguen planteando dificultades para el especialista internacional, la solución no radica en la consolidación obligatoria. Ese dispositivo va en contra de los objetivos fundamentales del proceso arbitral, que trata de limitar la intervención judicial y establecer un mecanismo autónomo de solución de conflictos.

Los conflictos entre múltiples partes son una característica bastante común de los contratos entre muchas partes. Por consiguiente, se debe anticipar y prever de forma más explícita en las respectivas cláusulas de arbitraje qué se hará en caso de un conflicto entre varias partes. Se debe exigir a las partes en esos acuerdos que decidan de antemano si se deben consolidar o no los arbitrajes en caso de una controversia entre varias partes. Permitir que una parte que ha pactado un método de arbitraje solicite posteriormente al tribunal un método alternativo porque ha determinado que el método que había acordado previamente ya no sirve a sus intereses particulares socava el concepto fundamental de que la cláusula de arbitraje se celebra voluntariamente tomando en consideración que se está asignando un riesgo contractual.

Un método más aceptable para protegerse de los problemas de las controversias entre varias partes es que las partes incluyeran o excluyeran la consolidación en una cláusula describiendo el arbitraje de su elección desde el momento en que celebran el contrato. Ese acuerdo podría hacerse en el contrato principal e incorporarse por referencia en los diversos subcontratos.

Otra alternativa a la consolidación obligatoria sería que las instituciones de arbitraje más importantes incluyeran en sus reglamentos disposiciones que previeran la consolidación obligatoria en caso de una controversia entre varias partes. Sin embargo, de conformidad con el principio fundamental de la libertad de contratación, esas disposiciones tendrían que incluir la posibilidad de que las partes opten por no acogerse a la norma desde el momento en que celebren el contrato. El requisito de exclusión, en lugar del requisito de inclusión, no supondría una carga onerosa para ninguna de las partes ni supondría ninguna sorpresa cuando surgiera un conflicto. Se supone que todas las partes que negocian en igualdad de condiciones han leído y entendido las reglas que se incorporan al contrato que han firmado. Así pues, si las reglas institucionales contienen una disposición de consolidación obligatoria y las partes en su contrato no la excluyen expresamente, los tribunales pueden ordenar la consolidación en caso de una controversia entre varias partes

La previsibilidad de las controversias entre múltiples partes en los contratos multi-partes ofrece a los contratantes la oportunidad de evitar complicaciones innecesarias y hace innecesaria la consolidación obligatoria u ordenada por los tribunales. Un acuerdo de arbitraje representa una asignación contractual de riesgo que ambas partes han negociado y no debe alterarse por el mero hecho de que una de las partes no esté satisfecha con el acuerdo que ha alcanzado. La necesidad del reconocimiento y la ejecución uniformes de los laudos y la inviolabilidad del contrato celebrado entre las partes superan los beneficios mínimos que confiere la consolidación ordenada por el tribunal.

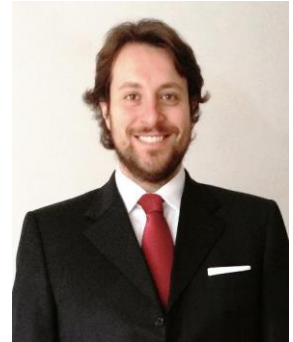
En última instancia, para que la consolidación se efectúe de conformidad con los principios subyacentes del proceso arbitral, debe ser asumida voluntariamente por las partes desde el momento en el que celebran el contrato. Cuando las partes tienen la intención de entablar un procedimiento consolidado en caso de una controversia entre varias partes, se debe prever contingencias tales como métodos alternativos de selección del panel, elección alternativa de ley y elección alternativa de procedimiento. Además, las partes deben considerar la posibilidad de limitar el alcance de la cadena de confidencialidad en la que desean que se consoliden las controversias, así como establecer límites claros e inequívocos sobre cuán ajena puede ser una parte en relación con el contrato original como para tener derecho a participar en un procedimiento consolidado. De esta manera se pueden preservar en la mayor medida posible las características básicas de la autogestión y la previsibilidad.

BIBLIOGRAFIA

- Hanotiau, Bernard. JOINDER OF PARTIES AND JOINDER CLAIMS: VOLUNTARY AND COMPELLED INTERVENTION OF THIRD PARTIES-CROSS CLAIMS AND CONSOLIDATION. International Arbitration Law Library, Vol 14 pg 185-188
- AT&T Technologies, Inc. v. Communication workers of America, 475 US 643 (1986)
- DOMKE, Martin. DOMKE ON COMMERCIAL ARBITRATION, edit Callaghan (1984)
- Dean Witter Reynolds Inc. v. Byrd, 470 US 213, 217 (1985)
- Gamer, Bryan A., BLACKS'S LAW DICTIONARY (5th. Ed. 1999)
- Hascher, Dominique. CONSOLIDATION ON ARBITRATION BY AMERICAN COURTS: FOSTERING OR HAMPERING INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION? Harvard Law School Library. 127, 136 (1984).
- Stipanowich, Thomas J. ARBITRATION AND THE MULTIPARTY DISPUTE: THE SEARCH OF WORKABLE SOLUTIONS, vol. 72 (1987)
- [https://www.adr.org/search/adr?keys=commercial arbitration rules &page=4](https://www.adr.org/search/adr?keys=commercial%20arbitration%20rules&page=4). AAA Rules
- [https://casetext.com/Vigo Steamship Corp. vs. Marship Corp. de Monrovia](https://casetext.com/Vigo%20Steamship%20Corp.%20vs.%20Marship%20Corp.%20de%20Monrovia) 400 US 819 (1970)
- <https://www.nysenate.gov/legislation/laws/CVP/7501>
- Maritime actions are governed under the Federal Arbitration Act 9 USC § 1 (1998).
- [https://casetext.com/2d Cir. 1975 US 936](https://casetext.com/2d%20Cir.%201975%20US%20936)
- Federal Rules of Civil Procedure 42 (a)
- <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/527/966/309637/>
- <https://malegislature.gov/laws/generallaws/partiii/titleiv/chapter251>. MASSACHUSETTS GENERAL LAW ch. 251 §1-19 (1988)
- Convencion para el Reconocimiento y Ejecución de Laudos Extranjeros (Convencion de Nueva York) 1958
- Van der Berg, Albert Jan. *Consolidated Arbitrations and the New York Convention* (1986)
- Gonzalez de Cossio, Francisco. ARBITRAJE 2018. Edit. Porrúa Pg 395 [http://www/lcia.org/Dispute Resolution Services/lcia-arbitration-rules-2014.aspx](http://www/lcia.org/Dispute%20Resolution%20Services/lcia-arbitration-rules-2014.aspx)
- London Court for International Arbitration Art. 22.1 y Art. 22.6
<http://cdn.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2017/ICC-2017-Arbitration-and-2014-mediation-rules-english-version.pdf>
http://www.icdr.org/site/default/files/document_repository/ICDR_rules.pdf

- ¹ Ver, Joinder of Parties and Joinder Claims: Voluntary and Compelled Intervention of Third Parties-cross claims and Consolidation, Bernard Hanotiau, International Arbitration Law Library, Vol 14 pg 185-188
- ² Ver, AT&T Technologies, Inc. v. Communication workers of America, 475 US 643 (1986)
- ³ M. DOMKE, DOMKE ON COMMERCIAL ARBITRATION §1:01 (1984)
- ⁴ Ver Dean Witter Reynolds Inc. v. Byrd, 470 US 213, 217 (1985)
- ⁵ BLACKS'S LAW DICTIONARY (5th. Ed. 1983)
- ⁶ Ver Hascher, *Consolidation on Arbitration by American Courts: Fostering or Hampering International Commercial Arbitration?* 127, 136 (1984).
- ⁷ Ver Stipanowich, *Arbitration and the Multiparty Dispute: The Search of Workable Solutions*, 72 (1987)
- ⁸ *id* 506 (1987)
- ⁹ AAA Arbitration Rules, administrated by the AAA under 1974 New York Insurance Law§671
- ¹⁰ Ver Hascher, *Consolidation of arbitration by American Courts* (1984)
- ¹¹ *id* (1984)
- ¹² *id* (1984)
- ¹³ *id* (1984)
- ¹⁴ Ver Vigo Steamship Corp. vs. Marship Corp. de Monrovia 400 US 819 (1970)
- ¹⁵ Civil Practice Act, section 1459 (1977)
- ¹⁶ Maritime actions are governed under the Federal Arbitration 9 USC § 1 (1998).
- ¹⁷ *Vigo* 26 N.Y. 162-168
- ¹⁸ Ver Hascher, 132
- ¹⁹ 2d Cir. 1975 US 936
- ²⁰ *id*. El fletador, con un contrato marítimo de tres años para la transportación de 600,000 toneladas de productos petroleros desde el Golfo Pérsico a Europa y Mediterráneo. US 969
- ²¹ *id*. 969-70. Esta provision era sujeto al requerimiento que el propietario otorgara al aval por escrito sobre la falta cometido por el fletador.
- ²² *id*. pg 970
- ²³ *id*. pg 975
- ²⁴ Federal Rules of Civil Procedure 42 (a)
- ²⁵ Nereus, 527, pg 975
- ²⁶ *id*
- ²⁷ *id*
- ²⁸ *id*
- ²⁹ *id*
- ³⁰ Ver Hascher, pg 136
- ³¹ Ver Hascher, pg 136
- ³² *id*
- ³³ Compania Espanola de Petroleum S.A. vs. Verus Shipping Co. US 1061 (1984)
- ³⁴ *id*
- ³⁵ MASSACHUSETTS GENERAL LAW ch. 251 §1-19 (1988)
- ³⁶ *id* §2A
- ³⁷ Ver Hascher pg138-39
- ³⁸ *id* 10
- ³⁹ Convencion para el Reconocimiento y Ejecución de Laudos Extranjeros (Convencion de Nueva York) 1958
- ⁴⁰ Ver Van der Berg, *Consolidated Arbitrations and the New York Convention* (1986)
- ⁴¹ Convencion de Nueva York art. V (1) (d)
- ⁴² Van der Berg, Convencion de Nueva York 1958
- ⁴³ Convención de Nueva York art V (2)(b)
- ⁴⁴ Ver Hascher pg 138
- ⁴⁵ Ver, Gonzalez de Cossio, *Arbitraje* 2018. Pg 395
- ⁴⁶ http://www/lcia.org/Dispute_Resolution_Services/lcia-arbitrtion-rules-2014.aspx
- ⁴⁷ London Court for International Arbitration Art. 22.1 y Art. 22.6
- ⁴⁸ <http://cdn.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2017/ICC-2017-Arbitration-and-2014-mediation-rules-english-version.pdf>
- ⁴⁹ http://www.icdr.org/site/default/files/document_repository/ICDR_rules.pdf
- ⁵⁰ FAA 9USCA 1-16

El arbitraje financiero



Paolo Salerno

Introducción

El arbitraje es un instrumento de resolución de controversias que se ha desarrollado a lo largo de los siglos como alternativa a los tribunales y a las cortes locales^{cccxxxix}.

Es evidente que su posición se ha venido reforzando en el último siglo, sobre todo a raíz de la constante internacionalización de los mercados y del creciente intercambio de bienes y de servicios que empresas y estados de diferentes lados del mundo realizan entre sí. Esta situación ha requerido siempre más la búsqueda y la intervención de un instrumento neutral, que permita a las partes involucradas resolver sus disputas, en la medida de lo posible, de la forma más segura, imparcial y especializada que se pueda.

En esta óptica y con estos requerimientos, sin lugar a duda el arbitraje, especialmente el comercial internacional, gracias al impulso de la Cámara de Comercio Internacional (en adelante “ICC” por su sigla en inglés)^{cccxi} y de Naciones Unidas^{cccxii}, desde mitad del siglo XX ha incrementado notablemente su posicionamiento estratégico, tomando siempre más espacio como medio alternativo de resolución de controversias en los contratos celebrados entre empresas y estados de diferentes nacionalidad, sobre todo a la luz del establecimiento de un marco legal común en materia y que su aplicación y, sobre todo, su resolución y ejecución se hayan hecho obligatorias y vinculantes para las partes que se someten al mismo, independientemente del país en el cual se hubieran desarrollado los hechos y de cual haya sido la sede en la cual se haya resuelto el procedimiento de arbitraje.

El arbitraje, siguiendo la sugerencia del Dr. González de Cossío^{cccxlvi}, puede ser definido como la institución a través de la cual un tercero, el árbitro, resuelve el problema por el cual dos o más partes se están contraponiendo, atendiendo al mandato jurisdiccional que las mismas le han conferido^{cccxlvi}.

En esta definición se recogen de forma extremadamente perfecta todos los elementos claves propios del arbitraje: la voluntad de las partes, la resolución de un conflicto y la participación de un tercero elegido por las partes para obtener esa resolución. Si a la misma se les añade lo que se indicó anteriormente, es decir, una regulación homogénea del arbitraje sobre la cual las partes pueden defender sus intereses, la autonomía de la misma respecto al derecho local y de la sede en la cual se dicte el laudo, se entiende el motivo por el cual esta figura se haya ido afirmando a lo largo del último siglo.

De acuerdo con cuanto expuesto, el arbitraje se concentra en las resoluciones de conflictos relativos a asuntos principalmente comerciales entre entidades públicas y/o privadas. Ahora bien, es de fundamental importancia evidenciar un aspecto clave del arbitraje: su utilización se presta y se enfoca principalmente a la resolución de problemáticas inherentes a negocios complejos en los cuales se requiere de figuras altamente especializadas que puedan entender y resolver de la mejor forma posible el asunto. Con esto no se quiere de ninguna forma disminuir la figura y el inmenso trabajo que realizan cada día los jueces, pero, los mismos no pueden ser todólogos ni contar con días de ochentas horas^{cccxlvi}, y, especialmente determinadas operaciones que tienen un nivel de complejidad realmente elevado se necesitan de especialistas que tengan un grado de conocimiento de la materia que vaya más allá de lo que puede tener un juez promedio. Es decir, con palabras de González de Cossío: “Entre más se complica la realidad, más se requiere de instrumentos que permitan confeccionar formas de resolver problemas delicados en forma sofisticada y costo-eficiente”^{cccxlvi}.

Definido *grosso modo* como se encuadra la figura del arbitraje en el panorama de las resoluciones de las controversias, y, sobre todo, evidenciada cuál es su importancia y su razón de ser, el presente trabajo se enfocará en describir la estructura, el funcionamiento y el alcance del arbitraje financiero.

Es oportuno indicar desde ahora que la figura del arbitraje financiero es *sui generis* y que su difusión y utilización se ha implementado en los últimos años, a diferencia de otras tipologías de arbitrajes. Así, la doctrina en materia no es todavía muy extensa, por lo tanto, el autor ha decidido seguir el camino trazado en materia a raíz de la investigación realizada en 2014 por un grupo de trabajo de la ICC relativa a “Instituciones Financieras y Arbitraje Internacional” y presentada en 2016^{cccxlvi}.

1. Contexto del Arbitraje Financiero

El Arbitraje Financiero, al igual que otras tipologías de arbitrajes, es una de las subcategorías en las cuales se puede implementar esta figura jurídica. En efecto, existen arbitrajes en materia de construcción, deporte, inversión, etc. Así, en el caso del Arbitraje Financiero estamos frente a una categoría sumamente especializada, y como ya se señaló, que solamente en los últimos años ha empezado a considerar el arbitraje como medio para la resolución de controversias en esta materia. El ámbito de aplicación concierne, principalmente, las actividades relativas a las operaciones bancarias y financieras.

Ahora bien, la doctrina en materia no presenta una uniformidad en lo que corresponde a la definición de Arbitraje Financiero, al contrario, es muy dispersa^{cccxlvi}. En este sentido más que una definición, se orientan para una descripción de los ámbitos de aplicación del mismo. El autor, ha decidido seguir la parte de la doctrina que utiliza una descripción de criterios objetivos del mismo para delinearlos, los cuales se pueden resumir en los siguientes casos:

1. Arbitraje que abarca entre bancos, las cuales pueden ir desde unas transacciones que se consideran tradicionales como las de servicios de pago, mercado monetario o crédito documentado, hasta contratos relativos a fusiones y/o adquisiciones^{cccxlvi};
2. Arbitraje relativo a temas financieros, como la emisión de obligaciones, derivados, en lo que corresponde a operaciones de valores entre un inversor y/o un bróker, en la gestión de fortunas, o cuando el organismo en una entidad como el Banco Mundial o un Banco de Desarrollo^{cccxlvi}.

Es oportuno evidenciar que, por ejemplo, en esta categoría, Prol, considera que deberían incluirse también las contiendas relativas a los seguros y el derecho de los asegurados de poder acudir al mismo en el caso lo llegara a necesitar^{ccccli}.

Dada la naturaleza de los productos que son objeto de un posible arbitraje financiero, su implementación ha sido muy limitada, por lo menos hasta finales del primer decenio del dos mil, sobre todo porque las instituciones financieras han siempre preferido utilizar sedes de tribunales más solidas (como Nueva York, Londres, Frankfurt o Hong-Kong) evitando de esta forma, especialmente en países emergentes, el uso de tribunales locales^{ccccli}.

La situación ha iniciado a modificarse a raíz de los cambios en las transacciones internacionales y en la globalización de los mercados, ya que tanto los inversionistas como los “consumidores financieros”, sean entidades públicas o privadas, han iniciado a requerir siempre más la intervención de mecanismos especializados para la resolución de las controversias, así como de especialistas en materia que se ocuparan de estos asuntos^{ccccli}.

En efecto, la crisis de finales de 2008 ha evidenciado como el sector bancario y financiero han ido estructurando a lo largo del tiempo nuevos tipos de productos para lanzar al mercado, los cuales tienen una gran complejidad, la cual requiere de la intervención de especialistas en materia que puedan entender y, en su caso, juzgar, situaciones que deriven de ellas y que desemboquen en controversias.

No es un caso que, hasta ese momento, las instituciones financieras limitaban mucho el uso de ese instrumento^{cccliii} a casos muy específicos, entre los cuales se pueden destacar:

- Cuando la transacción objeto del contrato tienen una importancia muy elevada o tiene un valor económico muy relevante;
- Si la contraparte es un Estado o una entidad controlada por el mismo;
- Si la transacción en objeto del contrato requiere de un alto grado de confidencialidad;
- Cuando en el estado en el cual se tiene que ejecutar el laudo arbitral, la ejecución del mismo es más favorable respecto a la ejecución de una sentencia de un tribunal local^{cccliv}.

Ahora bien, es preciso evidenciar, a raíz del informe sobre instituciones financieras y arbitraje internacional^{ccclv}, cuáles son los principales aspectos, ventajas y desventajas, que presenta el arbitraje financiero para las partes involucradas en el mismo, especialmente las instituciones financieras.

2. Ventajas y Desventajas del Arbitraje Financiero

Un elemento importante del Arbitraje Financiero, que ha limitado su utilización y al mismo tiempo, sucesivamente, ha impuesto cambios en la redacción de la cláusula arbitral en materia, ha sido la visión que las entidades financieras tienen de las ventajas y de las desventajas que el mismo pueda tener.

En este sentido, se tiene que recordar que para los bancos lo más importante ha sido, desde siempre, y sigue siendo, la posibilidad de recuperar en cualquier momento su dinero en el caso que contraparte de signas de no poder cumplir con sus obligaciones.

Para poder realizar esta operación, una de las armas a su disposición, en la jurisdicción ordinaria, es la utilización de las medidas cautelares. El banco frente a un incumplimiento de pago se puede proteger de forma casi inmediata pidiendo al juez de proteger sus intereses a través de la aplicación de medidas cautelares finalizadas, por ejemplo, a bloquear una determinada cantidad de dinero en una cuenta antes de que se utilice para otras finalidades y deje a la entidad financiera descubierta.

Ahora bien, en el arbitraje la aplicación de medidas cautelares es por un lado poco común y por el otro no siempre aplicable, como en el caso del embargo, ya que el árbitro no tiene la facultad de imperio que, al contrario, la ley da a un juez.

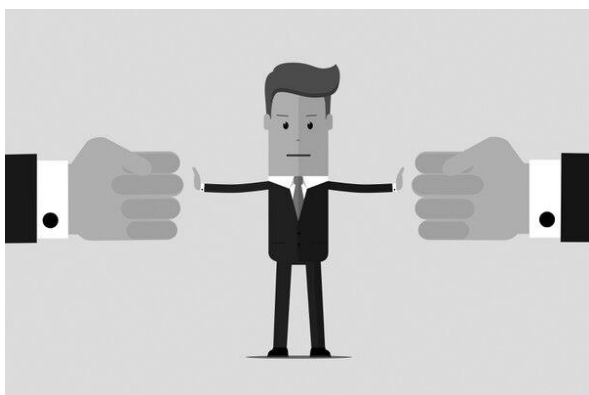
Esta, sin lugar a duda, representa una desventaja importante para una entidad financiera, aunque, por ejemplo, el Reglamento de la ICC prevé la posibilidad de contemplar en la cláusula arbitral, como en su procedimiento, la aplicación de medidas cautelares y la designación de un árbitro de emergencia para la emanación de las mismas^{ccclvi}.

Es importante especificar que, las partes están facultadas, independientemente de lo que indique la cláusula arbitral sobre medidas cautelares a poder recurrir a un juez de un tribunal ordinario para que imponga medidas cautelares para el caso específico, tal como lo contempla el Art. 29 del Reglamento de la 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. Cualquier solicitud de tales medidas a una autoridad judicial no contraviene al acuerdo de arbitraje ni constituye una renuncia a éste. Dicha solicitud, así como cualquier medida adoptada por la autoridad judicial, debe ser notificada sin dilación a la Secretaría”.

Como se puede apreciar, esta regulación puede subsanar la falta de poder de imperio de un árbitro, y conceder, de esta forma, más tranquilidad a las entidades financieras a la hora de poder contemplar el arbitraje como medio alternativo de resolución de controversia para sus transacciones.

En lo que corresponde a otras desventajas que las instituciones financieras han individuado en la posible aplicación del arbitraje en el ámbito financiero-bancario, son las relativas al procedimiento en sí y a algunos límites que el mismo presenta, como, entre otros, los siguientes^{ccclvii}:



- El precedente vinculante; en lo que corresponde a los sistemas jurídicos propios del *common law*, la aplicación del precedente vinculante puede llegar a tener carácter obligatorio y hasta de ley, permite a la entidad financiera tener determinada certidumbre jurídica en la aplicación del mismo en lo que corresponde a determinadas y circunscritas situaciones, cosa que no sucede de forma automática en los arbitrajes.
- Los procedimientos sumarios; la objeción que se hace en este caso es que, a diferencia de lo que podría pasar en un tribunal ordinario, en el arbitraje no se contempla un proceso *express* que permita a la entidad financiera obtener, por ejemplo, la resolución de un caso de forma inmediata.

- Procedimiento de insolvencia; en la misma línea, otra de las facultades que no tiene el arbitraje y que si presentan los tribunales y la legislación ordinaria es que, en el caso de ejecución de un crédito por parte de una entidad financiera, el mismo puede ser convertido en un procedimiento de insolvencia, con todas las ventajas que eso pueda comportar para la misma.
- Costos y elección de los árbitros; una idea muy difundida es que el procedimiento de arbitraje sea muy costoso y que la elección de los árbitros puede, en algunos casos, no tener un procedimiento muy transparente como podría ser el de los jueces. En este sentido, se han hecho pasos en adelante, ya que los costos se adecuan al monto en disputa y el procedimiento de elección de los árbitros tiene más formalidad y busca siempre la mejor solución para el caso específico.
- De último, una de las peculiaridades propias del arbitraje, es que las partes pueden iniciarlo siempre y cuando haya un incumplimiento de una parte del contrato al cual se refiere. Esto provoca que, por ejemplo, las entidades financieras pudieran verse involucradas en procedimientos de arbitraje en temáticas inherentes al contrato, pero no propiamente a la parte crediticia-financiera, lo cual representa un costo y un problema para las entidades financieras.

En definitiva, parte de las desventajas que presenta el arbitraje han sido resueltas, pero otras no podrán realmente serlo a menos que no se pacte de forma explícita en la cláusula arbitral algo distinto.

Si las contempladas son las desventajas, como se ha indicado anteriormente, especialmente en los últimos años, el arbitraje ha presentado una serie importante de ventajas que han impulsado su implementación por parte de las instituciones financieras. Al igual que con las desventajas, se indicarán las principales^{ccclviii}:

- La primera ventaja, que es una condición propia del arbitraje, es que, gracias a lo previsto en la Convención de Nueva York, su aplicabilidad y su ejecución no tienen confines nacionales. Entonces, tanto en la sede en la cual se resuelve, como en la nacionalidad de las partes involucradas e inclusive en el derecho que se decida aplicar al arbitraje para la interpretación del asunto, las partes se remiten a las reglas del arbitraje y su ejecución está garantizada por la ratificación de la Convención de Nueva York por parte del estado en el cual se desarrolla la *litis* o tiene nacionalidad en demandado.
- La segunda, importantísima, concierne la neutralidad del arbitraje en lo relativo a la sede en la cual se desarrolla el mismo, la cual puede ser distinta al lugar en el cual se ha dado el incumplimiento. Este elemento, especialmente en países en los cuales la presión política pudiera jugar un papel determinante en la resolución de un caso, si se acudiera a tribunales ordinarios, da tranquilidad a las instituciones financieras.

- Ligado con el punto anterior, otra ventaja del arbitraje es la elección de los árbitros. En este caso, son dos los aspectos clave a señalar: el primero es que se pueden elegir entre los mejores profesionales del sector, lo cual da certidumbre de que el análisis que se realizará del fondo de la disputa será atendida por personas sumamente preparadas en la materia; la otra, es que, esos mismos profesionales, los cuales pueden ser escogidos de cualquier nacionalidad, pueden revisar los asuntos con cierta neutralidad con respecto a las situaciones específicas del país en el cual se han realizado los incumplimientos.
- Siempre en esta línea, la flexibilidad que presenta el arbitraje en cuanto a su estructura, desenvolvimiento, sede del mismo, así como el idioma, etc., hacen que este sea muy atractivo para las entidades financieras ya que pueden modelarlo de la forma que más le parece conveniente.
- Otro aspecto importante es la limitación que tiene el mecanismo del arbitraje en lo que corresponde a las apelaciones. Si bien es cierto que se pueden insertar en la cláusula arbitral esos mecanismos, es igualmente verdadero que no se suele hacer, ya que las partes usualmente aceptan el laudo arbitral dictado por el tribunal sin alegar pretensiones de recurrir la decisión, ya que confían de forma sustantiva en el procedimiento.
- De último, un elemento que en el sector financiero-bancario es clave, es la confidencialidad. Determinadas operaciones son sumamente delicadas y necesitan de la máxima discrecionalidad, por lo tanto, resolver conflictos que puedan surgir de la misma sin que se haga público permite a las instituciones financieras de poder seguir operando sin tener graves repercusiones tanto en su imagen pública como a los ojos de sus inversionistas.

En línea con cuanto dicho, se tiene que considerar que las ventajas de implementación de esta figura del arbitraje han sido apreciadas también por lo Estados, los cuales, sobre todo en lo que corresponde el estímulo de la inversión extranjera, empujan para que en los tratados internacionales se prevea este tipo de resolución de controversias^{ccclix}.

Derivado de lo anterior, el reporte de la ICC ha evidenciado la necesidad, frente a las ventajas y desventajas percibidas por parte de las instituciones financieras, de emitir una serie de recomendaciones con la finalidad de mejorar, de cara a futuro, la implementación de la figura del arbitraje financiero. Entre estas se pueden destacar^{ccclxi}:

- 1) En lo que corresponde a la necesidad de mejorar tanto la forma en la cual se conduce el proceso como en lo que corresponde a la generación de ahorros en tiempos y gastos, el grupo de trabajo recomendó implementar de forma más contundente las *Técnicas de conducción del caso* previstas en el Anexo IV del Reglamento de la ICC^{ccclxi}.

- 2) Aprovechando de la flexibilidad que tiene el arbitraje, establecer, en la cláusula arbitral, la facultad del árbitro de poder resolver el asunto, o algunas partes específicas del mismo, utilizando un procedimiento sumario.
- 3) Si se llegara a dar el caso de que las partes tuvieran alguna duda relativa a la transparencia de los árbitros, podrían optar para un procedimiento “publico”, tanto a nivel documental como de pruebas, para poder mitigar este riesgo.
- 4) En la misma línea, de fundamental importancia, podría ser también el establecimiento, en la cláusula contractual, de determinados requerimientos técnicos y de experiencia con los cuales tendrían que contar los árbitros. Esto, sin ser llevado a un extremo, permitiría contar con especialistas de alto perfil del sistema y, al mismo tiempo, de intachable reputación.
- 5) En lo que corresponde al problema relativo a la posibilidad para las partes de llevar a arbitraje todas las cuestiones inherentes al contrato objeto del mismo, también en este caso, la flexibilidad que presenta este procedimiento permitiría, en su caso, de poder limitar la implementación de disputas de arbitraje únicamente a las cuestiones financieras, eliminado así el peligro de una acumulación de procedimientos por razones no correlacionadas con las mismas.
- 6) El problema de los costos del arbitraje se puede limitar o resolver imponiendo que estos corran por parte de quien pierda el mismo o que se asuman los costos en partes iguales a la hora de acudir a este medio alternativo de resolución de controversias.
- 7) Otra facultad que podría ir limando las problemáticas anteriormente indicadas, podría ser la introducción de un mecanismo de apelación en el procedimiento de arbitraje. En este caso, las partes deberán tener en cuenta, por un lado, que el mismo alargaría sus tiempos de resolución definitiva y que, por el otro, sería mucho más caro.
- 8) De último, se señaló, que a pesar de que el arbitraje tendría que estar contemplado en una cláusula específica del contrato, las partes podrían decidir de común acuerdo acudir, en un segundo momento, al arbitraje para poder resolver sus controversias.

En definitiva, las recomendaciones elaboradas por el grupo de trabajo de la ICC evidencian una vez más la bondad de la figura del arbitraje, es decir, su flexibilidad.

En esta línea, es importante tener en cuenta que, una buena redacción de la cláusula arbitrar, puede ir limando las problemáticas y dificultades que se pudieran dar a la hora de aplicar este mecanismo a un sector tan complejo como es el bancario-financiero.

Ahora bien, también es de suma importancia poner en claro que una cláusula que quiera regular en exceso el procedimiento se puede revelar como un boomerang, ya que podría elevar los costos y los tiempos de resolución, hasta llegar, en casos extremos, a la imposible aplicación de la misma^{ccclxii}. Por lo tanto, resulta siempre más de fundamental importancia la colaboración de especialistas en materia a la hora de su redacción, para poder evitar problemas en caso de futuras controversias.

3. Principales productos y áreas de oportunidad del Arbitraje Financiero

Como se ha indicado a lo largo de este trabajo, el arbitraje financiero es una categoría muy especializada en el mundo del arbitraje, y sus productos, como la implementación de un arbitraje financiero en los mismos, ha presentado muchas dificultades y limitantes a lo largo del tiempo.

Ahora bien, en línea con el maravilloso trabajo hecho por el grupo de trabajo de la ICC, el cual es realmente una de las pocas guías en materia, se analizarán a continuación los principales productos y áreas de oportunidad que se han podido apreciar, para el crecimiento y la mayor implementación del mismo entre las instituciones financieras.

3.1 Derivados^{ccclxiii}

El derivado, de acuerdo con la definición de la Real Academia Española, es un *“Activo financiero cuyo valor se deriva del de otro activo o de un índice de mercado”*^{ccclxiv}.

El mercado de derivados en un mercado muy complejo que tiene siempre más difusión y complejidad en sus productos. Se estima que el giro del negocio sea superior al cuatrillón de dólares por año.

Ahora bien, las problemáticas, y consecuentes controversias que deriven de esas, que enfrenta el mismo, que son similares a los que se podrían identificar en los mercados de capitales en lo que corresponde a capital y deuda, se pueden resumir, de forma muy sumaria, en las siguientes:

- a) “ventas abusivas y asesoramiento incorrecto en materia de inversión;
- b) cálculos de flujos de pago y liquidaciones;
- c) incidencia de eventos específicos o cálculo de fechas;
- d) cantidad y calidad de los productos; y
- e) diversos derechos y obligaciones impuestos por los Acuerdos Marco de la International Swaps and Derivatives Association (ISDA por su sigla en inglés) que rigen la mayoría de las transacciones de derivados OTC^{ccclxv}.

A pesar del gran impacto que ha tenido la regulación propuesta a través de los contratos ISDA, el arbitraje ha ido tomando siempre más relevancia ya que, como se ha evidenciado anteriormente, el arbitraje financiero puede proporcionar una serie de ventajas que otros tipos de regulaciones no pueden, como son:

- Flexibilidad en la estructuración del procedimiento, el cual se puede adaptar perfectamente a los requerimientos y a las necesidades de las transacciones en materia;
- A pesar de que los contratos ISDA contemplen las cortes de Nueva York o cortes ingleses para la resolución de una controversia, ninguna puede ofrecer, y casi garantizar, la neutralidad y el conocimiento que puede llegar a tener un tribunal arbitral;
- La ejecución de los laudos arbitrales resulta ser mucho más eficaz y eficiente, especialmente en los países que han adoptado la convención de Nueva York. Esto hace del arbitraje financiero un medio de resolución mucho más certero y económico respecto de otros procedimientos;
- De último, y en línea con cuanto dicho, la confidencialidad del procedimiento y la capacidad de resolución que puede llegar a tener el mismo, resultan ser un valor añadido a la hora de optar cual resulte ser el mejor medio de resolución de controversias.

En definitiva, una vez más, la flexibilidad que presenta el arbitraje financiero es un elemento clave para la posible resolución de problemas inherentes a transacciones complejas como pueden ser las de los derivados.

3.2 Financiación Soberana e inversión extranjera^{ccclxvi}

La relación de la financiación soberana, como de las relaciones entre Estados e inversionistas, son un tema sumamente delicado ya que involucran instituciones y dinero público.

Este mercado ofrece un portafolio de productos bastante amplio^{ccclxvii}, así como la presencia de muchos acuerdos entre los Estados y las instituciones financieras, pero destacan, entre otros, los bonos soberanos, que son el instrumento a través del cual los Estados se capitalizan.

El problema principal ligado al bono soberano es la falta de pago por parte del país emisor. Como se puede entender, si se escoge un tribunal local, la imparcialidad del mismo pudiera verse seriamente comprometida, así que, una vez más, el arbitraje se perfila como el medio de resolución de controversias más adecuado porque reúne los requerimientos que se necesitan para atender ese tipo de asuntos, es decir, imparcialidad y especialización de los árbitros, flexibilidad en el procedimiento, ejecución del laudo de acuerdo a la Convención de Nueva York.

Al igual que la financiación soberana, el arbitraje relativo a temas de inversión extranjera ha tomado siempre más relevancia^{ccclxviii}, especialmente en los países en desarrollo o en los países que quieren desarrollar de forma sustantiva un sector específico, como ha sido, por ejemplo, el caso del fomento de las energías renovables a lo largo del mundo.

Ahora bien, la atracción de capitales en un determinado sector o en un determinado país, se fundamenta en un principio básico: la seguridad jurídica del mismo. El llamado “riesgo país” disminuye cuando se cuenta con un marco regulatorio estable, aunque, como es bien sabido, el mismo puede cambiar con los cambios de Gobierno. Es el caso, por ejemplo, de España, que con el cambio de la retribución de la generación procedente de energías renovables que se produjo en 2013 a través de la Ley 24/2013 del Sector Eléctrico^{ccclxix}, dio pie a una serie de controversias tanto a nivel estatal, las cuales fueron resueltas a favor del Estado por parte del Tribunal Supremos de la Nación^{ccclxx}, como de arbitrajes internacionales, los cuales tuvieron resoluciones tanto a favor como en contra del España^{ccclxxi}.

La aplicación del arbitraje en esta materia permite a los inversionistas poder buscar la protección a dos elementos sumamente relevantes:

- Trato justo y equitativo; y
- Prohibición de expropiación.

En efecto, estos dos elementos, garantizan o por lo menos deberían hacerlo, de alguna forma sus inversiones y la posibilidad de protegerlas a través de un arbitraje financiero les permite dar más seguridad y certidumbre a las mismas.



3.3 Financiación Internacional e Instituciones Financieras Internacionales^{ccclxxii}

La financiación internacional, al igual que las otras áreas anteriormente analizadas, ha tenido muchas reservas en introducir el arbitraje financiero como medio de resoluciones de controversias, especialmente en lo que corresponde los préstamos sindicados y en la financiación de activos. Ahora bien, tal como se indicó anteriormente, las bondades del arbitraje, como la flexibilidad, la neutralidad, la especialidad y la posible ejecución del laudo, han impulsado, especialmente en los acuerdos comerciales a introducir esta figura en sus contratos para la resolución de controversias.

En lo que concierne las actividades propias de la financiación internacional, las partes de diferentes partes del mundo realizan operaciones precisas que, entre otras, pueden resumirse de la siguiente forma:

- a) “préstamos bilaterales o sindicados no garantizados, en los que participan varios prestamistas representados por un banco agente, posiblemente con varios niveles de financiadores cuyos derechos respectivos se recogen en los acuerdos entre acreedores;
- b) préstamos bilaterales o sindicados garantizados, que impliquen garantías sobre activos o garantías de una matriz o filial;
- c) financiación de proyectos, que incluye préstamos sin recurso a una empresa del proyecto (es decir, no crean derechos contra los patrocinadores y están garantizados principalmente por los flujos de efectivo y los activos físicos del proyecto), y los prestamistas tienen el derecho de intervenir y asumir el proyecto en caso de no poder hacerlo adecuadamente el prestatario; y
- d) financiación comercial, la cual normalmente incluye:
 - i. operaciones financieras comerciales de corto plazo (por ejemplo, cartas de crédito (LCs), incluidas las LCs documentales y *standby*), y cartas de indemnidad (LOIs);
 - ii. acuerdos de financiación de *factoring/forfaiting*/cuentas por cobrar, obligaciones de pago bancario;
 - iii. operaciones financieras comerciales a medio plazo (por ejemplo, emisión de LC renovables, créditos/garantías de comprador/vendedor, financiaciones previas a la exportación, participaciones y confirmaciones silenciosas); y
 - iv. instrumentos financieros comerciales complejos: acuerdos de intercambio y de compensación^{ccclxxiii}.

Como se puede apreciar, las partes, los productos y los activos se pueden encontrar en varias partes del mundo, lo cual aumenta notablemente la complejidad de las operaciones. Ahora bien, la posibilidad de introducir un único mecanismo de resolución de controversias se puede delinear como algo sumamente atractivo para las instituciones financieras, ya que las mismas pueden concentrarse en especializarse en el mismo y pueden atender con más facilidad las controversias de forma más homogénea, siempre y cuando las mismas adviertan una inestabilidad en la legislación y/o en los tribunales locales.

El arbitraje financiero, además, cuenta con el apoyo de las instituciones internacionales financieras^{ccclxxiv}, las cuales están familiarizadas con el mismo y dada su posición de fuerza (son quienes pone el dinero), suelen proponer en su documentación financiera sus modelos, entre los cuales, se contempla la cláusula de arbitraje, aunque no es el único medio de resolución de controversias que puedan adoptar. Como se ha indicado, las instituciones financieras, lo que buscan es flexibilidad y la posibilidad de adoptar el mejor instrumento para solventar sus controversias de acuerdo con la situación específica y a sus necesidades.

Tanto es así, que en los últimos años también en el mundo financiero islámico se ha empezado a introducir la figura del arbitraje para la solución de algunas controversias. Esto, es un gran paso hacia la globalización de los mercados ya que se van siempre más homologando los procesos y los medios de resolución de los mismos^{ccclxxv}.

A modesto juicio del autor, tras la pandemia que se ha vivido en 2020 y que se sigue viviendo, el impulso de la transformación digital propiciará a buscar siempre más la implementación de productos similares en los diferentes mercados y, en este sentido, la estructura del arbitraje tendrá un rol clave en su posicionamiento estratégico.

De último, la situación que se presenta en la gestión de activos, sobre todo a nivel de personas, es un poco diferente, ya que todavía no se ha logrado impulsar de forma detenida la participación del arbitraje. En este sentido, por ejemplo, la confidencialidad, podría ser un elemento clave para el impulso y la implementación del arbitraje financiero en esta área.

En definitiva, en estas áreas el arbitraje financiero todavía no se ha impuesto de una forma sólida, ya que, dependiendo de los países y de las operaciones que se pueden realizar, las entidades financieras deciden que medio de resolución de controversias adoptar. Lo cierto es que es evidente que cuanto más se homologuen los procesos entre las partes, más cabida habrá para el arbitraje para afirmarse.

Conclusiones

El trabajo de investigación que se ha elaborado ha tenido como finalidad ilustrar la centralidad del arbitraje como medio de resolución de controversias, especialmente en lo que concierne el arbitraje financiero.

Ahora bien, como se ha podido analizar, el arbitraje financiero ha tomado fuerza en los últimos quince años, y tiene excelentes perspectivas de crecimiento. De acuerdo con el trabajo realizado por el grupo de investigación sobre el tema de la ICC, las desventajas que han sido individuadas por parte de las instituciones financieras han sido, o pueden ser, subsanadas gracias a la flexibilidad que presenta la estructura del arbitraje.

En este sentido, a juicio del autor, este es el elemento más importante de todo, ya que la redacción de la cláusula arbitral puede armonizar y resolver las problemáticas que se pudieran presentar de una forma eficaz y eficiente. Además, el arbitraje, gracias a aspectos claves para este tipo de operaciones complejas, como son la neutralidad, la especialización de los árbitros y la ejecución de los laudos permite a las entidades financieras poder actual de forma más segura sus operaciones.

Es importante señalar que el camino todavía es largo, que existen operaciones, como las de financiación, que todavía no han individuado, como por ejemplo en los derivados, en el arbitraje financiero el medio perfecto para la resolución de controversias, aunque se esté consolidando siempre más su posición, como demuestra la apertura de los financiadores islámicos a la utilización de este instrumento, lo cual representa una novedad absoluta en el panorama internacional y de absoluta relevancia.

La complejidad de las operaciones requiere, en caso de controversias, del análisis para su resolución de expertos en materia que puedan entender y definir en detalles cuales son las problemáticas y como se ha actuado para resolverlas. No es una simple cuestión de indicar quien tiene razón o no, sino de hacerlo conociendo en profundidad la materia. Además, la neutralidad de los árbitros permite dar más certidumbre a todo el procedimiento, evitando, como ya ha pasado, procesos que se vuelven políticos en las cortes nacionales.

Otro aspecto clave, es la ejecución del laudo que gracias a la adopción por muchos países del mundo de la Convención de Nueva York, ha hecho posible que el mismo tome más fuerza y más efectividad.

En definitiva, el arbitraje financiero a pesar de ser un instrumento relativamente “joven” en su implementación, es el gran crecimiento y, como ya se ha indicado, con la homologación de los procesos tomará siempre más relevancia y presencia en los mercados bancarios y financieros.

BILIOGRAFÍA

- Budnitz, Mark E., "Arbitration of Disputes Between Consumers and Financial Institutions: A serious Threat to Consumer Protection", *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, Vol. 10, 2, 1995, págs. 268-342.
- Cabrera C., Orlando F.; Nieto, Andrés; Ortega, Elsa y Zamora M., Juan Carlos, "Arbitraje en el Sistema Bancario y Financiero en México", *ICCMEX*, Marzo, 2016.
- Corredor Higuera, "La Armonización en Materia de Protección al Consumidor Financiero en América Latina", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, nueva serie, año XLVIII, núm. 144, septiembre-diciembre de 2015.
- Díaz, Tomás, "España vence en los arbitrajes internacionales de renovables", *El Economista*, 22 de junio 2020, <https://www.eleconomista.es/empresas-finanzas/noticias/10617918/06/20/Espana-vence-en-los-arbitrajes-internacionales-de-renovables-.html>
- González de Cossío, Francisco, *Arbitraje*, Porrúa, México, 2018
- Jarrosson, Charles, *La Notion D'Arbitrage*, Droit et de Jurisprudence, Bibliothèque de Droit Privé, Librairie Generale, París, 1987
- Monforte, Carmen, "España pierde el arbitraje de la portuguesa Cavalum por el tajo a las renovables", *Cinco Días*, 02 de septiembre 2020, https://cincodias.elpais.com/cincodias/2020/09/02/companias/1599033357_719006.html.
- Mortimore, Maurice, "Arbitraje internacional basado en cláusulas de solución de controversias entre los inversionistas y el Estado en acuerdos internacionales de inversión: desafíos para América Latina y el Caribe", *Cepal – Serie Desarrollo Productivo*, Naciones Unidas, Chile, 2009
- Prol, Francisco G., "El arbitraje financiero. Una aproximación desde España", *Arbitraje: revista de arbitraje comercial y de inversiones*, Iprolex, Vol. 6, N. 3, 2013
- VV.AA., *Informe Instituciones Financieras y Arbitraje Internacional*, Cámara de Comercio Internacional (ICC), París, 2018.

Legislación consultada:

- Ley 24/2013 del Sector Eléctrico, publicada en el *Boletín Oficial del Estado (BOE)* el 27 de diciembre 2013.
- Ley Modelo de la Uncitral, adoptada a través de la Resolución 40/72 del 11 de diciembre de 1985.
- Reglamento de Arbitraje de la ICC.
- Sentencia del Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso Consejo General del Poder Judicial 2320/2012, de 12 de abril de 2012.

Dispute Boards como mecanismo alternativo de solución de controversias



Mtro. José Ignacio Cortez Berlanga

El Mtro. Jose Ignacio Cortez Berlanga es Socio Director de Cortez Berlanga, S.C., en donde lidera las áreas de práctica corporativa, fiscal, litigio y arbitraje comercial. Actualmente asesora a clientes nacionales e internaciones de distintas industrias, destacando su conocimiento y experiencia en el mercado asiático.

Introducción.

En la actualidad ante, la cada vez más creciente, complejidad de los proyectos, de naturaleza altamente técnica, relativos a los campos de la construcción, infraestructura, tecnología, investigación y desarrollo, los Dispute Boards surgen como un mecanismo alternativo de solución de controversias altamente eficaz y eficiente, cuya finalidad principal es la de ayudar a las partes a evitar o resolver cualquier desacuerdo o desavenencia que pudiera surgir entre las partes.

Capítulo 1.

1. Generalidades de los Dispute Boards.

1.1. Definición.

La Cámara de Comercio Internacional (CCI) define al Dispute Board como *“un órgano permanente que típicamente se establece con la firma o el inicio de la ejecución de un contrato a mediano o largo plazo, para ayudar a las partes a evitar o resolver cualquier desacuerdo o desavenencia que pudiera surgir durante la aplicación del contrato”*.

Mientras tanto, Cyril Chern, en su libro, “Chern on Dispute Boards, Practice and Procedure”, define al Dispute Board, como *“un proceso de adjudicación realizado desde el sitio de trabajo”*. Lo cual, es definitivamente correcto, ya que una de las principales características de los Dispute Boards es precisamente su participación activa, desde un inicio, en la ejecución de los proyectos, a través de las visitas in situ, que deben realizar para estar informados de todos los aspectos técnicos de los mismos, y reducir con ello la posibilidad de que surja cualquier tipo de desacuerdo o desavenencia en la ejecución de los mismos.

El Dr. Juan Eduardo Figueroa Valdés, define a los Dispute Boards como *“Órganos establecidos para solucionar disputas contractuales tan pronto ellas se producen. Ellos usualmente se constituyen tan pronto se firma el contrato, y están formados generalmente por uno o tres miembros familiarizados con las partes, el contrato y su ejecución”*.

Por su parte, Roberto Hernández García lo define como un *“Medio de solución de controversias que tiene origen en un acuerdo contractual contenido en un acuerdo de construcción o acuerdo independiente, en el que una o más personas denominadas panelistas o adjudicadores (el panel), tienen la obligación de conocer físicamente y documentalmente el proyecto de construcción durante el tiempo de su ejecución, y en base a las solicitudes expresas de las partes contratantes y a las reglas escogidas por el panel, emitir (i) una consulta informal que procure resolver la controversia; (ii) una recomendación y/o (iii) una decisión que permitan resolver la controversia durante la ejecución del proyecto con el objetivo de que el proyecto continúe con dicha discrepancia resuelta.”*

En la misma tónica, se refiere el Dr. Francisco González de Cossío en su artículo titulado “El arbitraje como solución al dilema de las obras de infraestructura”, que señala que *“Se trata de órganos sui generis que navegan junto con una obra —de hecho, son parte de la misma— y se activan exclusivamente si surge una controversia. Dado que están enterados de —e involucrados con— la obra, pueden resolverse en forma inmediata, sin necesidad de incurrir en tiempo para educar a un tribunal ex novo, y con el beneficio de que —enterados de las peculiaridades de la obra— pueden resolver “bien”, además de rápido”*.

Ahora bien, una vez analizadas las definiciones de los connotados autores jurídicos, es posible observar que los Disputes Boards pueden entenderse como órganos compuestos por uno, tres o más miembros especialistas en una determinada materia, al inicio de la ejecución de un contrato, que tienen por objeto prevenir los desacuerdos y desavenencias que surjan durante su ejecución, o bien resolverlos a través de la emisión de recomendaciones y decisiones, dictadas de manera neutra e imparcial.

1.2. Antecedentes históricos.

La implementación de los Dispute Boards como método de resolución de controversias técnicas se dio por primera vez en la historia en el año 1960 en Estados Unidos, específicamente en Washington con el caso de Boundary dam, derivado de un contrato de ejecución de obras. A partir de ese momento, dicho método de resolución de controversias se empezó a utilizar en la mayoría de los proyectos de construcción e ingeniería civil que llegaban a ser de gran magnitud.

Posteriormente, fue en el año 1970 cuando se constituyó un Dispute Board en Colorado, Estados Unidos, al momento de que se ejecutaba la segunda perforación del Túnel Eisenhower. Es en ese proyecto en particular, en el que se pudo constatar la alta eficacia y efectividad de un Dispute Board en la práctica, ya que logró resolver tres grandes conflictos a satisfacción de las partes participantes en dicho proyecto.

Lo anterior, propició que dicho mecanismo de resolución de controversias tomará gran importancia en Estados Unidos, en concreto en el sector de la construcción, y que inclusive distintas Administraciones Públicas lo comenzará a implementar en sus contratos de obras públicas.

En el año 1989, la Sociedad Americana de Ingenieros Civiles, conocida por sus siglas en inglés ASCE, publicó sus estándares para los Dispute Review Boards, mientras que en el año 1996 se desarrolló y publicó un Dispute Review Manual.

Ahora bien, a continuación, se abordarán los antecedentes históricos de los Dispute Boards a través de los distintos Reglamentos de Instituciones que promueven el uso y la facilitación de mecanismos alternativos de solución de controversias en un plano internacional.

1.2.1. Dispute Boards de la Cámara de Comercio Internacional (CCI).

La Cámara de Comercio Internacional introdujo, los Dispute Boards, por primera vez en el año 2004, a través de un Reglamento, que abarcaba una serie de asuntos relacionados a su implementación y funcionamiento, tales como el nombramiento del o de los miembros del Dispute Board, los servicios ofrecidos por dichos miembros y su remuneración.

Posteriormente, en el año 2014, se realizó una revisión del Reglamento con la finalidad de adaptarlo a la práctica y a las necesidades de hoy en día, y como resultado de ello, actualmente podemos encontrar el Reglamento de 2015.

Una de las principales novedades del Reglamento de 2015 es la descripción detallada de las tres funciones básicas de los dispute boards, con el fin de destacar la importancia de los enfoques, tanto informales como formales de las desavenencias. Lo anterior, toda vez que el Reglamento establece explícitamente que, al percibir un desacuerdo potencial, el Dispute Board puede (1) alentar a las partes a solucionarlo por sí mismos. Si ello no es posible o si el desacuerdo se encuentra muy arraigado, el dispute Board puede; (2) intervenir o prestar una asistencia informal para ayudar a las partes a resolver el asunto mediante un acuerdo o; (3) determinar una desavenencia a través de una recomendación emitida o una decisión dictada tras un procedimiento de sumisión formal. Todas estas funciones tienen el mismo valor para contribuir a reducir el riesgo y el costo de la interrupción del contrato entre las partes.

Así mismo, es importante mencionar que, en 2018, la Federación Internacional de Ingenieros Consultores (FIDIC) designó a la CCI como el organismo de resolución de controversias encargado de decidir sobre recusaciones presentadas contra uno o varios Miembros de sus Dispute Adjudication/Avoidance Boards (DAAB). El nuevo procedimiento de recusación conforme a la Regla 11 del Reglamento de Procedimiento FIDIC DAAB de 2017 se recoge en el Apéndice III del Reglamento de la CCI relativo a los Dispute Boards.

1.2.2. Dispute Boards del Chartered Institute of Arbitrators (CIArb).

El Chartered Institute of Arbitrators (CIArb) fundado en el año 1915, siendo esta una de las sociedades más reconocidas a nivel mundial, que promueve y facilita el uso de los mecanismos alternativos de solución de controversias, a través de su presencia en más de cien países, y sus más de trece mil miembros profesionales localizados alrededor del mundo. Esta sociedad, publicó en el año 2014 sus propias “Reglas de Dispute Boards”, en las que solamente contempla dos tipos de Dispute Boards, es decir los Dispute Review Boards (DRB) y los Dispute Adjudication Boards (DAB), y se encarga de regular su constitución, cualificaciones de sus miembros, funcionamiento, conducción de audiencias, y la emisión de recomendaciones y decisiones, además de todo lo relativo a la remuneración de los miembros del Dispute Board, y los gastos administrativos del propio CIArb.

Es importante mencionar que antes de que el Chartered Institute of Arbitrators publicara sus Reglas de Dispute Boards, no había ningún otro reglamento internacional de Dispute Boards que pudiera ser aplicado en un amplio rango de proyectos comerciales puesto que lo más cercano que había era el Reglamento de la CCI, el cual se enfocaba más en la industria de la construcción.

1.2.3. Dispute Boards del Banco Mundial.

A nivel internacional, fue el Banco Mundial quien, en 1980 utilizó los Dispute Boards en su modelo de contrato para la ejecución de su proyecto “Presa el Cajón” en Honduras, siendo esta la primera organización que le dio oportunidad e impulsó el uso de los Dispute Boards en proyectos de obras internacionales. Sin embargo, no fue hasta que el Banco Mundial publicó en el año 1995, una edición revisada de un contrato standard para la construcción de obras, conocida por su sigla en inglés, SBDW, que corresponde a una versión tipo obligatoria de contrato que debe ser empleada en cualquier contrato de obra civil importante que financie el Banco Mundial, el que sustituyó el carácter automáticamente vinculante de las decisiones de un único ingeniero por un Dispute Board facultado para emitir recomendaciones que fueran vinculantes para las partes. Esto siempre y cuando ninguna de estas planteara una objeción dentro de un determinado plazo.

Mediante una modificación a dicho contrato standard, se estableció el uso obligatorio de los Dispute Review Boards (DRB) de tres miembros para la resolución de disputas en una primera instancia para contratos a partir de \$50 millones de dólares, mientras que para contratos inferiores a los \$50 millones de dólares, las partes tienen la opción de emplear un DRB de uno o tres miembros, o bien una sola persona que actúe como Dispute Review Expert (DRE).

La versión actualmente vigente de los DRBs o de los DRE fue publicada en mayo de 2005, y uno de sus cambios más relevantes fue el reemplazo de los términos DRB y DRE por “Dispute Boards” (DB); la eliminación del requerimiento obligatorio de un panel de tres miembros para contratos a partir de \$50 millones de dólares, y el hecho de que solo en ausencia de una estipulación contractual al respecto, se entiende que el panel estará constituido por tres miembros.

1.2.4. Dispute Boards de la Federación Internacional de Ingenieros Consultores (FIDIC).

La Federación Internacional de Ingenieros Consultores introdujo en el año 1995, por primera vez el concepto de “Dispute Boards” a sus contratos para los proyectos de diseños y obras de infraestructura, en el conocido “Orange Book”. Posteriormente, el empleo de los “Dispute Boards” se fue extendiendo para otro tipo de contratos, esto es, al “Red Book” en el año 1996 y al “Yellow Book” en el año 1997, para las obras de construcción civil y para el diseño y construcción de las obras públicas, respectivamente.

En el año 1999, FIDIC publicó una nueva versión y editó cuatro libros o modelos de contrato, teniendo todos ellos el mismo patrón, donde el Dispute Board asume una función cuasi-arbitral al tener la facultad de emitir decisiones vinculantes y definitivas, para las partes, que pongan fin a una controversia.

Lo anterior, frente a lo que sucedía anteriormente, en donde las decisiones las tomaba un único ingeniero, lo que implica una ventaja radical al tratarse de un órgano imparcial, nombrado por las partes, cuyos miembros no pueden tener ningún interés de índole económica o de cualquier otro tipo con el contratista o dueño de la obra.

Cabe mencionar, que los Dispute Adjudication Boards conforme al reglamento FIDIC son parte integrante de la cláusula sobre resolución de disputas aplicable cada vez que un contrato FIDIC es empleado, a menos que las partes convengan en modificar o eliminar dicha estipulación, debiendo recalcar que este procedimiento de resolución de controversias es un mecanismo obligatorio al que deben recurrir las partes como requisito previo al arbitraje.

1.2.5 American Arbitration Association (AAA)

La Asociación Americana de Arbitraje (AAA) fue fundada en el año 1926 como una organización de servicio público sin ánimo de lucro, que cuenta actualmente, en el campo nacional, con treinta y ocho sucursales alrededor de Estados Unidos, para así, materializar audiencias y/o para la administración de disputas. Esta tiene como propósito resolver una amplia gama de controversias a través de varios métodos alternos, como lo es la mediación, el arbitraje u otras formas de solución extrajudiciales.

El Centro Internacional de Resolución de Disputas, conocido por sus siglas en inglés, ICDR, es la división internacional de la Asociación Americana de Arbitraje, además de ser uno de los proveedores líderes, a nivel mundial, de servicios de resolución de disputas desde que fue creada aproximadamente hace veinte años, en cuestiones que involucran transacciones transfronterizas.

El procedimiento de la AAA se centra en la autonomía de las partes, por lo que al hablar sobre los Dispute Review Boards (DRB) como único tipo de plataforma de resolución de disputas, señala diversos factores que han contribuido a su éxito, siendo algunos de estos: que los tres miembros de los DRB son neutrales y su nombramiento es sujeto a la aprobación de ambas partes; que todos los miembros del panel firman un acuerdo con las partes, obligándose a darle a estas un trato igualitario y justo; los honorarios y gastos de los DRB son compartidos por partes iguales entre las partes; los DRB se constituyen y comienzan su labor al inicio de su proyecto, antes de que cualquier disputa se pueda producir; las recomendaciones o decisiones constituyen una importante prueba si el conflicto deriva en un arbitraje o litigio, entre otros.

1.2.6. Dispute Board Federation (DBF)

El Dispute Board Federation (DBF) fue fundado para promover el uso de Dispute Boards como herramienta para evitar disputas en diversos tipos de contratos, así como para brindar capacitación constante a las personas que participan como miembros de un Dispute Board.

En principio, este concentraba todo su esfuerzo en la reconstrucción de países en desarrollo de Europa Oriental, sin embargo, ha evolucionado con el paso de los años para poder abarcar todo tipo de proyectos y asuntos comerciales que, debido a su complejidad, necesitan un proceso rápido y continuo para resolver cualquier controversia que llegue a surgir en Europa, Asia, América del Sur y África, prestando sus servicios en alrededor de veintitrés países a nivel mundial.

Como una organización internacional no gubernamental sin fines de lucro, el DBF abre sus puertas para apoyar individuos, compañías y gobiernos, tanto locales como regionales, en la prevención de disputas. Adicionalmente, el Dispute Board Federation sirve como ayuda para la eliminación de la corrupción a través de una supervisión cuidadosa de proyectos al usar los Dispute Adjudication Boards.

1.3. Tipos de Dispute Boards.

Existen tres tipos de Dispute Boards, el Dispute Review Board (DRB), el Dispute Adjudication Board (DAB), y el Combined Dispute Board (CDB), los cuales pueden ser compuestos por uno, tres o más miembros, y que se diferencian entre ellos por las resoluciones (conclusiones) que emiten para las partes. A continuación, se abordarán las características y peculiaridades de cada uno de ellos:

1.3.1. Dispute Review Boards (DRB).

Este tipo de Dispute Board tiene por objeto ayudar a las partes a evitar desacuerdos, o en su caso a resolverlos a través de una asistencia informal y emitiendo recomendaciones sobre las desavenencias en caso de sumisión formal.

Las partes al recibir una recomendación por parte del DRB, pueden acatarla voluntariamente, sin embargo, no se encuentran obligadas a hacerlo en caso de que no estén de acuerdo con ella, debiendo objetar tal recomendación en un plazo previamente estipulado por ellas mismas en el propio contrato ya que, de no hacerlo, se entenderá que se obligan a cumplir tales determinaciones al adquirir un carácter vinculante.

1.3.2. Dispute Adjudication Boards (DAB).

Este tipo de Dispute Board tiene por objeto ayudar a las partes a evitar desacuerdos, o en su caso a resolverlos a través de una asistencia informal y emitiendo decisiones sobre las desavenencias en caso de sumisión formal.

Una decisión emitida por el DAB es obligatoria para las partes desde el momento de su recepción, y estas últimas deben cumplirla sin demora aun cuando exista una manifestación de desacuerdo con la misma. Aun así, si se expresa tal desacuerdo con la decisión dentro del plazo establecido previamente por ellas en el contrato, esta puede someter la disputa al arbitraje, si existe acuerdo para ello.

1.3.3. Combined Dispute Boards (CDB).

Este tipo de Dispute Board tiene por objeto emitir decisiones y/o recomendaciones sobre las desavenencias en caso de sumisión formal. Es decir, es una combinación de los dos Dispute Boards anteriores al tener un doble enfoque: consensual y vinculante.

Esto debido a que los pronunciamientos de los CBD tendrán, en primer momento, el carácter de recomendaciones, pudiendo ser decisiones vinculantes si las partes lo demandan y no surge oposición alguna de entre las partes.

1.4. Fuente de origen de los Disputes Boards.

La fuente de origen de un Dispute Board es precisamente un contrato, debiendo entender por este todo acuerdo celebrado entre las partes que, además de contener los términos y condiciones a través de las cuales se debe desarrollar y ejecutar un proyecto determinado, también contiene las estipulaciones para la constitución de un Dispute Board.

En dichos contratos, que por lo regular son de una cuantía significativa, las partes contractuales se ven en la necesidad de contar con mecanismos de solución de controversias que sean tanto eficientes como eficaces para todo problema que surja en cualquier momento de la ejecución del objeto contractual, debiendo de ser entonces dichas decisiones expeditas para no paralizar actividades que pondrían incluso poner en riesgo la existencia de tal acto jurídico.

1.5. Finalidad de los Dispute Boards.

Los Dispute Boards, tienen como principal finalidad, ayudar a las partes a evitar o resolver cualquier tipo de desacuerdos y/o desavenencias que puedan surgir durante la ejecución de un contrato, a través de tres funciones básicas:

- 1) Evitar desacuerdos, a través de las reuniones o visitas al sitio en el que se desarrolle el proyecto en cuestión;
- 2) Resolver desacuerdos, a través de una asistencia informal, y;
- 3) Resolver desavenencias, a través de la emisión de conclusiones.

1.6. Constitución de los Dispute Boards.

Los Dispute Boards deberán constituirse conforme a las estipulaciones del contrato en cuestión, o en su defecto, conforme al Reglamento al que se sometan las partes.

Tratándose de un contrato, dichos Dispute Boards se constituirán al inicio del mismo, antes de iniciarse la ejecución del proyecto. Como consecuencia, si se llega a tener la constitución temprana de este panel de expertos, estos se mantendrán informados del proyecto y su desarrollo, desde su inicio.

1.7. Principios Rectores de los Dispute Boards.

Los principios rectores de los Dispute Boards son los siguientes:

- a) Imparcialidad e Independencia: Todos los miembros del Dispute Board deberán ser y permanecer imparciales e independientes de las partes.
- b) Confidencialidad: Todos los miembros del Dispute Board deberán guardar estricta confidencialidad respecto a cualquier información obtenida con motivo de sus actividades.
- c) Celeridad: Todo Dispute Board deberá actuar con celeridad en la resolución de las controversias que surjan entre las partes, ya que en efecto ello constituye una de las principales ventajas frente a otros mecanismos de solución de controversias.
- d) Inmediación: Todo Dispute Board contará con un amplio conocimiento de los hechos y antecedentes que rodean al proyecto en su conjunto dado que a partir de la labor en terreno ejercida por parte de dicho órgano, las continuas visitas a las partes en el sitio de la obra y al detallado conocimiento que estos poseen de las contingencias que van ocurriendo en el transcurso del tiempo de ejecución de las obras, existirá una notable disminución en la curva de aprendizaje necesaria sobre cada aspecto de la obra.

1.8 Obligaciones de las Partes.

Las partes deben cooperar plenamente con el Dispute Board y facilitarle la información en tiempo oportuno. En particular, las partes deben asegurarse de que se mantenga informado al Dispute Board de la ejecución del contrato y de cualquier desacuerdo que pudiera sobrevenir durante el curso del mismo, mediante informes de seguimiento, reuniones y, si la naturaleza del contrato lo exige, visitas al sitio.

Aunado a lo anterior, en caso de así requerirse, las partes deben facilitarles a los miembros del Dispute Board, durante las reuniones y visitas al sitio, un espacio de trabajo apropiado, alojamiento, medios de comunicación, así como cualquier equipo de oficina e informática que le permita desempeñar sus funciones.

1.9. Ventajas y desventajas de los Dispute Boards.

Los Dispute Boards tienen las ventajas siguientes:

- a) Naturaleza preventiva. Una de las ventajas de los Dispute Boards, es la que señala Cyril Chern en su obra *"Cher on Dispute Boards, Practice and Procedure"*, ya que este mecanismo alternativo de solución de controversias, se implementa desde el inicio de la ejecución de un proyecto o contrato antes de que cualquier disputa surja. Esto le permite, funcionar como un mecanismo, no solamente de solución de controversias, sino también como un mecanismo preventivo que ayude evitar el surgimiento de desacuerdos o desavenencias entre las partes derivadas de la ejecución del proyecto.
- b) Celeridad en la solución de desacuerdos y desavenencias. El hecho de que los Dispute Boards se implementen desde el inicio de la ejecución de un proyecto o contrato, además de que entre sus funciones se encuentren las actividades de realizar visitas al sitio en donde se está ejecutando el proyecto, y el de supervisar el desarrollo y ejecución del mismo, representa una clara ventaja, a la hora de solucionar un desacuerdo y desavenencia surgida entre las partes, ya que les permite hacerlo con mayor celeridad y expeditos en comparación a otros mecanismos de solución de controversias como el arbitraje, cuyo tribunal arbitral generalmente debe tomar un tiempo considerable para conocer los antecedentes y las características específicas del proyecto en cuestión.
- c) Ahorro de costos. Debido al conocimiento en detalle, y a la continua supervisión del proyecto por parte del Dispute Board, las partes logran terminar los proyectos sin retrasos y costos innecesarios, ya que, de surgir un desacuerdo o desavenencia entre ellas, éstos se logran solucionar en tiempo relativamente corto, evitando detener la ejecución del proyecto por un tiempo largo.

Aunado a lo anterior, los estudios realizados por distintos especialistas en la materia señalan que el costo de la implementación de un Dispute Board, usualmente no representa más del 1% del costo total de un contrato.

Por otro lado, los Dispute Boards tienen la siguiente desventaja:

- a) Decisiones sin fuerza ejecutiva. Las decisiones emitidas por los Dispute Boards carecen de fuerza ejecutiva, como si la tienen los laudos dictados en procedimientos arbitrales. Sin embargo, es importante mencionar que dichas decisiones, aunque no son vinculantes y obligatorias para las partes, pueden ser admisibles en cualquier procedimiento judicial o arbitral, y convertirse en un medio probatorio sólido y confiable para acreditar sus acciones y pretensiones.

1.10 Dispute Boards en la Leyes Públicas de México.

Antes de los años noventa, era imposible usar mecanismos alternativos de solución de controversias para tales proyectos, tanto en México como América Central. En la actualidad, las normas jurídicas relativas a los Dispute Boards en México se han convertido en las más desarrolladas en el área de proyectos de infraestructura.

Concretamente en México no fue hasta el año de 2008, que se modificó la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las mismas ("Ley de Obra Pública") y la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público ("Ley de Arrendamiento"), con el objeto de permitir el arbitraje, y la posibilidad de pactar y utilizar otros mecanismos, entre ellos los Dispute Boards.

En palabras del Dr. Francisco González de Cossío, dichas modificaciones resultaron un avance positivo en la materia de medios alternativos de solución de controversias, producto de un interés maduro, bien intencionado, de funcionarios diversos de fomentar la inversión en contratación gubernamental mediante la utilización del arbitraje y otros mecanismos.

Capítulo 2.

2. Dispute Boards conforme al Reglamento de la CCI.

A continuación, se abordará el Reglamento relativo a los Dispute Boards de la CCI, a fin de visualizar de mejor forma su regulación, en cuanto a los tipos de Dispute Boards que contempla, así como la constitución, funcionamiento, y funciones de este órgano, el procedimiento de sumisión formal de desavenencias, y por último la emisión de las conclusiones por parte del Dispute Board.

2.1. Acuerdo de sumisión al Reglamento.

Salvo convenio en contrario, las partes deben constituir el Dispute Board en el momento en el que celebren el contrato, debiendo precisar si se trata de un Dispute Review Board, un Dispute Adjudication Board, o un Combined Dispute Board.

2.2. Tipos de Dispute Boards.

En el Reglamento relativo a los Dispute Boards de la CCI es posible encontrar los siguientes tipos de Dispute Boards:

- a) Dispute Review Boards (DRB).
- b) Dispute Adjudication Boards (DAB).
- c) Combined Dispute Boards (CDB).

2.3. Constitución del Dispute Board.

El Dispute Board deberá constituirse conforme a las estipulaciones del contrato en cuestión, o en su defecto, conforme al Reglamento. Ahora bien, cuando las partes hayan convenido la constitución de un Dispute Board conforme al Reglamento, pero no hayan convenido el número de miembros del Dispute Board, éste estará compuesto por tres miembros.

En caso de que las partes hayan convenido que el Dispute Board se componga de un miembro único, éstas nombrarán de común acuerdo al miembro único del Dispute Board. Si las partes no han nombrado al miembro único del DB en el plazo de treinta días siguientes a la firma del contrato o en el plazo de treinta días siguientes al inicio de cualquier ejecución prevista en el contrato, acogiéndose a lo que ocurra primero, o dentro de cualquier otro plazo acordado por las partes, el Centro nombrará, a petición de cualquiera de las partes, al miembro único del Dispute Board.

Cuando el Dispute Board se componga de tres miembros, las partes nombrarán de común acuerdo a los dos primeros miembros del Dispute Board. Si las partes no han nombrado a uno de los miembros del Dispute Board, o a ninguno de los dos, en un plazo de treinta días siguientes a la firma del contrato o dentro de los treinta días siguientes al inicio de cualquier ejecución prevista en el contrato, acogiéndose a lo que ocurra primero, o dentro de cualquier otro plazo acordado por las partes, el Centro nombrará, a petición de cualquiera de las partes, a los dos miembros del Dispute Board.

El tercer miembro del Dispute Board será propuesto a las partes por los dos primeros miembros del Dispute Board en un plazo de treinta días contados a partir del nombramiento del segundo miembro del Dispute Board. Si las partes no nombran al tercer miembro del Dispute Board propuesto dentro de los siguientes quince días contados a partir de la recepción de la propuesta, o si los dos primeros miembros del Dispute Board no proponen al tercer miembro del Dispute Board, el tercer miembro del Dispute Board será nombrado por el Centro a petición de cualquiera de las partes. El tercer miembro del Dispute Board ejercerá las funciones de presidente del Dispute Board, salvo que todos los miembros del Dispute Board acuerden, con el consentimiento de las partes, que sea otro el presidente.

2.3.1. Contrato de miembro del Dispute Board.

Antes del inicio de las actividades del Dispute Board, cada uno de los miembros del Dispute Board debe firmar un contrato de miembro del Dispute Board con todas las partes. Si el Dispute Board está compuesto de tres miembros o más, cada contrato debe contener condiciones sustantivas que sean idénticas a las de los demás contratos de miembro del Dispute Board, salvo acuerdo en contrario de las partes y de dicho miembro del Dispute Board.

2.4. Obligación de Cooperación.

Las partes deben cooperar plenamente con el Dispute Board y facilitarle la información en tiempo oportuno. Así mismo, las partes se asegurarán de que se mantenga informado al Dispute Board de la ejecución del contrato y de cualquier desacuerdo que pudiera sobrevenir durante el curso del mismo, mediante informes de seguimiento, reuniones y, si la naturaleza del contrato lo exige, visitas al sitio.

2.4.1. Reuniones y visitas al sitio.

Al inicio de sus actividades, después de haber consultado a las partes, el Dispute Board deberá fijar un calendario de reuniones y, si la naturaleza del contrato lo exige, visitas al sitio. Las reuniones y visitas al sitio deben ser lo suficientemente frecuentes con el fin de que el Dispute Board se mantenga informado de la ejecución del contrato y de cualquier desacuerdo.

Después de cada reunión o de cada visita al sitio, el Dispute Board redactará un informe de la reunión o visita, incluyendo la lista de personas presentes.

2.5. Funcionamiento del Dispute Board.

2.5.1. Inicio y fin de las actividades del Dispute Board.

El Dispute Board iniciará sus actividades una vez que todos los miembros del Dispute Board y las partes hayan firmado el o los contratos de miembro del Dispute Board. Salvo acuerdo en contrario de las partes, el Dispute Board pondrá fin a sus actividades al recibir una notificación de las partes mediante la cual comunican su decisión conjunta de disolver el Dispute Board.

2.5.2. Facultades del Dispute Board.

El Dispute Board se encuentra facultado, *inter alia*, para:

- Determinar el o los idiomas del procedimiento ante el Dispute Board, teniendo en consideración todas las circunstancias pertinentes, inclusive el idioma del Contrato;

- Requerir a las partes que aporten cualquier documento que el Dispute Board juzgue necesario para cumplir su tarea;
- Convocar reuniones, visitas al sitio y audiencias;
- Decidir sobre las cuestiones relativas al procedimiento que surjan durante las reuniones, visitas al sitio o audiencias;
- Interrogar a las partes y a sus representantes, y a cualquier testigo que éstos pudieran convocar, en el orden que el Dispute Board estime;
- Nombrar a uno o más peritos, con el acuerdo de las Partes;
- Emitir una conclusión incluso cuando una de las partes no haya acatado una petición del Dispute Board;
- Decidir sobre cualquier remedio temporal, como una medida provisional o cautelar; y;
- Tomar las medidas necesarias para el ejercicio de sus funciones como Dispute Board.

2.6. **Funciones del Dispute Board.**

- a) **Prevención de desacuerdos:** Si en cualquier momento, en particular durante las reuniones o visitas al sitio, el Dispute Board estima que puede haber un potencial desacuerdo entre las partes, el Dispute Board puede plantearse a las partes con el fin de alentarlas a evitar el desacuerdo por sí mismas, sin mayor participación del Dispute Board.

El Dispute Board puede sugerir un proceso específico que podría permitir que las partes eviten el desacuerdo, a la vez que deja claro a las partes que está dispuesto a prestar asistencia informal o a emitir una conclusión si no logran evitar el desacuerdo por sí solas.

- b) **Asistencia informal en los desacuerdos:** Por iniciativa propia o a petición de una de las partes y siempre con el acuerdo de todas las partes, el Dispute Board, puede de manera informal, ayudar a las partes a resolver los desacuerdos que puedan haber surgido durante la ejecución del contrato. Esta asistencia informal puede prestarse durante cualquier reunión o visita al sitio.
- c) **Sumisión formal para una conclusión:** Toda Parte puede someter formalmente, en cualquier momento, un desacuerdo al Dispute Board para una conclusión. A partir de ese instante, el desacuerdo se convierte en una desavenencia. Durante la sumisión formal, no habrá conversaciones informales ni reuniones por separado entre ningún miembro del Dispute Board y cualquier parte, relacionadas con alguno de los asuntos cubiertos por la sumisión formal.

2.7. Procedimiento de Sumisión Formal de las Desavenencias.

El procedimiento de sumisión formal de las desavenencias que deberá realizar la parte que se encuentra interesada en la emisión de una decisión por parte del Dispute Board, se desarrollará de la siguiente manera:

2.7.1. Exposición de la Demanda.

Para someter una desavenencia al Dispute Board, una de las partes debe presentar a la otra y al Dispute Board una exposición escrita concisa de la desavenencia (Exposición de la Demanda), la cual debe incluir los siguientes puntos:

- Una descripción clara y concisa de la naturaleza y de las circunstancias de la desavenencia;
- Una lista de los asuntos sometidos al Dispute Board para una conclusión y una exposición de la posición de la parte solicitante sobre estos asuntos, incluyendo todos los elementos pertinentes de hecho o de derecho;
- Un justificante relevante que fundamente la posición de la parte solicitante como documentos, dibujos, programas y correspondencia;
- Una exposición de las pretensiones, junto con el monto de cualquier demanda cuantificada y, en la medida de lo posible, una estimación del valor monetario de cualquier otra demanda;
- Cualquier solicitud de medidas provisionales o cautelares; y
- En el caso de un Combined Dispute Board, si la parte solicitante desea que el Combined Dispute Board dicte una decisión, la solicitud de una decisión y la indicación de las razones que motivan a esta parte a considerar que se debe dictar una decisión, en lugar de una recomendación.

Cabe mencionar, que para todos los efectos a que diera lugar, la fecha de recepción de la Exposición de Demanda por el miembro único o por el miembro presidente del Dispute Board, según sea el caso, será considerada como la fecha de inicio de la sumisión.

Independientemente de lo anterior, las partes son libres, en cualquier momento, de llegar a un acuerdo sobre la desavenencia mediante la negociación, con o sin ayuda del Dispute Board.

2.7.2. Contestación y documentos adicionales.

Salvo que las partes hayan acordado algo en contrario, o por instrucciones contrarias del Dispute Board, la parte que reciba la Exposición de la Demanda, deberá responderla por escrito (La Contestación), dentro del término de los treinta días siguientes a la recepción de la misma. La contestación deberá incluir lo siguiente:

- Una exposición clara y concisa de la posición de la parte que contesta respecto de la Desavenencia;
- Un justificante relevante que fundamente su posición como documentos, dibujos, programas y correspondencia;
- Una exposición de los asuntos para los cuales la parte que contesta solicita la conclusión del Dispute Board, incluyendo cualquier solicitud de medidas provisionales o cautelares;
- En el caso de un Combined Dispute Board, una contestación a la solicitud de decisión presentada por la parte solicitante o, si ésta no lo ha requerido, cualquier solicitud de decisión de la parte que contesta, incluyendo las razones por las que esta parte estima que el Combined Dispute Board debería emitir el tipo de conclusión que desea.

Cabe mencionar, que en cualquier momento el Dispute Board puede solicitar a una parte que presente escritos o documentos adicionales para ayudar al Dispute Board a preparar su conclusión.

2.7.3. Organización y conducción de las audiencias.

En caso de que exista una desavenencia, se deberá celebrar una audiencia, salvo que las partes y el Dispute Board acuerden otra cosa. Las audiencias se celebrarán dentro del plazo de quince días siguientes a la recepción de la contestación por el miembro único del Dispute Board o por el presidente del Dispute Board, según el caso.

El Dispute Board tendrá la plena dirección de las audiencias, y deberá actuar justa e imparcialmente para asegurarse que cada parte tenga la oportunidad suficiente de exponer su caso.

Las partes podrán comparecer a las audiencias en persona o a través de representantes debidamente acreditados a cargo de la ejecución del contrato. Así mismo, podrán estar asistidas por consejeros.

La audiencia se desarrollará de la siguiente manera:

- Presentación del caso, en primer lugar, por la parte solicitante seguida por la parte que responde;
- Indicación por parte del Dispute Board de las cuestiones que requieren más amplias aclaraciones;
- Aclaración por las partes de las cuestiones identificadas por el Dispute Board;
- Contestación de cada parte a las aclaraciones aportadas por la otra parte, en la medida en que estas aclaraciones pongan de relieve hechos nuevos.

El Dispute Board puede solicitar a las partes que faciliten sumarios escritos de sus declaraciones. En relación, a la deliberación por parte del Dispute Board, éste lo puede hacer en cualquier lugar que considere apropiado antes de emitir su conclusión.

2.8 Conclusiones del Dispute Board.

El Dispute Board deberá emitir sus conclusiones (recomendaciones o decisiones) de acuerdo a las siguientes consideraciones:

2.8.1. Plazo para emitir una Conclusión.

El Dispute Board deberá emitir su conclusión con prontitud, y, en cualquier caso, dentro de los 90 días siguientes a la fecha de inicio del procedimiento de sumisión formal de desavenencias. No obstante, el Dispute Board puede prorrogar el plazo con el acuerdo de las partes, siempre y cuando este no sea superior a veinte días.

Si las partes acuerdan someter las decisiones a la CCI para su examen, el plazo para dictar una decisión se prolongará por el tiempo requerido por el Centro para realizar el examen.

El Centro debe finalizar su examen en el plazo de treinta días siguientes a la recepción de la decisión o al pago de la tasa de registro, teniendo en cuenta la fecha de lo último ocurrido, no obstante, si es necesario un plazo adicional para este examen, el Centro notificará por escrito al Dispute Board y a las partes, antes de que expiren los treinta días, precisando la nueva fecha en la que el Centro habrá finalizado su examen.

2.8.2. Examen de las Decisiones por el Centro.

Cuando las partes hayan optado someter las decisiones de un Dispute Adjudication Board o de un Combined Dispute Board al Centro para su examen, el Dispute Board someterá su decisión al Centro en forma de proyecto antes de firmarla. El Centro solamente puede ordenar modificaciones en cuanto a la forma de la decisión. En el entendido, de que la decisión no podrá ser firmada por los miembros del Dispute Board ni comunicada a las partes antes de su previa aprobación por el Centro.

2.8.3. Contenido de una Conclusión.

Las conclusiones deben indicar la fecha de su emisión y exponer las pronunciaciones del Dispute Board, así como las razones en que se fundamentan. Las conclusiones pueden incluir igualmente los elementos que figuran a continuación, sin limitaciones y sin seguir forzosamente el mismo orden:

- Un resumen de la desavenencia, de las posiciones respectivas de las partes y de la conclusión que se solicita;
- Un resumen de las disposiciones pertinentes del Contrato;
- Una cronología de los hechos relevantes;
- Un resumen del procedimiento seguido por el Dispute Board, y
- Una lista de los escritos y de los documentos proporcionados por las partes durante el procedimiento.

2.8.4. Emisión de la Conclusión.

Cuando el Dispute Board se compone de tres miembros o más, debe esforzarse en decidir por unanimidad. En caso contrario, los miembros del Dispute Board decidirán por mayoría. A falta de mayoría, el presidente del Dispute Board emitirá una conclusión él solo. El miembro del Dispute Board que no esté de acuerdo con la Conclusión debe exponer las razones que motivan su desacuerdo en un documento escrito por separado que no forma parte de la conclusión, pero que se comunica a las partes. El hecho de que un miembro del Dispute Board no motive su desacuerdo no constituye un obstáculo para la emisión y el efecto de la conclusión.

Conclusiones.

Los Dispute Boards constituyen, inequívoca e indudablemente, un mecanismo alternativo de solución de controversias, altamente eficaz y eficiente, para los particulares y los Estados, que participan en proyectos de gran complejidad en los sectores de la construcción, infraestructura, propiedad intelectual, investigación y desarrollo, ya que no solamente tienen por objeto solucionar los desacuerdos y desavenencias que surjan durante su ejecución, sino que también ayudan a prevenir el surgimiento de estos.

El gran beneficio del uso de los Dispute Boards es que sus miembros pueden supervisar la ejecución de los proyectos de inicio a fin, y de esa forma prever el surgimiento de diferencias entre las partes, y en caso de que estas se generen, pueden ayudar inmediatamente a las partes a solucionarlas, antes que dichas diferencias polaricen sus puntos de vista, y el problema tome una mayor magnitud, y ocasione la suspensión temporal del proyecto en cuestión, ahorrando con esto tiempo y el gasto innecesario de recursos. Lo anterior, a través de una atmósfera que contribuya a que las partes tengan una comunicación efectiva, y desde luego la confianza de contar con verdaderos especialistas en la materia objeto del proyecto.

La implementación y mayor difusión de los Dispute Boards en México, sin lugar a dudas, contribuiría a otorgar mayor confianza y seguridad a las partes celebrantes de un contrato, a la vez que reducirían el importante número de disputas derivadas de la ejecución del mismo, que, ante la imposibilidad de llegar a un acuerdo entre las partes, tienen que ser solucionadas a través del tradicional litigio judicial, o bien del arbitraje comercial. Lo cual, también propiciaría un aumento relevante de las operaciones comerciales, no solamente entre los particulares, sino también entre los particulares y el Estado, lo que coadyuvaría a incrementar la economía del país.

BIBLIOGRAFÍA

- Cairns, David J.A. y Madalena, Ignacio, "El Reglamento de la ICC Relativo a los "Dispute Boards", *Revista Jurídica Española de Doctrina*, Núm. 3, 2005. Consultado en línea, el día 15 de enero de 2021, en la URL: <https://www.cremades.com/pics/contenido/File634528963777658688.pdf>
- Cámara de Comercio Internacional (ICC); "Reglamento Relativo a los Dispute Boards 2018"; consultado en línea el 15 de enero de 2021, en la URL: <http://www.iccwbo.org>
- Centro de Comercio Internacional, *Asociación Americana de Arbitraje*. Consultado en línea el 24 de febrero de 2021, en la URL: <https://www.intracen.org/Asociacion-Americana-de-Arbitraje/>
- Chartered Institute of Arbitrators, "Dispute Boards Rules", August 2014, UK. Consultado en línea el 15 de enero de 2021, en la URL: <https://www.ciarb.org/media/3934/ciarb-dispute-board-rules.pdf>
- Chern, Cyril; "Chern on Dispute Boards, Practice and Procedure". Primera edición, Editorial: Blackwell Publishing; United States, 2008.
- Escobar Muñoz, Andrea Karina, *Dispute Board como mecanismo alternativo de solución de controversias contractuales en obras de infraestructura*, Universidad Andina Simón Bolívar, Ecuador, 2014. Consultado en línea, el día 10 de enero de 2021, en la URL: <https://core.ac.uk/download/pdf/159774588.pdf>
- Figueroa Valdés, Juan Eduardo; "Los Dispute Boards o Paneles Técnicos en los Contratos Internacionales de Construcción". Consultado en línea el 15 de enero de 2021, en la URL: <https://www.pj.gov.py/ebook/monografias/extranjero/arbitraje/Juan-Figueroa-Valdez-Los-Dispute-Boards-en-los-contratos-internacionales-de-construcci%C3%B3n-M%C3%A9xico.pdf>
- Figueroa, Dante, "Dispute Boards for Infrastructure Projects in Latin America: A New Kid in the Block", *Dispute Resolution International*, vol. 11, núm. 2, octubre 2017.
- González de Cossío, Francisco; "Arbitraje y Contratación Gubernamental", Pauta de la Cámara Internacional de Comercio, No. 68 junio 2013. Consultado en línea el 15 de enero de 2021, disponible en la URL: <https://www.iccmex.mx/uploads/galerias/34f95ff684be70cb4c8a37410b3bc5ac3120da49.pdf>
- Gould, Nicholas, *An Overview of the CIARB Dispute Board Rules*, IBC Legal Conferences Construction Law Contracts and Disputes, 2015.
- Hernández García, Roberto; "Dispute Boards (Paneles de Solución de Controversias) en Latinoamérica: Retos y perspectivas de un fascinante medio de solución de controversias", en "Dispute Boards en Latinoamérica: Experiencias y retos", Coordinador: García Hernández, Roberto. Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú, 2014. Consultado en línea, el día 15 de enero de 2021, en la URL: <http://www.castillofreyre.com/Publicaciones/Arbitraje/1>
- International Centre for Dispute Resolution; "International Dispute Resolution Procedures", consultado en línea, el día 15 de enero de 2021, en la URL: https://www.icdr.org/sites/default/files/document_repository/ICDR_Rules.pdf?utm_source=icdr-website&utm_medium=rules-page&utm_campaign=rules-intl
- International Centre for Dispute Resolution. Consultado en línea, el día 15 de enero de 2021, en la URL: https://www.icdr.org/about_icdr
- Jácome Carrera, Juan Pablo, *La función de los dispute boards como mecanismos de solución de conflictos en obras de infraestructura estatal que promueven la inversión extranjera*, Universidad Andina Simón Bolívar, Ecuador, 2020. Consultado en línea, el día 12 de febrero de 2021, en la URL: <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/7535/1/T3276-MRI-J%C3%A1come-La%20funcion.pdf>
- López Ospina, Inés Verónica, "La Importancia de Implementar Dispute Boards como Medio Alternativo de Solución de Conflictos en la Ejecución de Contratos de Obra en Colombia", *Revista Universitas Estudiantes*, núm. 14, 2016.
- The Dispute Board Federation, Consultado en línea, el día 15 de enero de 2021, en la URL: <http://www.dbfederation.org/about-us.asp>

Ejecución de laudos anulados, concepción internacional y propuesta de aplicación nacional



Paulo Maza Moreno

Resumen

La Convención de Nueva York ("La Convención") a pesar de sus múltiples méritos, no ha podido proveer una solución uniforme a la ejecución de laudos que han sido anulados en la sede del arbitraje.³⁷⁶ La discrecionalidad otorgada por dicha Convención genera distintas aproximaciones o interpretaciones llevadas por judicaturas de diversos países, quienes aplican lo que a su entender, quiso decir la convención sobre el tema.³⁷⁷ A través de este artículo, se propone como idónea la aproximación propuesta por la teoría internacionalista y de derecho más favorable (que se explica más adelante) adoptada por las cortes francesas para llegar a una solución armónica, pro-arbitraje y que abrace el sistema jurídico internacional. Lo anterior, sin generar fricciones entre los estados miembros de la Convención.

¿La Convención de Nueva York, provee problemas y soluciones?

La cuestión de ejecutar laudos que han sido anulados no es muy común, pero da lugar a potenciales problemas de aplicación de la Convención de Nueva York, a apreciaciones polarizadas y si no se encuentran soluciones armónicas se podría ver seriamente afectado el funcionamiento del arbitraje internacional.^{ccclxxviii} La convención prevé causales por las cuales se *podrá* denegar el reconocimiento y la ejecución de un laudo extranjero. En ese sentido, los jueces locales cuentan con la discrecionalidad de decidir si ejecutar o no un laudo que ha sido anulado.

Para lo anterior el juez debe asumir una de las dos posturas posibles, no ejecución como consecuencia de la nulidad, o ejecución a pesar de la nulidad.^{ccclxxix} El primer supuesto parte de la premisa de que post-declaración judicial de nulidad no hay nada que ejecutar,^{ccclxxx} siguiendo el principio *ex nihilo nihil fit* (la nada no hace nada).^{ccclxxxi} El segundo supuesto parte de la premisa de que un laudo es parte de la justicia internacional, por lo que se pretende “deslocalizar” el laudo de su sede y así, el mismo no puede ser anulado de manera definitiva.^{ccclxxxii}

Haciendo un análisis a simple vista de la redacción del artículo V 1.e de la Convención, se encuentra la palabra “podrá”, dicho término establece la discrecionalidad o permisibilidad de ejecutar un laudo que ha sido anulado, en lugar de establecer una disposición obligatoria o imperativa. Lo que no establece la Convención es alguna guía sobre cómo deben aplicar los jueces locales la discrecionalidad otorgada. El juez deberá sopesar, por un lado, el espíritu pro-ejecución de la Convención que es parte del sistema jurídico nacional (en los estados miembros), y por el otro la validez de las sentencias extranjeras.^{ccclxxxiii} El lenguaje de la convención invita a reconocer los laudos salvo la acreditación de excepciones muy limitadas. Sin embargo, dicho lenguaje también provoca interpretaciones y aplicaciones de la Convención distintas y en ciertos casos hasta contradictorias entre las judicaturas estatales.

La solución a la problemática es analizar la causal de nulidad y determinar si la ejecución del laudo iría en contra de la ley del lugar donde se pretende ejecutar y, si no está en contra, ejecutarlo. Lo anterior por dos razones. Primero, por la propia voluntad de las partes. Éstas al aceptar someterse a arbitraje consintieron la aplicación de normas de derecho internacional y el laudo como consecuencia del tal pacto forma parte del sistema jurídico internacional. Segundo, por el texto de la Convención que establece una disposición de derecho más favorable en su artículo VII, el cual dice lo siguiente:

*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 concertadas por los Estados Contratantes ni privarán a ninguna de las partes interesadas **de cualquier derecho que pudiera tener a hacer valer un laudo arbitral en la forma y medida admitidas por la legislación o los tratados del país donde dicha sentencia se invoque.** (énfasis añadido)*

El citado artículo otorga el poder a las cortes locales de apartarse de la Convención si la legislación local tiene disposiciones más permisivas para la ejecución del laudo. Nuevamente el mensaje de la convención es claro, el reconocimiento y la ejecución de los laudos debe prevalecer salvo las limitadas excepciones previstas, y aún si se da alguna de esas excepciones el laudo “puede” ser ejecutado. El artículo VII implementa el objetivo de mayor ejecutabilidad al permitirle a los jueces locales seguir un procedimiento de reconocimiento y ejecución de acuerdo con su ley local si ésta es más beneficiosa al laudo.^{ccclxxxiv}

En resumen, la convención prevé solución al aspecto del reconocimiento y ejecución de laudos marcando un mensaje pro-ejecución muy claro. Sin embargo, también genera el problema de que su aplicación no va a ser uniforme debido a la discrecionalidad que concede, tan es así que jurisdicciones como EUA, Francia y Holanda la han aplicado de manera distinta.

Aproximación judicial, diferencias de aplicación en distintos países: Teorías que surgen de los casos más relevantes

Las Cortes locales han interpretado la disposición permisiva de la Convención de manera distinta. Mientras que en Francia se adopta una teoría internacionalista y de deslocalización del laudo, en EUA se optó por realizar un análisis de deferencia de la sentencia de nulidad. Teorías distintas que generan resultados distintos. Eso sí, la conclusión a la que se llega es la misma, la nulidad del laudo no implica necesariamente que el mismo no va a poder ser ejecutado con posterioridad en algún otro país.

La primera jurisdicción que se vio enfrentada a resolver esta cuestión, fue la jurisdicción francesa en el caso *Norsolor*,^{ccclxxxv} su criterio no ha cambiado mucho desde ese caso. Sin embargo en casos más recientes, judicaturas como Estados Unidos y Holanda han tomado aproximaciones distintas a la francesa, analizando la decisión de nulidad, ignorando sus efectos.^{ccclxxxvi} Obviamente las tres jurisdicciones tienen puntos en común, no obstante la aproximación final varía.

Para poder abordar apropiadamente este punto se hará un análisis de ciertos casos en que se ha presentado la particular circunstancia de intentar ejecutar un laudo que ha sido anulado. Aunque se han desarrollado más teorías,^{ccclxxxvii} los casos se analizarán tomando las dos teorías o aproximaciones que en opinión del autor han tenido más eco a nivel mundial: (i) la teoría internacionalista y de derecho más favorable y (ii) la teoría de la deferencia.^{ccclxxxviii}

Teoría internacionalista y de derecho más favorable

Francia, un país que ha estado siempre a la vanguardia en materia de arbitraje y con una clara política pro-arbitraje, adoptó una teoría internacionalista y de derecho más favorable al resolver cuestiones de ejecución de laudos anulados. Veamos los casos:

Norsolor

Comencemos por el principio, el primer caso en el que se planteó esta particular circunstancia fue el caso *Norsolor*,^{cccixxxix} cuyo resultado fue bastante curioso ya que la nulidad terminó siendo anulada por las propias cortes que la decretaron. En *Norsolor* la Corte de Apelación de Viena, siendo Austria el lugar de la sede, anuló el laudo. La parte triunfadora en el arbitraje, a pesar de la sentencia de nulidad, decide acudir a la Corte de Apelación de París a intentar ejecutar el laudo. En primera instancia la Corte parisina decide respetar la decisión de la Corte austriaca y niega la ejecución del laudo por haber sido el mismo anulado en el lugar de la sede en términos del artículo V de la Convención de Nueva York. Posteriormente, la Corte de Casación casó y anuló la sentencia de la Corte parisina que negaba la ejecución. El razonamiento fue el siguiente: En primer lugar, determinó que un laudo arbitral forma parte de la justicia internacional, y que las partes aceptaron eso al someter su controversia a arbitraje. Es decir, a pesar de que de cierta forma el arbitraje está vinculado a una sede, el laudo que surge del mismo puede ser deslocalizado de las cortes del lugar de la sede si las circunstancias lo justifican, pues en ocasiones el lugar de la sede es accidental. En segundo lugar, se determinó que, con base en la propia convención, el artículo VII permite a las partes hacer valer sus derechos en términos de la legislación del lugar donde se pretende ejecutar, si estos son más beneficiosos a la ejecución del laudo que la propia convención. En Francia el procedimiento de ejecución se rige por el Nuevo Código de Procedimientos Civiles^{cccxc} mismo que en su artículo 1502 prevé las causales bajo las cuales, en términos de derecho francés, se puede negar la ejecución de un laudo, y en este no se encuentra la causal de nulidad previa. Luego entonces, la ejecución del laudo fue ordenada por la Corte de Casación.

Posterior a eso, la “*Austrian Oberster Gerichtshof*” (Suprema Corte de Austria) anuló la decisión de nulidad de la Corte de Viena,^{cccxc} por lo que al final la Corte de Casación terminó ejecutando un laudo plenamente válido. Este caso marco el inicio de una política pro-ejecución por parte de las Cortes francesas.

Hilmarton

Siguiendo la misma línea^{cccxcii} las Cortes francesas, primero la Corte de Apelación de París y subsecuentemente la Corte de Casación decidieron ejecutar un laudo otorgado en Suiza que fue anulado por las Cortes suizas, el caso “*Hilmarton*”.^{cccxciii} La Corte de Casación argumentó que por su característica de internacional, una sentencia de arbitraje de esta índole no era una decisión integrada al orden jurídico de Suiza.^{cccxciv} Esto, considerando que el artículo V relacionado con el VII de la Convención de Nueva York permite ejecutar laudos anulados si el país donde se pretende ejecutar lo permite. Y concluyó que la ejecución del laudo no era contraria al orden público de Francia, pues en palabras de la corte:

“la sentencia suiza era una sentencia internacional que no estaba incorporada a orden jurídico de dicho estado, de manera que su existencia se mantuvo establecida pese a su anulación, y el que sea reconocida en Francia no es contrario al orden público internacional;

se desprende del art. 7 de la Convención de Nueva York que el juez puede negar la ejecución de un laudo extranjero cuando su derecho nacional lo autorice; y que las disposiciones del art. 5-1, e, de la Convención, que establecen la negativa para la ejecución de un laudo anulado en su país de origen, deben ser excluidas cuando el derecho del país en donde se solicite la ejecución de la sentencia permita dicha ejecución; que en la especie, la anulación de la sentencia emitida en Ginebra no constituye, de conformidad con el art. 1502 del Nuevo Código de Procedimientos Civiles, un caso de negación de las reglas francesas de arbitraje Internacional para solicitar en Francia la ejecución de un laudo; de un laudo emitido en materia de arbitraje internacional anulado en el extranjero conforme a derecho local, no es contrario al orden público internacional.”^{cccxcv}

Putrabali

Más adelante hubo otro caso en el que las Cortes francesas decidieron ejecutar un laudo anulado, siguiendo la argumentación de *Norsolor y Hilmarton*, el caso *Putrabali*.^{cccxcvi} Después de un arbitraje que surge de una compraventa de especias, *Putrabali* es condenado a pagar el precio del contrato. El laudo fue apelado en la *High Court of London* y fue anulado parcialmente. Posterior a eso, se emitió un segundo laudo, ya que el reglamento escogido por las partes permitía tal situación,^{cccxcvii} en el cual *Rena Holdings* era condenada a pagar el precio a *Putrabali*. Al ser condenada, *Rena Holdings* inició un procedimiento de ejecución en contra de *Putrabali*, y la Corte de Primera Instancia de París ordenó la ejecución del laudo. La decisión fue apelada por *Putrabali* argumentando la existencia de un segundo laudo. En la última instancia la Corte de Casación confirmó la sentencia de la Corte parisina, argumentando que la decisión de 2001 (De la Corte de Primera Instancia de París) versaba sobre los mismos hechos y por tanto tenía efecto de *res judicata* sobre el segundo laudo, ya que fue incorporada al sistema legal francés primero. Con base en esto, decidió ejecutar el laudo en términos de sus previas decisiones resolviendo:

*Mientras que el laudo internacional, que no está ligado a orden jurídico estatal, es una decisión de la justicia internacional cuya alguna regularidad se examinará en relación con las reglas aplicables en el país en donde se solicite su ejecución y reconocimiento; que en aplicación del artículo VII de la Convención de Nueva York del 10 de enero de 1958, la sociedad *Rena Holding* podía presentar en Francia el laudo emitido en Londres el 10 de abril de 2001, de conformidad con la convención de arbitraje y con el reglamento de IGPA, y acoger las disposiciones del derecho francés del arbitraje internacional que no proporciona la anulación del laudo en su país de origen, como causal de rechazo de reconocimiento y ejecución del laudo emitido en el extranjero.”^{cccxcviii}*

Esta decisión fue criticada pues hubo quienes la consideraron como una “violación a la buena fe procesal”.^{cccxcix} En parte es cierto, pues, al perder el segundo laudo y después de haber participado en el procedimiento, *Rena Holdings* decidió ejecutar en París y por cuestiones de quién incorporó el laudo al sistema jurídico francés primero, consiguió la ejecución. Aquí la Corte de Casación erró no en la forma en que concibe los laudos internacionales, sino en que no tomó en cuenta el abuso procesal cometido por *Rena Holdings*.

Kompas v. OAO

Esta postura tuvo eco también en Holanda, cabe mencionar que las Cortes holandesas han sido muy casuísticas para decidir esta cuestión, han optado por realizar análisis con base en derecho más favorable, con base en deferencia e ignorando las sentencias anuladas. Mencionemos ahora el caso en el que optaron por seguir el ejemplo de Francia. En el caso *Kompas v. OAO*^{cd} se inició un procedimiento de ejecución en la Corte de Distrito de Ámsterdam y el Juez de Distrito decidió ejecutar el laudo basándose en su internacionalidad y en el artículo VII de la Convención de Nueva York, ya que el Código de Procedimientos Civiles de los Países Bajos no prevé como causal de nulidad la existencia de una nulidad previa (mismo caso que el Nuevo Código de Procedimientos Civiles francés) argumentando que:

la negativa a ejecutar un laudo en el país de su emisión no necesariamente da lugar a su negativa de reconocimiento y ejecución en los países bajos, esto ocurriría únicamente si la causal en la que se basa la negativa a ejecutar fuese una de las causales previstas por el artículo 1076 del Código de Procedimientos Civiles.^{cdi}

Síntesis:

El razonamiento utilizado por las Cortes francesas es intelectualmente estimulante,^{cdii} es una aproximación que toma en cuenta el origen del arbitraje, toma en cuenta la intención de las partes al crear un acuerdo arbitral, que como se mencionó es de obtener una decisión de justicia internacional. Si las partes hubiesen preferido siempre obtener una decisión sujeta a alguna corte nacional vinculante, así lo hubieran pactado. La postura francesa atiende al origen del acuerdo y a la “*raison d’être*” de un arbitraje internacional. Por otro lado, realiza una interpretación sistemática de la Convención, analiza las causales por las cuales se podrá negar el reconocimiento y ejecución del laudo (art. V) y las relaciona con las disposiciones de derecho más favorable (art. VII) acogiendo la totalidad de la Convención y no solo unas partes. En opinión del que esto escribe, la postura entiende perfectamente la naturaleza de los dos procedimientos involucrados, la característica internacional del arbitraje y la localidad del procedimiento de ejecución.

Cabe mencionar que, como cualquier teoría, ésta no es perfecta, ya que puede interpretarse que fomenta el *forum shopping* o puede utilizarse para ejecutar laudos cuya resolución de nulidad queda aún pendiente en el lugar de la sede. Esto pues desvincula el laudo de su lugar de origen y lo incorpora (en cuanto a su ejecución) al derecho francés, como sucedió en *Putrabali*. Así lo expresó Eric Shwartz, quien dijo: “*If an award is set aside in the country of origin, a party still can try its luck on France*”.^{cdiii}

Teoría de la deferencia

Las Cortes estadounidenses y holandesas al verse enfrentadas con una decisión de si ejecutar o no un laudo anulado escogieron una aproximación distinta a la francesa, determinar si la sentencia de nulidad merece o no deferencia en sus respectivos países.

Chromalloy

En Estados Unidos es el capítulo 2 de la Federal Arbitration Act (FAA) el que implementó la Convención de Nueva York en su legislación local. La Sección 207 establece que las Cortes “*shall confirm the award unless it finds one of the grounds for refusal or deferral or recognition and enforcement of the awards specified in the covention*”.^{cdiv} El primer caso fue *Chromalloy*^{cdv} y surge de un arbitraje entre una Corporación Americana y la Fuerza Aérea de Egipto. El laudo fue otorgado en contra de Egipto, pero antes de que *Chromalloy* pudiera ejecutarlo, las Cortes egipcias lo anularon argumentando que era contrario a la Ley egipcia.^{cdvi} En el acuerdo arbitral las partes habían acordado no apelar.^{cdvii} *Chromalloy* acudió ante las Cortes de Distrito del Distrito de Columbia a ejecutar el laudo, y la Corte procedió a su ejecución abrazando el artículo VII de la Convención de Nueva York (similar a las Cortes francesas), estableciendo una “*emphatic public policy in favor of arbitration*”.^{cdviii} Lo anterior, haciendo un análisis de deferencia a la decisión egipcia, encontrando que la misma no la merecía porque violaba el acuerdo de las partes de no apelar la decisión, y por tanto reconocerla “*would violate this clear US public policy*”.^{cdix} Sin embargo esta política pro-ejecución inició y terminó en *Chromalloy*.^{cdx}

Baker Marine

El siguiente caso fue *Baker Marine*,^{cdxi} este surgió de un arbitraje entre *Baker Marine (Nigeria)* y *Chevron Ltd (Nigeria)*. El laudo resultó favorable para *Baker Marine*, pero *Chevron* consiguió su nulidad en Cortes nigerianas. *Baker Marine* intentó ejecutar el laudo, pero la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito decidió otorgar deferencia a la resolución de la Corte nigeriana. La argumentación se basó en que el arbitraje fue llevado por partes nigerianas, versaba sobre comercio en Nigeria y estaba sujeto a Ley nigeriana.^{cdxii} La Corte de Apelación indicó que *Baker Marine* “*has shown no adequate reason for refusing to recognise the Nigerian annulment... for instance, it has made no contention that the Nigerian Courts acted against Nigerian Law*”,^{cdxiii} razón por la que no ejecutó el laudo. Aquí la corte de Apelaciones dio un giro en la forma de concebir los laudos anulados al otorgar deferencia a la sentencia nigeriana por ser la jurisdicción primaria.^{cdxiv}

Termorío

Siguiendo la nueva línea argumentativa de *Baker Marine* surge *Termorío*.^{cdxv} Este caso proviene de un arbitraje entre *Termorío* y *Electrana*, en el que *Termorío* resultó victorioso. El laudo fue anulado por el Consejo de Estado colombiano, ya que la Ley colombiana no preveía específicamente el Reglamento CCI como opción para regir un arbitraje. *Termorío* intenta ejecutar en laudo, pero la Corte de Apelación del Distrito de Columbia negó la ejecución. Esto, argumentando que la Convención de Nueva York establecía que las Cortes de la jurisdicción primaria (Cortes de la sede) tienen facultades para anular los laudos, y que era un principio de la Convención considerar que “an arbitration award does not exist to be enforced in other contracting states if it has been lawfully set aside by a competent authority in the State in which the award was made”.^{cdxvi} Razón por la cual dicha sentencia merecía deferencia y reconocimiento en EUA. Esta decisión fue ampliamente criticada y considerada como “fundamentalmente incorrecta” en términos de la Convención de Nueva York.^{cdxvii}

COMMISA

Posterior a *Termorío*, surgió un caso que detonó mucha polémica a nivel internacional pero sobre todo en nuestro país,^{cdxviii} el caso “*COMMISA*”.^{cdxix} El caso surgió de un arbitraje entre *COMMISA* y PEMEX (previo a la reforma energética) y marcó un parteaguas en la arbitrabilidad de la rescisión unilateral administrativa en materia de hidrocarburos.^{cdxx} PEMEX había contratado con *COMMISA* y decide rescindir el contrato, se va el caso a arbitraje y PEMEX resulta perdedor. Posterior a eso se inicia un juicio de nulidad en el que el Décimo Primer Tribunal Colegiado de Circuito anula el laudo argumentando que, por cuestiones de orden público, la rescisión unilateral administrativa no era arbitrable. Dicha decisión llegó hasta la Suprema Corte vía facultad de atracción y fue confirmada. Lo anterior, llevó a *COMMISA* a iniciar un procedimiento de ejecución ante la Corte de Distrito del Sur de Nueva York, misma que determinó que la sentencia del Colegiado mexicano “violated basic notions of justice” por una supuesta aplicación retroactiva de la ley en contra de *COMMISA*.^{cdxxi} PEMEX apeló la decisión de la Corte de Distrito y en 2016 la misma fue confirmada por la Corte de Apelación.^{cdxxii} Aquí surge una duda ¿Tendrá facultad un tribunal extranjero para determinar si el más alto Tribunal Judicial mexicano aplicó correctamente su propia ley? La duda queda al aire, y es precisamente por cuestiones como esta, que el análisis de deferencia puede resultar inadecuado, excesivo y en ocasiones hasta adversarial entre judicaturas.^{cdxxiii}

Thai-Lao Lignite

Otro caso que surge previo a la decisión de la Apelación de *COMMISA*, pero posterior a la decisión de la Corte de Distrito del Sur de Nueva York sobre este, es *Thai-Lao Lignite*.^{cdxxiv} Este caso proviene de un arbitraje entre dos entidades (en conjunto *Thai-Lao Lignite*) y el Gobierno de Laos, el arbitraje tenía sede en Malasia. En el arbitraje el laudo resultó favorable a las entidades, quienes buscaron ejecución en la Corte de Distrito del Sur de Nueva York y la consiguieron (momentáneamente).

Esto, pues en paralelo al procedimiento de ejecución se llevó un juicio de nulidad en Malasia que concluyó cuando la Corte de Apelaciones anuló el laudo determinando que el Tribunal Arbitral había excedido sus facultades. Posterior a eso, el Gobierno de Laos inició un procedimiento de nulidad ante la misma corte Distrito del Sur de Nueva York que había decretado la ejecución, misma que otorgó deferencia a la decisión de la Corte de Apelaciones de Malasia y por tanto declaró que el laudo ya no era ejecutable en EUA. La Corte de Distrito basó su razonamiento en *Baker Marine*, *Termorio* y *COMMISA*^{cdxxv} estableciendo que un laudo anulado sólo puede ser ejecutado en EUA si “viola nociones fundamentales de justicia”, si no se cubre tal extremo, la sentencia de nulidad merece deferencia.

Síntesis:

En resumen, la aplicación de la teoría de la deferencia consiste en tomar la sentencia de nulidad, analizar si merece que se le otorgue deferencia, realizando una interpretación del derecho en el que fue emitida y sólo si no viola nociones fundamentales de justicia o resulta repugnante a las nociones fundamentales de lo que es decente y justo, concedérsela.

La virtud de esta teoría es que respeta (en parte) el principio internacional de *comity*^{cdxxvi} entre sentencias judiciales extranjeras, pues considera que las sentencias de nulidad merecen ser consideradas antes de plantear que no pueden operar en el país que las está revisando. Además, el hecho de que analicen cuestiones de orden público a la luz de su propio derecho, no solo es correcto sino obligado. Sin embargo, se le otorga mayor valor a esta sentencia que al laudo arbitral que se pretende ejecutar, lo que es contrario a la intención de la Convención. También se puede considerar que las Cortes llegan a pecar por exceso, ya que deciden si una corte extranjera aplicó correctamente su propia ley.

Ahora, existe un caso más que se incluye hasta el final y se pone a parte de las demás teorías, pues en él se contrapusieron ambas, la de deferencia y la internacionalista y de derecho más favorable.

Citygroup

El caso involucró a John Leopold Fiorilla y Citygroup Global Markets, Inc. Un Panel Arbitral de la *Financial Industry Regulatory Authority* (FINRA) emitió un laudo en favor del Señor Fiorilla. Citygroup inició un juicio para anular el laudo ante la Corte Suprema de Nueva York y lo consiguió. Posterior a eso, Fiorilla decidió iniciar un procedimiento de ejecución en Francia y consiguió un fallo favorable de las Cortes francesas. En él, se declaraba el laudo arbitral válido iniciando así, un procedimiento de ejecución en Francia congelando activos y embargando propiedades de Citygroup. A la par, Fiorilla había iniciado un procedimiento en EUA para anular la sentencia que declaró nulo el laudo original. La Corte falló en contra de Fiorilla, declarando la nulidad del laudo subsistente, y además ordenó (*enjoined*) a Fiorilla a no continuar con la ejecución en Francia. Fiorilla apeló, pero la Corte denegó la apelación argumentando que el caso no tenía conexión con Francia y ordenó detener la ejecución para proteger la decisión de la Corte inferior en cuanto al fondo.^{cdxxvii}

En resumen, Francia aceptó el laudo con base en la teoría internacionalista y de derecho más favorable y a las Cortes de EUA no les gustó que Francia analizará su sentencia tal y como ellos lo hicieron en casos como *Chromalloy*, *Termorío* o *COMMISA*, por lo que le prohibieron a Fiorilla continuar con ese proceso.

¿Por qué se mencionó que se contrapusieron dos teorías? Porque por un lado las Cortes francesas decidieron ejecutar el laudo, aplicando la teoría internacionalista. Por el otro, la Corte de Apelación de NY profundizó mucho para defender la sentencia de la Corte inferior en cuanto al fondo. Esto implica que no consideran oportuno que otras Cortes analicen sus sentencias. Sin embargo, ellas si realizan tal ejercicio aplicando su teoría de deferencia para analizar sentencias extranjeras, es decir que, en ocasiones, no otorgan la reciprocidad que demandan.

A continuación se puede observar un resumen de los casos inserto en un cuadro.^{cdxxviii}

Caso	País	Teoría aplicada	Resultado
Norsolor	Francia	Internacionalista y Derecho más Favorable (laudo es parte de justicia internacional y Convención permite aplicar ley local más beneficiosa).	Ejecución
Hilmarton	Francia	Internacionalista y Derecho más Favorable (Convención de NY da facultad discrecional. posibilidad de aplicar ley local y ejecución no va vs. orden público).	Ejecución
Putrabali	Francia	Internacionalista y Derecho más Favorable (Laudo es internacional y por tanto podía acoger ley francesa más beneficiosa para ejecutar.)	Ejecución
Kompas v. OAO	Holanda	Internacionalista y Derecho más Favorable (Convención de NY da facultad discrecional y posibilidad de aplicar ley local).	Ejecución
Chromalloy	EUA	Deferencia (no concedida a nulidad egipcia por violar acuerdo de las partes de no Apelación).	Ejecución
Baker Marine	EUA	Deferencia (concedida a nulidad nigeriana pues <i>Baker Marine</i> no argumentó violación a Derecho Nigeriano).	No ejecución
Termorio	EUA	Deferencia (concedida a nulidad colombiana pues Reglamento CCI no era parte de Ley Colombiana).	No ejecución
COMMISA	EUA	Deferencia (no concedida a nulidad mexicana pues "violó nociones fundamentales de justicia").	Ejecución
Thai-lao Lignite	EUA	Deferencia (concedida a nulidad en Malasia, ya que solo se puede ejecutar laudos anulados si nulidad "violan nociones fundamentales de justicia" o "es repugnante para lo que es decente y justo").	No ejecución
Citygroup	Francia /EUA	Internacionalista y de Derecho más Favorable (laudo es parte de justicia internacional y Convención permite aplicar ley local más beneficiosa, se ordena ejecución en Francia. EUA ordena no ejecutar.)	Ejecución Francia/ Orden no ejecución EUA

¿Por qué México debe adoptar la teoría internacionalista y de derecho más favorable?

En México, no se ha presentado el caso en que se pretenda ejecutar un laudo previamente anulado. Habiendo explicado con profundidad las dos teorías, se puede responder a la interrogante planteada al principio del presente escrito. ¿Qué se debe hacer si se pretende ejecutar en México un laudo anulado? La respuesta en opinión del que esto escribe, haciendo eco de otros autores,^{cdxxix} es simple, tomemos la teoría internacionalista y de derechos más favorable. A continuación, se explica cómo y por qué.

México ha tenido avances fascinantes en materia de arbitraje, desde su incorporación en el Código de Comercio hasta la ratificación del convenio del CIADI por el senado. En el proceso, hemos afinado nuestra doctrina en materia arbitral, modernizado nuestros juzgados, reformado positivamente nuestras leyes, constitucionalizado los medios alternos de solución de controversias, pero lo más importante, se ha fomentado la práctica arbitral.

Ahora, antes de dar inicio al análisis de la postura propuesta, es importante determinar si es posible en nuestro país ejecutar laudos anulados. La respuesta es sí^{cdxxx} por dos razones.



Primero, la Convención de Nueva York es un tratado internacional del cual México es parte, que efectivamente permite la ejecución de laudos anulados. En términos constitucionales nuestro país está obligado a respetar los acuerdos internacionales de los que es parte y por tanto al respetar la Convención. Lo anterior, en automático abre la posibilidad a ejecutar laudos anulados en nuestro país. ¿Por qué la Convención lo

permite? Simple, si hacemos un ejercicio de interpretación tanto teleológico como semántico de la Convención, nos damos cuenta que efectivamente permite la ejecución de laudos anulados (como se ha venido mencionando). La interpretación teleológica nos hace atender a su espíritu pro-ejecución, esta fue creada para que los laudos fueran ejecutados en el mayor número de casos y no para evitar su ejecución. Una interpretación semántica nos lleva a la misma conclusión, pues las palabras textuales de la misma indican una discrecionalidad para aplicar las causales de no reconocimiento y ejecución.^{cdxxxi}

Segundo, nuestra propia legislación comercial lo permite. El artículo 1462 del Código de Comercio adoptó lo dispuesto por el artículo V de la Convención, mismo que otorga la presunción de validez a los laudos extranjeros y la facultad discrecional a los jueces de ejecutar laudos que han sido previamente anulados. El razonamiento anterior se basa en que el laudo internacional tiene desde su rendición una existencia objetiva,^{cdxxxii} que trasciende a su sede, por tanto en México, con respecto a lo anterior, las puertas están abiertas.

El presente punto se abordará respondiendo a las siguientes interrogantes: (a) ¿Por qué la teoría de la deferencia tiene un punto de partida incorrecto?; (b) Aplicar el principio “Ex nihilo nihil fit” a laudos anulados, ¿Contradice la naturaleza del laudo?; y (c) ¿Por qué la teoría internacionalista es la mejor opción?

¿Por qué la teoría de la deferencia tiene un punto de partida incorrecto?

En el capítulo anterior se explicó cómo adoptaron las Cortes estadounidenses la teoría de la deferencia, o más bien como se auto-otorgaron la facultad para decidir si una sentencia extranjera “merece” deferencia en EUA o no. Es cierto que al realizar el análisis de los casos *Chromalloy* y *Baker Marine* las Cortes hicieron un análisis extensivo de diversos puntos, sustentaron su decisión y llegaron a una decisión en su opinión, lógica.^{cdxxxiii}

La ruta crítica seguida para llegar al resultado final no es incorrecta, lo que es incorrecto es el punto de partida, ya que debemos de preguntarnos ¿Quién o qué les da la facultad a las Cortes de EUA para decidir si una judicatura extranjera ejecutó correcta o incorrectamente su propio derecho? Como se diría coloquialmente, ¿De qué privilegios gozan? Quizás la última pregunta le resulte risible al lector, pero de risible no tiene nada, sino por el contrario es un “paso jurídicamente arduo, pragmáticamente peligroso, y genera un resultado desafortunado: confronta judicaturas”.^{cdxxxiv}

Al revisar los casos en que se aplica la teoría de la deferencia, se entiende por qué dicho análisis dista de ser la mejor opción para abordar la ejecución de laudos anulados. Las decisiones en EUA han sido cambiantes, inconsistentes y terminaron llegando a un extremo que va en contra del espíritu de la Convención de Nueva York: solo se ejecuta el laudo si a sus ojos la sentencia de nulidad viola nociones fundamentales de justicia. Estados Unidos es parte de la Convención y debe de tener una perspectiva que sea acorde a la misma, no sólo sus últimas decisiones son contrarias a la Convención, sino que también generan un enfrentamiento entre distintas judicaturas. Esto, pues analizan una sentencia extranjera, basada en derecho extranjero, determinan si el juez extranjero aplicó bien su derecho y posterior a eso deciden si se acredita o no el extremo planteado por ellos mismos. Lo anterior genera un perjuicio a sistema arbitral internacional y fomenta la judicialización del arbitraje, cuestión que las partes al aceptar someterse a este procedimiento trataban de evitar.

Es un ejercicio que hasta se podría considerar soberbio, creer que un poder judicial estatal está facultado para determinar si un tercer estado, soberano e independiente, aplicó correctamente su propia ley. Un análisis de tal índole es simplemente problemático, un juez es experto en la ley del país de su jurisdicción, más no es experto (habrá sus honrosas excepciones) en leyes ajenas. Por lo que dicho ejercicio implica que el juez analice la correcta aplicación de un derecho que no es el suyo. Analizar si se aplicó bien o no la ley extranjera, no es un ejercicio de respeto, sino de desconfianza.

Al final, dicha teoría llevó a las cortes a terminar en un extremo, en una regla que va en contra de la correcta aplicación de la Convención de Nueva York, y en contra de la característica internacional del procedimiento arbitral. La regla consiste en que los jueces de la jurisdicción secundaria deben otorgar deferencia a las decisiones de nulidad emanadas por la decisión de la jurisdicción primaria, excepto en aquellos casos en que la decisión sea “repugnante a las nociones fundamentales de lo que es decente y justo”.^{cdxxxv}

Imaginemos por un momento que en México se optara por tal aproximación y sucediese lo opuesto a *COMMISA* una corte nacional argumenta que una corte extranjera al aplicar su propio derecho violó las nociones más básicas de justicia. El solo imaginarnos las críticas que a nivel internacional traería lo anterior debiese ser razón suficiente para no considerar tal aproximación como una opción válida para nuestro sistema jurídico. Hay ejemplos que son dignos de seguirse, y ejemplos que no, inclusive cuando estos hayan sido aplicados en nuestra contra.

La misma *praxis* de la Cortes de EUA nos ha demostrado que cuando un análisis como el elaborado en la sentencia de Deferencia es aplicado a sus resoluciones, estas defenderán el “fondo” de la decisión y como en *Citygroup*, les negarán el ejercicio de control judicial a otros que éstas reclaman para ellas mismas.^{cdxxxvi}

Por consiguiente, la teoría de la deferencia no podría ser incorporada a nuestro sistema jurídico ya que va en contra de lo establecido por la Convención de Nueva York. La nulidad de un laudo no es causal de nulidad en nuestro país en términos del artículo 1457 del Código de Comercio, previamente mencionado y además al realizar un juicio de valor de tal índole iríamos en contra del artículo 575 del Código Federal de Procedimientos Civiles que establece que un tribunal extranjero no deberá examinar ni decidir sobre “la justicia o injusticia de un fallo”.^{cdxxxvii} Luego entonces en México esa teoría simplemente no debe ser aplicada.

Aplicar el principio “*ex nihilo nihil fit*” a laudos anulados, ¿Contradice la naturaleza del laudo internacional?

Uno de los primeros postulantes que describió qué se debía hacer ante el supuesto de ejecutar un laudo anulado fue Albert Jan van den Berg, quien sostenía que posterior a una sentencia de nulidad en el lugar de la sede, el laudo propiamente “deja de existir” y por tanto llevar un procedimiento de ejecución bajo tal supuesto sería absurdo ya que lo que no existe no puede producir efectos, “*ex nihilo nihil fit*”^{cdxxxviii} (la nada nada no hace nada). Esto implica decir que una vez que el laudo está muerto, el mismo ya no puede ser resucitado.^{cdxxxix}

Las razones de esta teoría se basan en que se debe otorgar reconocimiento a las sentencias del lugar de la sede por principio de derecho internacional privado y que el juez de la sede es el mejor capacitado para interpretar su normativa local. Sin embargo, una concepción tan tajante contradice la naturaleza del laudo y va en contra del espíritu de la Convención por las razones que se explican a continuación.

Las partes acordaron un arbitraje internacional que rigiera su controversia, y por tanto dicho pacto no deja de existir simplemente porque la corte de la sede declara nulo el laudo.^{cdxi} El objetivo de un acuerdo arbitral no es que al final, la controversia termine siendo resuelta por un órgano judicial, sino precisamente evitar eso. Las partes libremente decidieron que su controversia fuera sujeta a una justicia fuera de las cortes locales, una justicia internacional que ha probado ser sumamente útil para resolver controversias entre partes de distintas nacionalidades. Estas querían utilizar un medio expedito y especializado de resolución de controversias en un foro internacionalmente neutral, para obtener la resolución de su controversia mediante un laudo vinculante, eso pactaron, a eso se sujetaron y esa era su intención al firmar un convenio arbitral. No puede determinarse de manera tajante que, si post-emisión del laudo que las partes acordaron obtener, la corte del lugar del arbitraje decide que el mismo es nulo, este simplemente deja de existir. Dicha decisión debe de tener implicaciones vinculatorias obviamente en el lugar de la sede, pero eso no significa el final del asunto, sino el principio de otro en la jurisdicción en que se pretenda ejecutar con posterioridad.^{cdxli}

Dicha concepción atraería el inaceptable resultado de vincular a todos los estados por la decisión “definitiva” de las cortes locales, sin siquiera tomar en consideración si el procedimiento de nulidad fue llevado a cabo sin violar el debido proceso o si las causas de nulidad pueden ser consideradas como válidas en el lugar donde se pretende ejecutar.^{cdxlii} Lo anterior no va concorde al espíritu de la Convención ni es concordante con principios básicos de justicia.^{cdxliii}

Quisiera para abundar un poco en este punto compartirle al lector una anécdota personal. Hace unos años, tuve la fortuna de estar en una audiencia con Jan Paulsson. Al hablar sobre el principio de *ex nihilo nihil fit* aplicado a laudos anulados él me respondió con un ejemplo bastante claro. Me dijo: supongamos que en un arbitraje con sede en Arabia Saudita el laudo es anulado debido a que uno de los miembros del tribunal es mujer. Bajo ley local ese argumento es válido pues es inconcebible que una mujer funja en tal puesto, por tanto, el laudo ya dejó de existir y no podrá ser ejecutado en ningún lugar del mundo, pues la nada no hace nada. ¿Será correcta tal apreciación? En opinión del que esto escribe, la respuesta es no.

Es por eso que en nuestro país no se debe resolver en términos del principio *ex nihilo nihil fit* en materia de laudos anulados, pues contradice la propia naturaleza del laudo y puede conllevar a resultados que en este caso sí pueden considerarse como “repugnantes a las nociones fundamentales de lo que es decente y justo”.

¿Por qué la teoría internacionalista y de derecho más favorable es la mejor opción?

La teoría adoptada en Francia de concepción internacionalista del laudo y aplicación del derecho más favorable a su ejecución es la que se debe adoptar, pues prevé una solución que no enfrenta judicaturas, respeta la intención original del acuerdo arbitral de las partes, es pro-arbitraje y no genera decisiones contrarias a las nociones fundamentales de justicia. No es perfecta, cabe aclarar, pero de las puestas en práctica es, en opinión del que esto escribe la mejor, y la que mejor encuadraría en el sistema jurídico mexicano.

Bajo la postura francesa se considera al laudo como “un fallo internacional que no está integrado al orden jurídico de un estado”^{cdxliv}, una decisión “no ligada a orden jurídico estatal alguno”^{cdxlv} que puede ser ejecutado sino contradice el Derecho francés.^{cdxli} Lo anterior implica un pleno reconocimiento al derecho internacional del arbitraje, al espíritu de la Convención de Nueva York y promueve una aplicación mucho más uniforme para la ejecución de laudos. Esto, al utilizar un remedio que no implica un abuso de derecho por parte de la jurisdicción local, que no viola normas de derecho internacional y que concuerda con la idea de los redactores de la Convención de otorgar la mayor efectividad posible a los laudos arbitrales. Evitando así poner más y más obstáculos para su ejecución.

Nuestro sistema jurídico como se mencionó ha tenido una evolución favorable al arbitraje, se han tomado medidas muy apropiadas para que el procedimiento arbitral sea implementado correctamente en México. Es así que la adopción de la postura francesa cabe perfectamente dentro de nuestro derecho, pues nuestra legislación con respecto al reconocimiento y ejecución de laudos es idéntica a lo que establece la Convención de Nueva York y nuestro Código de Comercio no reconoce como causal de nulidad la nulidad previa en el lugar de la sede.^{cdxlvii} Luego entonces, se podría tomar la facultad discrecional del artículo V de la Convención, adoptar el artículo VII aplicando un derecho más favorable, en específico el Artículo 1457 del Código de Comercio, que no prevé la nulidad previa como causal de nulidad de laudo en México, y decidir conforme a eso si ejecutar o no el laudo previamente anulado.

Las Cortes mexicanas al decidir sobre la ejecución de un laudo deben tomar en consideración las implicaciones de la sentencia de nulidad extranjera en atención al orden jurídico nacional, pues es en él que la sentencia de ejecución va a surtir sus efectos. La sentencia de nulidad ya surtió efectos en el lugar en el cual fue ejecutada. Si se decide no ejecutar, la decisión deberá ser tomada con base en los propios ordenamientos estatales, no dando efecto automático a la sentencia extranjera de nulidad.^{cdxlviii} Tomar una decisión contraria a lo propuesto implicaría en convertir a México en una jurisdicción hostil al arbitraje.^{cdxlxi} No queremos convertir a nuestro país en un nuevo Bolivia o Venezuela, países famosos por su animadversión al arbitraje. Lo que queremos es una postura que no viole principios de derecho internacional, aplique correctamente el derecho local y que reconozca el “orden jurídico arbitral” acogiéndolo.^{cdli}

A continuación, se puede observar un resumen del análisis a las teorías y el cómo encuadrarían en el sistema jurídico mexicano, inserto en dos cuadros comparativos.^{cdlii}

Teoría	Aproximación Analítica	Aplicación práctica
Deferencia	1. Revisión de sentencia. 2. Análisis aplicación derecho extranjero. 3. Análisis de orden público. 4. Existe o no “violación a nociones fundamentales de justicia”. 5. Otorgar o no deferencia.	Se realiza estudio de fondo de la sentencia de nulidad aplicando discrecionalidad de la Convención de NY, y se determina si la nulidad “viola nociones fundamentales de justicia”, en su defecto, se otorga deferencia a la nulidad y se niega ejecución.
Internacionalista y de Derecho más favorable	1. Concepción internacional del laudo. 2. Análisis de discrecionalidad de la Convención (interpretación sistemática). 3. Aplicación de “derecho más favorable”. 4. Otorgar o no ejecución.	Se atiende a la naturaleza internacionalista del laudo y se estudia la nulidad, se manifiesta la discrecionalidad de la Convención de NY y aplicando un derecho local más favorable se analiza si la ejecución viola orden público local y si no es así, se procede a ejecutar.

Principales interrogantes a resolver (aplicados a ley mexicana)	Razón
Teoría de la Deferencia: a) ¿Respeto discrecionalidad Convencional? b) ¿Aplica principio de "<i>commity</i>" art. 595 CFPC? c) ¿Aplica Convención y mejor derecho local (art. 1457 C Com.)? d) ¿Atiende a la naturaleza del acuerdo arbitral y laudo? e) ¿Evita confrontar judicaturas?	a) Sí, pues determina su facultad de decidir sobre la ejecución. b) No, pues juzga sentencia extranjera. c) No, pues establece extremos para ejecutar. d) No, pues da más importancia a decisión de nulidad que a laudo. e) No, pues juzga si tribunales extranjeros aplican bien o no su propio derecho.
Teoría Internacionalista y de Derecho más favorable a) ¿Respeto discrecionalidad Convencional? b) ¿Aplica principio de "<i>commity</i>" art. 595 CFPC? c) ¿Aplica Convención y mejor derecho local (art. 1457 C Com.)? d) ¿Atiende a la naturaleza del acuerdo arbitral y laudo? e) ¿Evita confrontar judicaturas?	a) Sí, pues determina su facultad de decidir sobre la ejecución. b) Sí, pues da reconocimiento a la sentencia extranjera. c) Sí, pues determina su facultad de decidir sobre la ejecución. d) Sí, pues reconoce la internacionalidad del laudo y la decisión de las partes de no judicializar su controversia. e) Sí, pues no juzga ni ignora la sentencia extranjera, la reconoce.

Conclusión

La ejecución de laudos anulados continúa siendo un tema de "importancia práctica y teórica sustancial",^{cdlii} es ciertamente un punto aún sujeto a análisis pues no se ha logrado crear uniformidad de aplicación, sino por el contrario. En ciertas ocasiones las aproximaciones analíticas de las cortes al resolver la ejecución de un laudo anulado se han distanciado más. La convención en sí no provee una respuesta clara, mientras que en su artículo V invita a la discrecionalidad, su artículo VII demanda la aplicación de un derecho local más favorable, luego entonces en caso de que exista un derecho más favorable ¿Ya no hay discrecionalidad? ¿El país está obligado a aplicarlo?

Es por lo anterior que se propone que la adopción de la teoría internacionalista y de derecho más favorable sería la mejor forma de abordar este fenómeno, pues atiende a una interpretación sistemática de la convención. Por un lado, respeta la discrecionalidad al reconocer que el laudo puede ser ejecutado mientras no viole el orden público local, de lo contrario, la ejecución deberá de negarse, y por el otro, respeta también la aplicación de un derecho más favorable cuando la ley del lugar en donde se pretende ejecutar lo prevea. El que esto escribe no es ajeno a la realidad de que comúnmente, al analizar esta situación, las judicaturas locales, les dan un peso considerable a las decisiones del lugar de la sede. Sin embargo, se debe analizar cuidadosamente cuándo y por qué.

Como se explicó, un laudo no deja de existir sólo porque una corte decide anularlo. El laudo forma parte de la justicia arbitral internacional y es claro que los países miembros de la Convención deben de darle más importancia al laudo que a la propia sentencia de nulidad, pues ésta ya surtió efectos en el lugar donde fue emitida, lo que no necesariamente implica que el laudo vaya a dejar de valer en otras jurisdicciones. Lo que queremos no es retroceder, no es hacernos pasar como una jurisdicción que no entiende las implicaciones de un acuerdo arbitral internacional, y no se debe buscar confrontar judicaturas. Debemos demostrar que estamos a la vanguardia y que vamos a seguir mejorando y modernizando nuestra práctica, adoptando las mejores posturas internacionales en el tema.

Es obvio que se tendrá que hacer un análisis exhaustivo por parte de las Cortes para determinar la mejor postura a adoptar, pero es la firme intención del que esto escribe que las cortes puedan utilizar este y otros trabajos, para optar por la opción recomendada, pues como se ha explicado, es la opción que mejor encuadraría con nuestro sistema jurídico y con el régimen arbitral internacional.

Más allá de un ojo en llamas

Propuestas encaminadas a la construcción de un estándar judicial para la aplicación de la causal de nulidad por contravención del orden público basado en el concepto de la denegación de justicia procesal



Roberto Cuchí Olabuenaga

Es asociado en Bufete Asali, donde principalmente se desempeña en las prácticas de arbitraje comercial, litigio mercantil y amparo. Es licenciado en Derecho por el Instituto Tecnológico Autónomo de México, del que se graduó con mención honorífica.

Introducción

¡O luz del día, que te vea ahora por última vez! ¡Yo que he resultado nacido de los que no debía, teniendo relaciones con los que no podía y habiendo dado muerte a quienes no tenía que hacerlo!^{1cdliiii}

Estas fueron las últimas palabras proferidas por el rey Edipo, antes de entrar a su palacio y arrancarse los ojos con las agujas doradas que sostenían los vestidos que aún cubrían a su madre y esposa, quien momentos antes exhaló sus últimos alientos, hurtados por su propia mano. Fue Edipo quien se arrancó los ojos pero, en realidad, su ceguera fue provocada por el conocimiento de sus crímenes. La oscuridad que envolvió al monarca tebano revela que en la vida existen hechos tan funestos y grotescos, que ni aún la negrura de las pupilas humanas es capaz de absorber ni soportar. Hay ciertas cosas, en fin, que *queman los ojos*.

La ceguera espiritual de Edipo sonará dramática, pero quizás sea comprensible al enfrentarse a situaciones verdaderamente *extremas*. El parricidio de Layo o el incesto con Yocasta son, ambos, hechos que aún hoy en día se nos presentan como absolutamente intolerables. Quizás, por eso, en ámbitos como los que regula el Derecho Penal o Familiar, podría no sonar tan descabellada la posibilidad de que se susciten circunstancias o acontecimiento que verdaderamente *quemen los ojos*. Sin embargo, en contraposición a lo anterior, parecería difícil –sino imposible–, plantearse una situación análoga en el contexto de una disputa mercantil, como aquellas que son objeto de un arbitraje comercial. ¿Cómo podría una disputa meramente patrimonial resultar verdaderamente grotesca o insoportable? ¿De qué forma el impago de una cantidad o la entrega defectuosa de un bien podría provocar resultados verdaderamente ominosos o criminales? ¿En qué circunstancias podría, dentro de un arbitraje comercial, ocurrir algo cuya injusticia e ilegalidad verdaderamente *quemen los ojos*?

A pesar de lo anterior, para muchos es solo en circunstancias que ameriten una reacción similar a la de Edipo, que se actualiza la *causal de nulidad por contravención al orden público*. En un precedente ampliamente citado al pretender sentar un estándar para delinear el concepto de orden público, *Thales v Euromissile*, en el cual la Corte de Apelación de Francia rechazó la

pretensión de anular un laudo arbitral con base en la causal de orden público, el tribunal determinó que para que se actualice dicha causal resulta necesario que la irregularidad sea tal que conlleve a “*quemarle los ojos al juez*”.^{cdlii} Similares razonamientos, igualmente vagos y exagerados, han sido utilizados por otros órganos jurisdiccionales alrededor del mundo para justificar la aplicación de esta causal. Así, en el caso *PT AsuransiJasa Indonesia (Persero) v. Dexia Bank, S.A.*, la Corte de Apelación de Singapur resolvió que la causal de orden público se actualiza cuando “*se conmociona la conciencia*”.^{cdlii} Adjetivos y epítetos similares han sido empleados por otros tribunales pero, al final de cuentas, la idea es básicamente la misma: solo ante situaciones verdaderamente extremas, análogas a las desgracias que enfrentó el rey Edipo, se justifica la anulación de un laudo con base en la causal de orden público. Sin embargo, ¿qué son esas gravísimas y extremas circunstancias? ¿Cuándo podemos decir con seguridad que nos encontramos ante una situación que *quema* y amerita *arrancarse los ojos*? ¿Cuál es la tónica de los precedentes que han intentado sentar un estándar para juzgar la actualización de la causal de nulidad en cuestión? Nos encontramos ante una situación de completa indeterminación y, parecería que sería verdaderamente imposible encontrarse ante una circunstancia que amerite la aplicación de la causal de nulidad por contravención al orden público

Pero, ¿realmente debemos encontrarnos ante una situación verdaderamente *edipésca*, cuya realización en el contexto de una disputa comercial parecería estar excluida por definición, para justificar la actualización de la causal de orden público en relación a un laudo arbitral? ¿No es posible construir un estándar más concreto y de utilidad práctica, a partir de conceptos estrictamente jurídicos y no literarios, el cual permita discernir en qué situaciones ocurre una violación al orden público? Al respecto, en este trabajo proponemos que, si bien es necesario y deseable mantener un grado de abstracción conceptual y preservar el carácter excepcional de la causal para privilegiar la ejecutabilidad de los laudos, también es posible y útil construir un *estándar* que dote de seguridad jurídica y les facilite a los órganos jurisdiccionales advertir cuando se actualice la causal de nulidad de orden público. Para delimitar el análisis de esta investigación, nos centraremos en construir un estándar de la causal de orden público centrada, aplicable y basada en el Derecho mexicano y, en ese sentido, buscaremos establecer un estándar para aplicar la causal de nulidad en los casos que la sede del arbitraje sea alguna ciudad de México y, en consecuencia, la causal de nulidad relevante en términos de Derecho positivo sea la causal de contravención al orden público a la que

se refiere la segunda parte de la fracción II del artículo 1457 del Código de Comercio.

En ese sentido, procederemos en nuestra investigación de la siguiente forma: (a) primero, presentamos algunos apuntes sobre la necesidad de garantizar la ejecutabilidad de las decisiones de los laudos, enfocándonos particularmente en las obligaciones internacionales de México y, a partir de ahí, estudiaremos uno de los principios rectores del arbitraje, el cual nos ayudará a construir nuestro estándar: la prohibición de los jueces de revisar el *fondo* de los laudos, (b) posteriormente, nos enfocaremos en la causal de orden público en particular, para entender qué principios la rigen y cuál ha sido el desarrollo que ha experimentado jurisprudencialmente, hasta concebirse como un concepto elástico cuyo propósito es proteger los principios y nociones básicas de *justicia procesal*; (c) finalmente, conjugando los dos puntos anteriormente analizados, finalizaremos proponiendo un *estándar* basándonos en el concepto de *denegación de justicia procesal*, el cual permitirá a los juzgadores analizar la actualización de la causal de orden público a través de conceptos y categorías jurídicas precisas, *más allá de los ojos en llamas*, y así aumentar la seguridad jurídica y la certeza en la aplicación de una causal que, de por sí, es intrínsecamente abstracta y vaga

a. **La ejecutabilidad de los laudos y la consecuente prohibición de los jueces de revisar el fondo de los laudos**

México es parte de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras firmada en Nueva York en 1958 ("CNY"), cuyo principal objetivo y fin último fue promover el arbitraje, mediante la facilitación de la ejecución de los laudos arbitrales alrededor del mundo. En sus objetivos, la CNY expresamente señala que la finalidad principal del tratado es evitar que los laudos extranjeros sean objeto de discriminación, por lo que se obliga a los Estados parte a velar porque los laudos sean reconocidos en su jurisdicción y ejecutados como si fueran sentencias nacionales.^{cdlvi} La obligación antes delineada, dada su importancia, se reitera más adelante en las *disposiciones principales* de la CNY. En éstas, expresamente se señala que la obligación fundamental que la referida convención le impone a los Estados parte, es que éstos deben de reconocer el carácter vinculante de los laudos arbitrales y ejecutarlos.^{cdlvii}

La CNY, en las pocas líneas antes transcritas, establece la *regla general* que las autoridades – particularmente las autoridades judiciales– de los Estados parte de dicha convención deben de siempre observar respecto de cualquier laudo arbitral: *debe de reconocerse su carácter vinculante y velarse por su ejecución*. Se trata, entonces, de una obligación internacional del Estado mexicano que, por supuesto, les resulta extensiva a todas sus autoridades y, particularmente, a las autoridades judiciales, quienes deberán dar efectividad a las decisiones vinculantes adoptadas por los árbitros en términos de los laudos que emitan.

A partir de los mismos principios que inspiraron la redacción y suscripción de la CNY, años más tarde la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional ("CNUDMI") –el organismo especializado en derecho mercantil de las Naciones Unidas–, se dio a la tarea de reglamentar el arbitraje comercial de manera *más específica* de lo que ya lo había hecho la CNY. El proyecto, finalmente, fue aún más ambicioso. La CNUDMI, a instancia de toda la comunidad internacional que conforma la Organización de las Naciones Unidas, en 1985 acabó por elaborar una *ley modelo* en la que se regula todo lo relacionado con el arbitraje comercial –desde el acuerdo arbitral hasta el procedimiento de ejecución y nulidad de los laudos– ("Ley Modelo"). El objetivo de la emisión de la Ley Modelo era que, al ser adoptada por los países que conforman la comunidad internacional, éstos compartieran una misma y uniforme legislación en materia arbitral, lo que aumentaría la seguridad jurídica internacional en la medida en que toda la comunidad tendría *la misma ley* e, incluso, lo resuelto por los tribunales de uno u otro país sería relevante para la interpretación del cuerpo normativo de todos porque, de nuevo, estarían, *interpretando y aplicando la misma ley*, esto es, la Ley Modelo. A pocos años de la emisión de la Ley Modelo, nuestro legislador decidió adoptarla prácticamente a la letra dentro de nuestro ordenamiento.

Así, mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 22 de julio de 1993, la Ley Modelo fue implementada en lo que hoy es el Título Cuarto de nuestro Código de Comercio. Éste contiene a su vez el artículo 1457, que prevé el listado de causales de nulidad aplicables a los laudos arbitrales, incluyendo en su fracción II, última parte: la causal de *contravención al orden público*.^{cdlviii}

En su exposición de motivos justificando la adopción de la Ley Modelo, además de referir la necesidad de contar con una legislación uniforme en materia arbitral con el resto del mundo, el legislador no dejó de destacar las *ventajas* que presenta el arbitraje comercial. De manera destacada, el legislador refirió que una de las razones por las que cada vez se acudía más al arbitraje comercial era la *dificultad para ejecutar sentencias extranjeras*. Como contrapartida, el legislador destacó que *los laudos arbitrales presentaban una ejecución más sencilla*, puesto que las decisiones adoptadas en esto no eran resultado de la actividad de un tribunal extranjero sino del encargo de las partes que se habían sometido voluntariamente a un arbitraje.^{cdlix} En la *minuta* de la Cámara de Origen, la cual aprobó la iniciativa que al final se convirtió en el actual Título Cuarto de nuestro Código de Comercio, el legislador también retomó como una de las ventajas del arbitraje el que éste ofreciera mayores posibilidades de ejecución voluntaria como forzada de los laudos que derivan de dichos procedimientos.^{cdlx}

Entonces, al adoptar la Ley Modelo e incorporarla al Título Cuarto de nuestro Código de Comercio, uno de los principales objetivos que nuestro legislador tenía en mente era garantizar la sencilla y efectiva ejecución de los laudos arbitrales. En sintonía con lo ordenado por la CNY, nuestra legislación busca sobre y ante todas las cosas garantizar la operatividad de la figura del arbitraje, lo que solo puede lograrse si se asegura la efectividad de las decisiones adoptadas por los árbitros, esto es, si se garantiza que los laudos arbitrales van a poder ser ejecutados. De no ser así, si las partes pensaran que los laudos no serán ejecutados, o que antes de serlos estarán sometidos a una *segunda revisión* por parte de la autoridad judicial o *doble exequatur* ¿entonces qué sentido tendría someterse a un arbitraje en primer lugar? Es precisamente la necesidad de garantizar la ejecutabilidad de los laudos, respetando la decisión libre de las partes de someter sus controversias a la jurisdicción arbitral, lo que justifica la existencia de uno de los principios rectores del arbitraje en general, así como de las causales de nulidad de los laudos en particular: la prohibición a los jueces de *revisar el fondo* de lo decidido por el árbitro en el laudo, lo que no es sino una consecuencia de que los laudos arbitrales gocen de la calidad de *cosa juzgada* desde su emisión y, por ende, inmutable y con una fuerte presunción de ejecutabilidad.

En efecto, al haber las partes acordado someterse a la jurisdicción de un árbitro, sustituyeron la jurisdicción de los tribunales por la de éste, por lo que la decisión que tome el árbitro y por la que resuelva la controversia será final, vinculante, inmutable e inatacable. Se trata, para todos los efectos, como si los laudos arbitrales fueran una sentencia ejecutoriada y que ya causó estado. Así lo han resuelto los tribunales federales mexicanos, quienes han resuelto que los laudos arbitrales tienen calidad de cosa juzgada, al tener la característica de inmutabilidad que supone que no pueda cuestionarse su eficacia jurídica.^{cdlxi} Ahora bien, ¿cuáles son las consecuencias prácticas de que lo resuelto en un laudo arbitral sea *cosa juzgada* de cara a la existencia de un procedimiento de *nulidad*? Pues bien, lo anterior supone que la acción de nulidad que otorga el artículo 1457 del Código de Comercio es un medio extraordinario y no ordinario de impugnación. Por eso, es claro que dicho medio de impugnación de ninguna manera puede considerarse como una segunda instancia o un recurso de apelación en el que pueda analizarse nuevamente el *fondo* de la disputa, sino como un recurso de carácter meramente formal que debe limitarse al estudio de las causales a las que se refiere el artículo 1457 del Código de Comercio. En la substanciación de este tipo de recursos, el órgano competente no está facultado para determinar si el árbitro analizó correctamente los *hechos* o aplicó correctamente el *derecho*, sino que únicamente puede revisar si alguno de los *vicios formales* que actualiza las causales de nulidad se actualizó o no.

El maestro González de Cossío analiza esta situación, al referir que existe una diferencia conceptual entre recursos ordinarios de impugnación como la *apelación* y los recursos existentes con relación a laudos arbitrales como la *acción de nulidad*. Al respecto, el maestro González de Cossío explica que los primeros examinan el *fondo del laudo*, por lo que el tribunal que lo resuelve puede confirmar, revocar o modificar dicho fondo.^{cdlxii} Esta conclusión es compartida y ha sido aplicada por nuestros tribunales federales. Así, por ejemplo, en un criterio jurisprudencial de un Tribunal Colegiado se resolvió que el acuerdo arbitral produce efectos tanto *positivos* como *negativos* para las partes que lo suscriben. Los *efectos positivos* consisten, en esencia, en la facultad y correlativa obligación de las partes de acudir al arbitraje y aceptar de antemano el carácter obligatorio de la decisión que tome el árbitro. Por su parte, los *efectos negativos* de la suscripción del acuerdo arbitral consisten en la imposibilidad de plantear la controversia que es materia del acuerdo ante un tribunal a efecto de que éste conozca el fondo del asunto.^{cdlxiii}

En el mismo orden de ideas, el doctrinario español Pascual Sala Sánchez, al analizar el rol de las autoridades judiciales estatales frente a los laudos arbitrales, concluyó que fuera de aquellos supuestos específicamente previstos por la ley, no puede producirse la intervención judicial y, aún en aquellos supuestos, el apoyo o control judicial debe de limitarse a las finalidades previstas por la propia ley como, en el caso concreto, la constatación de alguna de las circunstancias *formales* a las que aluden las causales de nulidad.^{cdlxiv}

Lo anterior ya que, como lo explica un tribunal federal mexicano, el análisis de las consideraciones de un laudo y de sus conclusiones está vedado a los jueces estatales, precisamente porque dichas consideraciones atañen al *fondo* de la controversia y, como tal, le corresponden a la jurisdicción exclusiva del tribunal arbitral.^{cdlxv}

Todas las consideraciones anteriores revelan una cuestión importante que debemos notar. El principio antes esbozado, el cual prohíbe la revisión *ex novo* del fondo de los laudos arbitrales, limita la jurisdicción estatal a cuestiones meramente *formales o procesales*. En ese sentido, el análisis de la procedencia o la acreditación de los elementos en los que se fundan las acciones y excepciones dirimidas en el arbitraje se encuentran, por definición, excluidas del ámbito de aplicación de cualquier causal de nulidad, incluyendo la causal de orden público de la fracción II del artículo 1457 del Código de Comercio. Esta circunstancia ha sido reconocida por tribunales internacionales y, particularmente, por la Corte de Apelaciones de Madrid que, en el caso *Soffá v. Tintorería París* en el que se pretendía la nulidad de un laudo arbitral y en el que se resolvió que “*el estándar aplicable en un procedimiento de nulidad es el de un juicio externo...en el que la corte competente únicamente decide sobre las garantías formales del procedimiento y el laudo arbitrales, pero no puede analizar el fondo de la controversia.*”^{cdlxvi}

A partir de todo lo anterior, en nuestra eventual construcción de un estándar para la aplicación de la causal de orden público, podemos antes que nada partir de la base de que cualquier estándar debe respetar y ser congruente con la prohibición de revisar el fondo de los laudos que analizamos en este apartado. Lo anterior significa que, a pesar de la vaguedad intrínseca del concepto de *orden público*, por lo menos podemos excluir por definición de su aplicación aquellas cuestiones sustantivas y relativas al referido fondo. Por lo tanto, como un primer parámetro de nuestro estándar, aun antes de analizar concretamente la causal de orden público, podemos concluir que la misma necesariamente debe referirse a cuestiones *formales o procesales*, que se encuentran al margen o alrededor de la controversia y el procedimiento, pero que no pueden implicar el análisis de los méritos del litigio.

b. La causal de orden público y su desarrollo como una protección de los principios básicos de justicia procesal

Como se imaginará y es objeto en cierto modo de la presente investigación, el *primer* y quizás *principal* problema al que se enfrentan los jueces ante quienes se invoca la referida causal es *definir qué es lo que constituye el orden público* como causal de nulidad de un laudo arbitral. Es decir, aun teniendo en cuenta que el concepto de orden público como causal de nulidad es sumamente estrecho y que la nulidad de un laudo arbitral por este motivo es una situación completamente excepcional, puede resultar complicado para un juez determinar *cuáles* son los valores del ordenamiento jurídico cuya inobservancia o violación pueden dar lugar a la nulidad de un laudo. Cuáles son, de seguir los estándares tradicionales, las situaciones que *queman los ojos* de los jueces al presentarse ante ellos.

Al respecto, una de las instituciones jurídicas de mayor prestigio en el mundo, la *International Law Association* (“ILA”) elaboró un documento titulado *Recomendaciones de la International Law Association sobre la Aplicación del Orden Público como motivo para Denegar el Reconocimiento y la Ejecución de Laudos Arbitrales Internacionales*. Tal como su nombre lo indica, esta obra incluye algunos de los principios básicos respecto de los cuales existe consenso internacional en materia de nulidad de laudos arbitrales por violación al orden público. La recomendación 1(d) señala algunos de los bienes jurídicos incluidos dentro de esta categoría: “(i) *principios fundamentales, atinentes a la justicia y la moral, que el Estado desea proteger aun cuando no esté directamente involucrado*; (ii) *reglas orientadas a sostener los intereses esenciales del Estado en materia política, social o económica, conocidos como lois de police o* y (iii) *el deber del Estado para respetar las obligaciones contraídas frente a otros Estados u organizaciones internacionales*.”^{cdlxvii} En el mismo sentido, para el maestro Gary Born, la causal de orden público por lo general solo puede invocarse en aquellas circunstancias que afecten el interés público, la confianza en la administración de justicia y, en suma, representen decisiones que sean “*repugnantes para las nociones básicas de lo que es justo y decente*”.^{cdlxviii}

A partir de lo anterior, nos encontramos en el mismo nivel de vaguedad y ambigüedad que antes presentamos y, en realidad, lo anterior se debe a que el concepto de orden público es *per se* es un concepto proteico, esencialmente cambiante e indeterminado. Esta característica del orden público es expresamente reconocida en nuestro ordenamiento jurídico. Así, existen tribunales federales que han resuelto que el concepto de orden público es uno de *naturaleza y definición indeterminadas*, que se actualiza en cada caso concreto y cuyo contenido varía dependiendo de las mínimas reglas de convivencia social que imperan en un determinado tiempo y espacio.

Dicha indeterminación es deseable, en la medida en que le permite adaptarse y adecuarse para proteger *los valores y las preocupaciones más fundamentales* de una sociedad en un *momento y espacio determinados*.^{cdlxix} La naturaleza indeterminada del orden público ha sido, también, estudiada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México ("SCJN"). Al respecto, la Primera Sala de la SCJN ha determinado, en línea con lo anterior, que el *orden público* en el contexto de las causales de nulidad de los laudos arbitrales es un concepto de *contenido elástico* y variable en el tiempo y en el espacio, en la medida en que el mismo se refiere a una realidad que debe discernirse y determinarse por los jueces de *cada país en cada momento histórico*.^{cdlxx}

A pesar de la vaguedad que presentan las ideas anteriores y que son, hasta cierto punto, ineludibles en atención a las peculiaridades del concepto de *orden público*, en el mismo precedente antes citado la SCJN ya nos proporciona un parámetro que permite concretizar y delimitar un poco más dicho término. Al respecto, la Primera Sala alude a una nota explicativa de la CNUDMI, la cual establece que la causal de nulidad de orden público se actualiza en aquellos casos en los que existen "*desviaciones graves de los principios fundamentales de justicia procesal*".^{cdlxxi} A partir de lo anterior, en el precepto en cita, la Primera Sala acaba por concluir que un laudo arbitral será nulo por contravenir al orden público, cuando la cuestión dilucidada se coloque fuera de los límites de dicho orden, al actualizarse una desviación a dichos principios de justicia procesal. Lo anterior, porque en esos casos el laudo arbitral se encontraría más allá de las instituciones jurídicas del Estado, de los principios, normas e instituciones que lo conforman y, por lo mismo, trascendería a la comunidad por lo ofensivo y grave del yerro cometido en la decisión.^{cdlxxii}

En un criterio posterior, la Primera Sala de la SCJN resolvió otro precedente, donde también tuvo que pronunciarse sobre el sentido y alcance del concepto de *orden público*, en el contexto de las causales de nulidad aplicables a los laudos arbitrales.^{cdlxxiii} Al respecto, en dicho precedente la Comisión Federal de Electricidad infructuosamente intentó anular un laudo arbitral con base en la referida causal de orden público, no obstante su ultimada negativa respecto a la petición de nulidad, la Primera Sala de la SCJN de cualquier manera sí presentó una suerte de *estándar* o *parámetro* con base en el cual se puede determinar si se actualiza o no la causal materia de nuestro estudio. En la ejecutoria relativa, la Primera Sala determinó que la causal de nulidad de orden público no se actualizaba aunque existieran deficiencias interpretativas del derecho aplicado por el árbitro, *salvo que la decisión que se toma sea abiertamente injusta o incorrecta*. El estándar establecido por la Primera Sala al que antes aludimos, puede apreciarse en el fragmento de la ejecutoria que transcribimos en seguida:

“Cuando la fricción del laudo con un interés protegido por el orden público sea menor, debe prevalecer el principio de promover el arbitraje, pues toda vez que las partes acordaron someterse al arbitraje, debe aceptar la decisión del árbitro, incluido las posibles deficiencias interpretativas del derecho en que incurra, *a menos que sea abiertamente injusta o incorrecta*.”^{cdlxxiv}

La anterior determinación, interpretada *a contrario sensu*, nos permite concluir que, para la Primera Sala de la SCJN, el juzgador que analiza las determinaciones de un árbitro al dictar un determinado laudo habrá de anularlo por contravenir al público cuando dicho laudo sea abiertamente injusto o incorrecto. Entonces, el *estándar* que deberá seguir el juez al analizar la conformidad de un laudo arbitral con el orden público o, mejor dicho, la pregunta que debe de hacerse al leerlo para decidir si anularlo o no es la siguiente: ¿la decisión que tomaron los árbitros en este laudo es abiertamente injusta o incorrecta? Si la respuesta es afirmativa, el juez deberá anular el laudo por contravención al orden público.

Si bien el estándar propuesto por la SCJN es un buen comienzo para nuestro propósito, en la medida en que establece ciertas directrices sin sacrificar la ineludible —y, hasta cierto punto, deseable— indeterminación del concepto de orden público, podemos todavía *complementar* dicho parámetro con algunas de las ideas que ya estudiamos, a fin de concretizar y delimitar aún más el ámbito de aplicación de la causal de nulidad materia de nuestro estudio. Como explicamos anteriormente, la prohibición de revisar el fondo de lo resuelto por los árbitros a cargo de los jueces implica que toda causal de nulidad —incluyendo, por supuesto, la causal de orden público— debe ceñirse a cuestiones netamente *procesales y adjetivas*. Por eso, al interpretar y conjugar ambos conceptos, tenemos entonces que la causal de *orden público* se actualiza en aquellos casos en los que existe una *decisión abiertamente injusta, que viole gravemente los principios básicos de la justicia procesal*, puesto que la causal en definitiva lo que busca proteger son los *principios básicos de justicia procesal* de nuestro ordenamiento jurídico. Esta será la idea que, de conformidad con lo que veremos en el siguiente apartado, nos servirá de base y fundamento para construir los cimientos de un estándar judicial para una aplicación más sistemática de la causal de nulidad de orden público, la cual nos permita más allá de las construcciones etéreas y altamente abstractas con las que contamos hoy, tales como la idea de que dicha causal únicamente puede actualizarse ante situaciones que “*queman los ojos*”.

c. La denegación de justicia procesal y el nuevo estándar

A partir de lo que expusimos anteriormente, concluimos que la causal de nulidad de orden público se actualiza en aquellas circunstancias en las que el árbitro dicta una decisión abiertamente injusta, la cual viola gravemente los principios básicos de justicia procesal. Dada la naturaleza *formal* exigida por el parámetro que propusimos, para encontrar los casos en los que se actualiza la causal en cuestión debemos primero limitar nuestro análisis a cuestiones de índole procesal y, por la gravedad exigida también por la naturaleza misma de la cláusula, debemos ceñirnos a los principios básicos procesales que, en realidad, no son otros que nuestras garantías procesales.

Asimismo, puesto que el parámetro antes propuesto exige también que se trate de una *injusticia procesal*, quizás el derecho fundamental o garantía procesal que mejor nos ayudará a encuadrar nuestro estándar será el derecho al acceso a la *justicia efectiva* que consagra, en nuestro ordenamiento, el artículo 17 constitucional.^{cdlxxv} Al interpretar este derecho, la jurisprudencia de nuestros tribunales federales ha determinado que éste requiere que la justicia sea *efectiva*, lo que se traduce en que el proceso seguido no sea una *farsa* y que, también, la decisión que se tome produzca resultados *reales y palpables*.^{cdlxxvi}

Evidentemente, cuando ocurre una contravención a lo anterior de manera que se afecta el *núcleo duro* del derecho fundamental, en la medida en que se dictan decisiones que ponen en entredicho la fiabilidad del proceso en sí o la efectividad de las decisiones, nos encontramos ante una situación que resulta *abiertamente injusta* desde un punto de vista de *justicia procesal*. Cuando los tribunales se han enfrentado a situaciones de esta naturaleza, en los que existe un quebrantamiento absoluto de los principios básicos de justicia procesal que conforme al derecho fundamental de acceso a la *justicia* debe respetar cualquier procedimiento jurisdiccional so pena de convertirse en una *farsa*, nuestros jueces y magistrados han categorizado dichas situaciones como ejemplos de *denegación de justicia* que, para evitar confusiones, nosotros llamaremos *denegación de justicia procesal*.

Quizás uno de los casos más ejemplificativos y más explorados en nuestro Derecho sea el problema de la cuantificación de los daños y perjuicios y el deber de imponer una condena genérica. Desde hace ya 15 años, a nuestros tribunales federales se les presentó el caso en el que el actor había acreditado todos los elementos de una acción indemnizatoria de responsabilidad civil —a saber, conducta ilícita, existencia de un daño y nexo causal entre ambos—, pero que el juzgador se *negó* a condenar al demandado al pago de cantidad alguna, bajo el pretexto de que el actor no acreditó el *quantum* de la afectación que sufrió. Al respecto, nuestros tribunales han sido enfáticos en determinar que, dado que la cuantía de los daños no es un elemento constitutivo de la acción, el abstenerse de condenar al pago equivale a negar el ejercicio de una acción cuya procedencia ya se había acreditado, lo que en definitiva deviene en una situación que es por definición *injusta*.^{cdlxxvii}

El ejemplo de la línea jurisprudencial que inició el precedente antes citado, lo constituye quizás el amparo en revisión número 951/2016, el cual fue resuelto por el Décimo Segundo Tribunal Colegiado del Primer Circuito.^{cdlxxviii} En dicho precedente, la quejosa solicitó el amparo después de que, a pesar de haber acreditado el despliegue de un actuar ilícito por parte de una institución de crédito en su contra en el manejo de unos cheques y la existencia de los daños y perjuicios que se causaron como consecuencia, el Tribunal Unitario de Circuito que conoció del asunto determinó absolver a la institución responsable, argumentando que el actor no había presentado las fechas adecuadas para la cuantificación de dichos daños y perjuicios.

Esto es, el Tribunal Unitario negó la pretensión reclamada, debido a que el actor no *cuantificó* adecuadamente sus daños, sin perjuicio de que sí había acreditado los elementos constitutivos de la acción de responsabilidad civil. Ante esto, el Tribunal Colegiado determinó que “*sería un contrasentido que habiéndose acreditado la existencia de los daños y perjuicios, que es el elemento fundamental de la acción, no se condene a sus consecuencias*”.^{cdlxxix} Así, al fundar la concesión del amparo, el Tribunal Colegiado fue enfático en que “*sería denegatorio de justicia dejar de condenar al pago de la obligación probada, por el solo hecho de que acreditarse durante el juicio el monto exacto que se reclamó por los conceptos de daños y perjuicios, tal como lo ordena el artículo 17 constitucional*”.^{cdlxxx}

El caso anterior es claro, primero, porque la injusticia que presenta es clara y palpable. Se trata de decisiones que, al negar el pago de una obligación probada, atentan contra la idea misma de justicia, dado que *niegan lo que ya se determinó que a alguien le corresponde*. En ese sentido, al sabotear la determinación jurisdiccional, en esencia evitan que el proceso sea *efectivo* y, por ello, hacen ilusorio al proceso y su resultado, que es precisamente lo contrario a lo que busca proteger el *núcleo duro* del derecho fundamental de *acceso a la justicia*. Sin embargo, quizás más interesante aún es el hecho de que la injusticia antes explicada es de naturaleza *procesal o adjetiva*, por lo que no tiene absolutamente nada que ver con el fondo de lo resuelto en el litigio. En efecto, precisamente la *denegación de justicia procesal* en este caso radica en que, a pesar de haberse resuelto el *fondo* del asunto en favor del actor, quien entonces debería tener derecho a las condenas correlativas a la procedencia de su acción, en su lugar se ve despojado del resultado de dicho *fondo*. La cuestión es *ajena* al fondo, precisamente porque se trata de un principio básico de naturaleza procesal o adjetiva, que quizás sea la razón por la cual la obligación de todo juez de condenar al pago de obligación probada se encuentra positivamente reconocida en nuestros códigos procesales y no sustantivos.^{cdlxxxi}

Con base en lo anterior, pensemos lo que ocurriría en caso de que una decisión similar, la cual por lo explicado podemos catalogar como una *denegación de justicia procesal*, se dicta a propósito de un laudo arbitral. Al respecto, el árbitro en cuestión habría dictado, primero, una decisión *abiertamente injusta*, la cual atenta contra principios o nociones básicas en las que se sostiene el *núcleo duro* del derecho de acceso a la justicia, como lo es la efectividad de cualquier procedimiento jurisdiccional, así como el de las decisiones que emanen del mismo. Asimismo, por lo recién explicado, la decisión del laudo además *trascendería al fondo* de lo resuelto sin constituir propiamente dicho *fondo*. Así, la decisión del árbitro es *injusta procesalmente*, en la medida en que es *extraña* al fondo e independiente de los elementos que conforman y de los que depende la procedencia de las acciones y excepciones dirimidas en el arbitraje. Se trata, entonces, de una decisión abiertamente injusta por referirse a violaciones graves a principios procesales básicos o, reiteramos, una *denegación de justicia procesal*.

De conformidad con lo expuesto anteriormente, una decisión de esta naturaleza y, por añadidura, cualquier decisión que pueda conceptualizarse como una *denegación de justicia procesal* constituye a nuestro juicio una *violación del orden público mexicano*, refiriéndonos al concepto restringido al que se refiere la causal de nulidad del artículo 1457, fracción II, de nuestro Código de Comercio. Por lo tanto, la actualización de una *denegación de justicia procesal* permite, aun manteniendo la indeterminación y abstracción intrínsecas del concepto de orden público que le permite adaptarse a las circunstancias históricas vigentes, poder acotar y precisar un estándar que le permita a los juzgadores analizar con mayor precisión si un determinado laudo o no amerita ser anulado, ante la actualización de la causal de orden público.

Nuestro estándar, además, es coincidente con los casos más ejemplificativos que la doctrina en materia arbitral más reconocida a nivel internacional ha reconocido como meritoria de una sanción de nulidad. En ese sentido, doctrinarios de la talla de Gary Born refieren contravenciones a reglas que impiden la impunidad del fraude o la responsabilidad del dolo, como casos en los que se actualiza la causal de orden público.^{cdlxxxii} Se trata de cuestiones que, con independencia de las peculiaridades del fondo de la controversia, atañen a prohibiciones que garantizan la fiabilidad del proceso y, por lo mismo, la efectividad de la justicia impartida en cada caso. Lo mismo puede decirse de los casos en los que se revela que el árbitro tenía un serio conflicto de interés que afectó su independencia o imparcialidad. En estos casos, no existe ninguna cuestión atinente al fondo de la disputa, sino una circunstancia procesal que es extraña a dicho fondo pero que, de permanecer impune, permite que se dicten resoluciones abiertamente injustas derivadas de un proceso completamente ilusorio y falso. En todos estos casos, ante lo que nos encontramos es, a nuestro juicio, claros ejemplos de *denegación de justicia procesal*.

De esta forma, al introducir el concepto de *denegación de justicia procesal*, podemos establecer un parámetro o estándar más preciso para determinar la actualización de la causal de orden público. Lo anterior, primero, porque limita el marco de análisis del juzgador a un ámbito netamente procesal o adjetivo que, por definición, excluye cuestiones sustantivas o de fondo que la indeterminación del concepto de orden público podría invitar a incorporar en la resolución del juzgador. Además de lo anterior, la noción de denegación de justicia mantiene el nivel de gravedad o seriedad exigidos por la causal de orden público, a fin de impedir el abuso de dicha figura y, por ende, garantizar que la misma únicamente se aplique a cuestiones relativas a las nociones o principios básicos en los que descansan las exigencias mínimas procedimentales de cualquier arbitraje. Por último, nuestro concepto permite la aplicación de un estándar maleable y elástico, el cual no se compromete con una concepción fija del orden público, al abordar sus exigencias desde una óptica formal o procesal, lo que permite su aplicación con independencia del contexto histórico concreto.

De esta forma, la aplicación de un *estándar* a la causal de nulidad de orden público, la cual ordene su actualización únicamente en aquellos casos en los que existe una *denegación de justicia procesal* permite, a nuestro juicio, otorgarles a los jueces que conocen de peticiones de nulidad en nuestro sistema jurídico, de bases más sólidas de aquellas con las que contaban hasta entonces. Permite, a nuestro juicio, trasladar los estándares de aplicación de un terreno compuesto de términos más bien literarios y poéticos, para colocarnos en un terreno estrictamente jurídico y con categorías procesales más claras y precisas. Permite, en suma, dejar atrás e ir más allá de un *ojo en llamas*, o una *conmoción de conciencia*, que por más hiperbólicos que sean son conceptos que en nada ayudan al juzgador que debe determinar la actualización de la causal de nulidad invocada y, así, regresa el concepto de *orden público* a nociones comprensibles y de una aplicación práctica real y concreta.

Conclusiones

De acuerdo con el análisis, los razonamientos y los hallazgos que presentamos a lo largo de este trabajo, consideramos que nuestras principales conclusiones son las siguientes:

- (a) Primero, la ejecutabilidad de los laudos arbitrales, como uno de los fines últimos de la regulación internacional y nacional en materia arbitral, conlleva la correlativa prohibición a cargo de los juzgadores de revisar *ex novo* el fondo de lo resuelto por los árbitros.
- (b) Segundo, la causal de orden público se basa en un concepto intrínsecamente elástico, cuya actualización depende de la situación histórica concreta pero que, a pesar de lo anterior, tiende a proteger los principios básicos y rectores en los que descansa la noción de justicia. De acuerdo a la SCJN, dicha causal se actualiza ante desviaciones graves de principios de justicia procesal o ante el dictado de decisiones abiertamente injustas.
- (c) Tercero, en miras de la finalidad de la causal de orden público como una protección de principios básicos de justicia, así como de la prohibición de los jueces de revisar el fondo de los laudos que los ciñe a cuestiones netamente procesales, a nuestro juicio el estándar para determinar si en un caso concreto se actualizó la causal de mérito, requiere que el juzgador analice si el arbitraje o el laudo constituyen una *denegación de justicia procesal*.

Bibliografía

- Born, Gary. *International Commercial Arbitration*, Kluwer Arbitration, 2 ed.
- Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, *Digesto de precedentes judiciales sobre la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional*, 2012, Organización Mundial de las Naciones Unidas, Disponible en: <https://www.uncitral.org/pdf/english/clout/MAL-digest-2012-e.pdf>
- Congreso de la Unión, Exposición de Motivos de la propuesta de Reformas y Adiciones al Código de Comercio, México, 22 de julio de 1993
- Congreso de la Unión, Minuta de la Cámara de Origen de la propuesta de Reformas y Adiciones al Código de Comercio, 22 de julio de 1993
- González de Cossío, Francisco. *Ejecución de Laudos Arbitrales en Manual de Arbitraje Comercial*, Editorial Porrúa, México, 2004,
- González de Cossío, Francisco, *Hacia una Definición Mexicana de "Orden Público"*,
- Sala Sánchez, Pascual, *El principio de mínima intervención judicial en el arbitraje y sus principales manifestaciones*, Arbitraje: Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones
- Siqueiros, José Luis, *El orden público como motivo para denegar el reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales internacionales*, Pauta, Boletín Informativo del Capítulo Mexicano de la Cámara de Comercio, No. 40, mayo 2013.
- Sófocles, Edipo Rey, Biblioteca Virtual Universal, disponible en: <https://www.biblioteca.org.ar/libros/133636.pdf>

Legislación y precedentes

- Código de Comercio, México
- Código de Procedimientos Civiles para la Ciudad de México, México,
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, México
- Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, 1958, Nueva York
- Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, *Orden público. Es un concepto jurídico indeterminado que se actualiza en cada caso concreto, atendiendo a las reglas mínimas de convivencia social*, 2005, México, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
- Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, *Acceso a la justicia. Los órganos jurisdiccionales deben evitar, en todo momento, prácticas que tiendan a denegar o limitar ese derecho*, México, 2012, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
- Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, *Arbitraje. Los laudos firmes adquieren la categoría de cosa juzgada*, México, 2002, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, p. 1175
- Décimo Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, Amparo en Revisión 961/2016, México, 22 de febrero de 2018.
- Primer Tribunal Colegiado del Décimo Quinto Circuito, *Laudo arbitral. Su homologación por autoridad judicial ordinaria y el análisis de ésta, en amparo, no permite el estudio de su sentido en cuanto al fondo*, México, 2002, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, p. 1317.
- Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Cuarto Distrito, Daños y perjuicios. La comprobación de su existencia y cuantía cuando se reclaman en cantidad líquida no implica que debe justificarse en forma exacta e indefectible la cantidad señalada en la demanda, México, 2005, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
- Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, *Laudos arbitrales. Cuando, por qué y en qué condiciones se deben analizar las consideraciones que lo sustentan*. México, 2013, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
- Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo Directo 71/2014, Disponible en: http://www2.scjn.gob.mx/juridica/engroses/1/2011/2/2_133489_644.doc.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo en Revisión 755/2011, disponible en: http://www2.scjn.gob.mx/juridica/engroses/1/2011/2/2_133489_644.doc
- Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, Nulidad de actos dentro del procedimiento arbitral mercantil. No corresponde su conocimiento a un tribunal judicial, México, 2007, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, p. 1730

Class Arbitration en el arbitraje de inversión



[Christopher James Dillon Zamarrón](#)
Asociado de Galicia Abogados S.C.

I. Introducción

A continuación, unas breves reflexiones en relación con el concepto de *class arbitration*, figura incipiente en el arbitraje internacional y, concretamente en el arbitraje de inversión, procedimiento en el cual este tipo de figuras tienen amplio impacto dada su propia naturaleza.

Para ello, examinaré la evolución jurisprudencial que dicha figura ha tenido tanto en el arbitraje comercial como en el de inversión, para concluir con unos breves comentarios respecto de las posibles soluciones que se pueden generar a la problemática que se ha presentado hasta la fecha sobre este tema.

II. Concepto de acción colectiva

El concepto de acción colectiva o *class action* tiene su origen principalmente en los sistemas legales anglosajones, en los que existe una amplia tradición al respecto. Una *class action* es una acción de grupo emprendida por un gran número de personas que sufrieron individualmente el mismo perjuicio o, en su caso, que un mismo perjuicio habría sido generado por una misma causa frente a una multiplicidad de personas.

Como puede anticiparse, esta acción interesa a una categoría, a un grupo de personas, que en el sistema anglosajón se identifica bajo la palabra *class*. En dicha “clase”, los sujetos comparten ciertas características frente a una circunstancia determinada, como, por ejemplo, haber fungido como compradores de un determinado producto, ser titulares de un mismo tipo de bonos o acciones, haber consumido un determinado fármaco, etc.

En ese sentido, una *class action* grosso modo implica o se identifica con procesos iniciados por un cúmulo o grupo de personas que comparten determinada característica o circunstancia, con el objeto de obtener la reparación de un perjuicio causado por una misma conducta o causa. Las acciones colectivas se han definido como acciones promovidas por un representante (legitimación colectiva) para proteger el derecho que pertenece a un grupo de personas (objeto del litigio) y cuya sentencia obligará al grupo como un todo (cosa juzgada).

Como se había adelantado, este tipo de acciones son comunes en países como Gran Bretaña, Estados Unidos y Quebec, quienes tienen una amplia tradición sobre en el tema. De igual manera, aunque bajo formas y características diferentes, ha comenzado a funcionar también en Francia en contra de la industria del tabaco y en Italia en materia financiera.

En América Latina se han implementado este tipo de instrumentos procesales en Brasil, Colombia, Argentina, Perú, Venezuela; en México apenas se están poniendo en práctica acciones colectivas, pero de una manera muy tímida.

Precisado lo anterior, tenemos que en una acción colectiva usualmente el grupo o cúmulo de personas no acceden directamente al procedimiento, sino que es común que todo el grupo se encuentre representado por un representante común o, como en el caso de México, una entidad gubernamental encargada de representar los intereses de los afectados. Esta es una característica muy importante de la acción colectiva y que la diferencia de una acción de carácter “tradicional”. Inclusive, el hecho de que esta acción se produzca en masa permite a las personas hacer valer sus derechos (reparación, reembolsos, etcétera) por un costo realmente módico, dado que los gastos son compartidos normalmente entre todos los participantes, además de que nos encontramos frente a una única defensa para todos los miembros del colectivo

Al igual que los costos del procedimiento son compartidos por todos los participantes, una eventual condena y pago a favor de los accionantes también es compartida por todo el colectivo, normalmente de manera proporcional. En ese sentido, aunque el importe de los daños en lo individual pudiera ser de bajo monto, multiplicado por la cantidad de casos que se repiten, se convierten en sumas importantes, inclusive para grandes consorcios internacionales. Ahora bien, desde el punto de vista estrictamente político, es usual que las acciones colectivas tengan una amplia difusión e importancia en el lugar en el que se llevan a cabo, precisamente al involucrar intereses de una colectividad, cuestión que le da un peso específico a este tipo de acciones, dado que también representan un medio de presión para la parte demandada. Es posible afirmar que, en lo individual, este tipo de acciones quedarían diluidas, al poder carecer de importancia para la contraparte. De lo expuesto líneas arriba, podemos concluir que las acciones colectivas tienen como características principales, las siguientes:

- Son procesos representativos. No hay lugar a un *joinder* o litisconsorcio, puesto que la acción es presentada desde un inicio por un único individuo, miembro de la clase, a nombre de la totalidad de sujetos que la componen.
- Están encaminados a la tutela de “derechos colectivos”. La doctrina clasifica los “derechos colectivos”, también denominados “intereses supraindividuales” o “intereses transindividuales”, en tres principales categorías: (i) intereses o derechos difusos, como aquellos de naturaleza indivisible y de los cuales son titulares una pluralidad de sujetos indeterminados unidos por circunstancias de hecho; (ii) intereses o derechos colectivos, como aquellos que son de naturaleza supraindividual e indivisible, pero son de titularidad de un conjunto de individuos unidos por algún tipo de vinculación jurídica, lo cual los hace determinables; y (iii) intereses individuales homogéneos, como aquellos de naturaleza individual, y por ende divisible, pero que pueden existir en número plural, tener un origen fáctico común y un contenido sustantivo homogéneo¹.
- Deben cumplir con ciertos presupuestos para la procedencia del procedimiento colectivo. Comúnmente bajo el sistema anglosajón estos requisitos se identifican con: (i) la “numerosidad” (numerosity) de los miembros de la clase, que permita que el procedimiento se lleve de forma conjunta; (ii) el carácter común de las cuestiones (commonality); (iii) la predominancia de las cuestiones comunes sobre cuestiones particulares (predominance); (iv) una correspondencia o “tipicidad” entre las reclamaciones del representante de la clase y las reclamaciones de ésta última (typicality); y (v) una “adecuada representación” (adequacy of representation), como garantía del debido proceso de los sujetos que componen la clase².

- Desarrollan principios procesales comunes. Los procedimientos colectivos se inspiran en principios procesales como la celeridad, la economía procesal, y la seguridad jurídica -esto último al reducir las posibilidades de fallos contradictorios-, los cuales se erigen como beneficios relativos y no absolutos de este tipo de procedimientos, así como del arbitraje como institución³.

III. La acción colectiva y el arbitraje

En materia arbitral las acciones de clase son una figura relativamente reciente, pudiendo encontrar los primeros casos relevantes a este respecto durante la década de los ochenta, principalmente en los Estados Unidos de América.

Sin embargo, el desarrollo de este tema dista mucho de ser homogéneo tanto en los Estados Unidos de América como en los diversos países en los que se ha presentado.

En efecto, mientras en algunos casos las cortes se han inclinado por aceptar la figura de la acción colectiva en el arbitraje, en otros casos, se ha negado tajantemente su procedencia.

Por ello, a continuación, se exponen de manera breve los casos más emblemáticos en relación con el tema que nos ocupa.

*Caso Keating v. Superior Court*⁴

En el año de 1982, la Corte Suprema del Estado de California determinó en el caso *Keating v. Superior Court*, la posibilidad de que existiera una nueva modalidad de procedimiento arbitral, en el cual se acumularon en un solo procedimiento diversas demandas de una misma clase de litigantes.

Este caso básicamente se encuentra referido a ciertas controversias entre Southland Corporation, franquiciador de las tiendas 7-Eleven, y sus franquiciados en el Estado de California, quienes habían interpuesto en la vía judicial diversos reclamos en contra de dicha empresa por fraude, declaraciones inexactas, incumplimiento del contrato y violación de las revelaciones exigidas por la *Franchise Investment Law*, entre otras cuestiones.

Uno de los argumentos hechos valer por los franquiciados, era el hecho de que el pacto arbitral contenido en sus respectivos contratos no era ejecutable al estar incorporado en un contrato de adhesión y, además, que la disputa no era arbitrable al involucrar violaciones a la *Franchise Investment Law* que podría considerarse un tema de interés público.

Los demandantes sostuvieron que, en caso de que el arbitraje fuera procedente, este debía tramitarse mediante una acción de clase, ante la identidad de sus reclamos. Por su parte, el franquiciador argumentaba que de conformidad con la cláusula compromisoria estándar contenida en el acuerdo celebrado con cada uno de sus franquiciados, las citadas diferencias debían ser resueltas mediante arbitraje individualmente.

Tras agotar las secuelas procedimentales respectivas, correspondió a la Corte Suprema del Estado de California analizar la procedencia de la denominada *class arbitration*. Para ello, se pronunció en primer lugar sobre la importancia de la acción de clase como instrumento para reivindicar los derechos de grupos de personas.

Según dicho tribunal, la figura de la *class arbitration* elimina la multiplicidad de litigios basados en los mismos fundamentos de hecho y de derecho, evitando con ello el riesgo de la emisión de sentencias contradictorias. De igual manera, esta figura permite el acceso a la justicia a los demandantes cuya pretensión es demasiado pequeña para justificar un proceso individual.

Igualmente, la Corte determinó que los contratos de adhesión son escenarios propicios para la acción de clase, por tratarse de contratos uniformes a los que les son aplicables los mismos principios de interpretación, en los cuales los miembros de la clase tienen un interés común. Así, la *class arbitration* en estos contratos implicaría intrusiones menores a los aspectos contractuales de la relación, puesto que la clase está conformada por todas aquellas personas que han suscrito un contrato con la parte demandada; cada uno de esos contratos contiene una cláusula compromisoria sustancialmente igual y los miembros de la clase son libres de no hacer parte de esta.

Por último, la Corte indicó que la *class arbitration* debía evaluarse en relación con las alternativas existentes y no con algún ideal. De este modo, si la alternativa en el caso concreto era forzar a cientos de franquiciados a litigar individualmente su causa contra Southland en diferentes sedes arbitrales, la *class arbitration* a pesar de sus dificultades podía ofrecer una solución más eficiente y justa.

Como se aprecia de lo anterior, este fue el primer caso en el que la Corte determinó la procedencia de la *class arbitration*, siempre y cuando, las circunstancias del caso así lo ameritaran.

*Caso Valencia v. Bancolombia*⁵

Este caso tuvo su origen en Colombia en el año de 2001 y, en el mismo, la Corte de Suprema de Justicia de dicho país determinó la procedencia de la *class action* en el arbitraje.

En este caso, los Señores Maximiliano Echeverri Marulanda y Luis Alberto Durán Valencia interpusieron una acción de tutela, al considerar que en un juicio de primera instancia el Juez de conocimiento había vulnerado sus derechos fundamentales al debido proceso, asociación y propiedad, al ordenar la terminación del proceso y remisión al arbitraje, atendiendo a cierta pretensión al respecto por parte de Bancolombia S. A., entidad demandada en dicho procedimiento judicial.

Los actores sostuvieron que debía excluirse la procedencia de la cláusula arbitral, puesto que la acción de grupo era de aplicación preferente frente a las normas que regulan el trámite arbitral. Ello, dado que dichas normas tendrían un tratamiento constitucional especial. En una primera instancia, el reclamo de los actores fue desestimado, al sostener que el pacto arbitral era claro.

Inconformes con dicha determinación, los actores acudieron ante la Corte Suprema de Justicia, a efecto de que esta última fuese la que determinare si los tribunales de arbitraje pueden conocer *class actions*. Dicho Alto Tribunal resaltó que las acciones de clase tienen como elementos fundamentales, su naturaleza esencialmente indemnizatoria; la irrelevancia de la fuente del daño para determinar su viabilidad, toda vez que el origen del daño puede estar en la vulneración de un derecho colectivo o subjetivo de carácter constitucional o legal y; los efectos generales de la sentencia que en ella se pueden conceder.

La Corte Suprema de Justicia contrastó dichos elementos con los del arbitraje, sosteniendo que este último es un procedimiento esencialmente voluntario, temporal y excepcional. Así mismo, hizo énfasis en el carácter dispositivo del derecho controvertido como condición del arbitraje; así como la necesidad de que exista una autorización por parte del ordenamiento jurídico respecto del pacto arbitral, así como la eficacia del laudo únicamente entre partes.

Así las cosas, indicó que los tribunales arbitrales por regla general no son competentes para conocer de las acciones de grupo o de clase: *“...No porque estas tengan consagración constitucional, pues todo proceso la tiene (...) sino porque la sentencia que en ellas se profiera, por lo menos en Colombia, vincula a todas las personas que se encuentran en “condiciones uniformes respecto de una misma causa que originó perjuicios individuales”.*

Bajo las consideraciones anteriores, la Corte Suprema de Justicia resolvió que los alcances del pacto arbitral no pueden extenderse a los miembros de la clase que no lo hubiesen suscrito, ya que ello significaría que estos no han declinado de la justicia estatal. Sin embargo, otra sería la “conclusión cuando el ‘grupo’ únicamente esté conformado por personas que, como los socios de una sociedad, han concertado el pacto arbitral o aceptado la presencia de una cláusula compromisoria”, hipótesis en la cual sí sería viable ventilar una acción de clase en arbitraje.

Con base en esta decisión, Luis Alberto Durán Valencia presentó ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá una solicitud de arbitraje para que se resolviera la acción de grupo propuesta contra Bancolombia S. A.



*Caso Green Tree Financial Corp. v. Lynn Bazzle*⁶

Lynn y Burt Bazzle promovieron una serie de demandas individuales ante la Corte Estatal de Carolina del Sur en contra de una sociedad denominada comercial Green Tree, a fin de obtener una indemnización por los causados con

motivo de la omisión de esta última de informar diversas previo a la firma de cierto crédito.

Precisamente con motivo de dicha demanda los promoventes solicitaron autorización para actuar en representación de la clase conformada por todos los clientes de Green Tree que hubiesen suscrito contratos similares a los suyos y que hubieren resentido un perjuicio por las condiciones similares a las que habrían sido sujeto ellos mismos. Por su parte, Green Tree solicitó la remisión al arbitraje con base en la cláusula compromisoria contenida en los contratos objeto de la controversia.

La Corte, teniendo en cuenta la existencia del pacto arbitral y que este guardaba silencio sobre la procedencia de la acción de clase, consideró que la *class arbitration* estaba permitida y, en consecuencia, certificó la clase y ordenó el trámite arbitral, el cual fue administrado como una acción de clase que concluyó en una condena en contra del banco comercial. Una situación similar se había presentado con ocasión de otra demanda interpuesta en representación de una clase conformada por diferentes clientes de Green Tree, decidida en igual sentido por el mismo árbitro que se pronunció en el caso de Bazzle.

Green Tree recurrió ambas decisiones alegando que la *class arbitration* era legalmente impermissible. Cuando la corte conoció del asunto, decidió acumular los procesos y concluir que el arbitraje había tomado la forma apropiada, toda vez que la ambigüedad del contrato debía interpretarse en contra de Green Tree, además de que la ley que favorecía el arbitraje no prohibía expresamente la *class arbitration* y los contratos de adhesión no debían ser utilizados para evitar la acción de clase en sede arbitral.

La Corte Suprema de Estados Unidos consideró que la procedencia de la *class arbitration* era una cuestión de interpretación contractual relacionada con el procedimiento arbitral. Por lo tanto, es al árbitro y no a la Corte, al que corresponde decidir si el contrato celebrado por las partes permite al demandante iniciar un arbitraje en representación de una clase de individuos que han celebrado contratos similares con el demandado.

*Caso Abaclat en contra de la República Argentina*⁷

Este asunto tuvo lugar ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), y dicho órgano determinó que “...la compra de bonos soberanos en cualquier lugar del mundo es una “inversión” realizada “en el territorio” del Estado emisor y protegida conforme a tratados bilaterales de inversión, siendo “irrelevante” a qué se destinan los fondos así obtenidos...”, declarándose con ello competente para conocer de cierta controversia para conocer de la demanda interpuesta por ciertos tenedores de bonos italianos en contra de la República Argentina.

Este caso se inició ante el CIADI en septiembre de 2006, cuando los demandantes presentaron su solicitud de arbitraje. Argentina presentó objeciones al registro del caso, sin embargo, el propio órgano consideró que improcedentes las objeciones de Argentina.

En resumen, la parte demandante alegaba que los bonos argentinos en manos de tenedores italianos son inversiones protegidas en el marco del Convenio del CIADI y del Tratado Bilateral de Inversiones (TBI) entre Argentina e Italia y que el CIADI tiene competencia para conocer de la controversia relativa a esos bonos conforme a lo dispuesto por ambos instrumentos.

Por su lado, Argentina presentó objeciones a la competencia del tribunal sosteniendo, entre otras cosas, que la diferencia por la que reclamaban los demandantes no surgía directamente de una inversión (requisito para que el CIADI), ni era una inversión “en el territorio” de Argentina, ni era, por tanto, una inversión protegida en el marco del tratado entre ambos países.

En ese sentido, uno de los puntos torales para determinar la competencia del CIADI era, por principio de cuentas, si se trataba de una inversión en el territorio de Argentina que favoreciera la prosperidad de Argentina, para que así tal inversión gozara de protección y para que una controversia surgida de esa inversión pudiera ser sometida a arbitraje internacional.

Conforme al artículo 25 del Convenio del CIADI, la competencia de un tribunal de arbitraje se abre sólo ante controversias que surjan “directamente de una inversión”. Dicho Convenio no define el término “inversión”, y deja librado a las partes qué definan qué inversiones se proponen proteger y en caso de disputa someter a arbitraje. Normalmente el objeto y alcance de la protección serán determinados en el tratado de que se trate.

El Tribunal que conoció de este asunto determinó que el silencio respecto de lo que puede o debe entenderse por inversión, “deja margen para una ulterior interpretación”. De tal suerte que será en todo caso el tribunal decidirá qué tipo de inversiones los Estados habían decidido proteger.

De manera más o menos genérica, para que una transacción o actividad califique como “inversión” en el marco del Artículo 25 debe cumplir todos los siguientes criterios:

- ser una contribución,
- de cierta duración,
- de una naturaleza tal que genere ganancias o ingresos,
- de cierto particular riesgo, y
- de tal naturaleza que contribuya al desarrollo económico del Estado receptor

Al respecto, el Tribunal del CIADI, al llevar a cabo una interpretación un tanto extensiva de los criterios antes mencionados y los derechos involucrados en este caso, determinó que los derechos que tienen los demandantes en los bonos materia de litigio calificaría como inversión y, por ende, determinó su competencia para conocer del asunto.

Otro de los puntos relevantes de la decisión del CIADI, consistió en determinar si era jurídicamente viable admitir una demanda “en masa”, dado que en este caso los tenedores italianos representaban alrededor de 60,000 tenedores de bonos de la República Argentina.

Sobre el particular concluyó que era contrario al propósito del respectivo tratado bilateral y al espíritu del CIADI requerir, además del consentimiento general para el arbitraje, un consentimiento expreso complementario para la forma de cada arbitraje. Lo anterior considerando, en primer lugar, la ausencia de definición de inversión existente en el convenio del CIADI; en segundo lugar, que el bit cubría inversiones susceptibles de involucrar un gran número de inversionistas; y, por último, que la protección efectiva de las inversiones requería de una ayuda colectiva.

En este orden de ideas, el silencio del Reglamento del CIADI respecto de procedimientos colectivos debía ser considerado como una laguna y no como una prohibición. De tal suerte, el Tribunal tenía la facultad de llenarla de conformidad con el artículo 44 del citado instrumento, en virtud del cual les corresponde a los árbitros decidir las cuestiones de procedimiento no reguladas en el reglamento ni por la voluntad de las partes.

Esta decisión fue una sentencia sin precedentes para el tema que nos ocupa puesto que, como se ha dicho, el tribunal se declaró competente para conocer una demanda “de clase”, presentada originalmente por 180.000 tenedores de bonos argentinos que reclamaban varios miles de millones de dólares. El número de demandantes se redujo luego a alrededor de 60.000.

*Caso Stolt-Nielsen S.A. v. Animalfeeds International Corp*⁸

La Corte Suprema de Estados Unidos indicó en el caso *Stolt-Nielsen v. Animalfeeds* de 2010, que la *class arbitration* no era procedente ante el silencio de la cláusula compromisoria. Lo anterior, con ocasión del recurso interpuesto contra el laudo parcial a través del cual el tribunal arbitral que conoció de la demanda presentada por Animalfeeds en contra de Stolt Nielsen interpretó el alcance de la cláusula compromisoria suscrita entre las partes, para determinar la procedencia de la *class arbitration*.

La decisión arbitral en comento tuvo lugar en razón de la demanda que Animalfeeds, proveedor de ingredientes crudos para la elaboración de alimentos para animales, había interpuesto en contra de la empresa de transporte marítimo Stolt-Nielsen en representación de todos los clientes de esta, debido a la inconformidad existente frente a las tarifas cobradas por esta dentro de los contratos estándar que celebraba con los usuarios de sus servicios, y por su actuación encaminada a restringir la competencia.

El tribunal, con base en lo dispuesto en las AAA Rules, determinó como una cuestión previa la procedencia de la *class arbitration* a la luz del pacto arbitral, el cual guardaba silencio frente al tema. Para ello tuvo en consideración los múltiples contextos en los que esta modalidad de arbitraje había sido autorizada con posterioridad a la decisión adoptada en el caso *Green Tree v. Bazzle*.

La Corte estimó que los árbitros habían excedido sus facultades con la citada decisión, dado que en lugar de identificar y aplicar la norma correspondiente basaron su decisión en el consenso que percibieron respecto de la acción de clase en sede arbitral.

Sobre el particular, indicó que el caso *Green Tree v. Bazzle* había sido malinterpretado, puesto que aquel no había establecido el estándar a ser aplicado por el árbitro para determinar, vía interpretación, si el contrato permite o no la acción de clase en sede arbitral.

De igual manera y, contrario al sentido que puede desprenderse del caso *Abaclat*, señaló que el mero silencio de las partes respecto de la procedencia de la *class arbitration* no podía ser considerado como consentimiento implícito, en razón a la naturaleza consensual del arbitraje y a los cambios que esta introduce al arbitraje bilateral.

Por tanto, la regla a ser aplicada para determinar la procedencia de esta nueva modalidad de arbitraje es la existencia de una base contractual, de la cual se pueda establecer que las partes están de acuerdo con ella.

*Caso AT&T Mobility LLC v. Concepcion*⁹

La decisión tomada en el caso *Stolt-Nielsen* fue confirmada por la Corte Suprema de Estados Unidos en el caso *AT&T Mobility LLC v. Concepcion*.

Allí se discutió una acción de clase interpuesta ante la Corte Distrital de California por Vincent y Liza Concepción en contra de AT&T Mobility LLC. Los demandantes argumentaban que el demandado había incurrido en falsa publicidad y fraude al haberles cobrado un impuesto sobre las ventas de unos teléfonos celulares que, de acuerdo con lo publicitado, fueron entregados gratuitamente con ocasión de los contratos de prestación de servicios entre ellos celebrados. Dicho contrato contenía una cláusula compromisoria que prohibía expresamente la *class arbitration*.

En estas circunstancias, el demandado solicitó a la Corte que ordenara el arbitraje en los términos acordados en el contrato celebrado con los Concepción. Por su parte, los demandantes se opusieron alegando que la cláusula compromisoria era abusiva e ilegal al prohibir la acción de clase. Sobre este punto, la Corte de California consideró que el pacto arbitral efectivamente era abusivo, puesto que AT&T no había demostrado que el arbitraje bilateral sustituía adecuadamente el efecto disuasivo de la acción de clase.

Cuando la Corte Suprema de Estados Unidos conoció de este caso, le correspondió determinar si efectivamente se encontraba prohibido a los Estados condicionar la ejecutabilidad de un pacto arbitral a la viabilidad de la acción de clase en sede arbitral.

Al respecto, la Corte consideró que la viabilidad de la *class arbitration* interfiere con los atributos fundamentales del arbitraje y, de este modo, crea un esquema inconsistente con el citado instrumento, dado que el cambio de arbitraje bilateral a *class arbitration* sacrifica la principal ventaja del arbitraje, esto es, la informalidad.

Según la corte, la acción de clase en sede arbitral requiere un procedimiento formal basado en las normas aplicables a este tipo de procedimiento, que hace que el procedimiento sea más lento y costoso. Así mismo, incrementa el riesgo de los demandados ante la ausencia de varios mecanismos de revisión de la decisión arbitral.

Con base en lo descrito, la Corte reiteró lo dicho en *Stolt Nielsen* en cuanto a que el pacto arbitral que guarda silencio sobre la procedencia de la acción de clase se debe interpretar en forma negativa, esto es, impidiendo que el procedimiento se lleve a cabo a través de una acción de clase.

*Caso Adamakopoulos v Chipre*¹⁰

En este caso, se encuentra involucrado una disputa ante el CIADI por parte de alrededor de 900 ciudadanos de Chipre, seis sociedades de esa misma nacionalidad y una sociedad adicional que estaría vinculada a estas últimas pero cuya sede se encuentra en Luxemburgo. Todos los involucrados son tenedores o accionistas de ciertos bancos de Chipre.

La demanda que nos ocupa tuvo lugar después de que los bancos en comento sufrieron severas pérdidas básicamente en razón de su vinculación con Grecia y la crisis sufrida por esta última. Precisamente con razón de esto último, Chipre tuvo que tomar ciertas medidas sugeridas por la Comisión Europea y el Banco Central Europeo, dentro de las que se ubica la fusión de los bancos materia de esta controversia, con lo cual los tenedores y accionistas resentirían un perjuicio en sus valores.

En 2015 los demandantes iniciaron su respectiva acción ante el CIADI, alegando una violación a los tratados bilaterales suscritos entre Chipre y Grecia, así como Chipre, Bélgica y Luxemburgo. Al analizar su jurisdicción, el Tribunal determinó que debería considerarse que la disputa era solo una pese a la gran cantidad de sujetos involucrados, aún pese a que existían dos tratados bilaterales distintos.

Precisamente uno de los argumentos de Chipre para desestimar esta cuestión, se enfoca al hecho de que las acciones de los demandantes no se encuentran íntimamente vinculadas, dado que no todos poseen la misma calidad de tenedores, se trata de diversos tratados bilaterales, respecto de distintos bancos e inversiones que se habrían llevado a cabo en distintos momentos.

No obstante, el CIADI determinó que existía una unidad substancial en el reclamo, dado que todas se basarían en la decisión de Chipre de fusionar los bancos en que los demandantes tendrían sus respectivas inversiones.

Ello aunado a que, según el CIADI, todos los reclamos al final del día tratarían sobre un mismo tema, esto es, el tratamiento de inversiones de extranjeros en Chipre, calidad que tienen todos los reclamantes. Bajo este escenario, el CIADI resolvió procedente admitir esta *class arbitration*, considerando como un solo reclamo la demanda presentada por los actores.

IV. Teorías sobre el arbitraje de clase

El arbitraje de clase como una cuestión de arbitrabilidad objetiva.

Desde la perspectiva de la arbitrabilidad objetiva, la pregunta a formular sería la siguiente: ¿es arbitrable una acción de clase?

La respuesta a tal interrogante, particularmente en nuestro ordenamiento jurídico, requiere como punto de partida una comprensión acerca de la naturaleza propia de las acciones de grupo, pues al tener un reconocimiento constitucional expreso, podría plantearse eventualmente un problema de arbitrabilidad objetiva¹¹.

Al respecto, simplemente es importante tomar en consideración si, con base en el ordenamiento aplicable en sede estatal, es posible que la *class arbitration* sea viable. Es decir, bajo esta teoría básicamente lo importante es contrastar si el ordenamiento jurídico establece o no algún tipo de prohibición para la consecución de este tipo de acción.

El arbitraje de clase como una cuestión de alcance (scope) del acuerdo arbitral.

De los casos descritos con anterioridad, resulta evidente que la comprensión del arbitraje de clase en los Estados Unidos de América, está claramente cimentada desde un punto de vista contractual, al punto que se ha considerado que la procedencia del arbitraje de clase es una cuestión de “construcción” o interpretación del acuerdo arbitral, es decir, un problema de determinación de la intención de las partes de someterse o no a un arbitraje de clase, rechazando tal posibilidad en el caso de que las partes no hubieran acordado tal posibilidad de manera expresa¹².

¿Podría acaso la expresión “todas las disputas emanadas del contrato o que tengan relación con el mismo” cubrir las reclamaciones indemnizatorias presentadas a nombre de una clase de individuos que han suscrito acuerdos arbitrales similares?

Al final del día, toda cláusula podrá ser sujeta a interpretaciones y, con base en lo que se ha expuesto, será el propio Tribunal quien determinará el alcance de las mismas a la luz de las circunstancias del caso concreto. No obstante, pareciera que la tendencia internacional se inclina a otorgar una interpretación amplia a tales cláusulas, de tal modo que todas las controversias que emanen del contrato o que tengan un contacto tangencial con el mismo, sean resueltas por medio de arbitraje, evitando así la fragmentación de controversias en distintos foros.

El arbitraje de clase como una cuestión de lex arbitri.

Esta teoría se encuentra referida al hecho de que el tema que nos ocupa será determinado al final del día con base en la sede del arbitraje¹³.

Así, cuando el reglamento de arbitraje que haya sido pactado por las partes, o que se desprenda de la decisión de los árbitros en torno a la sede del arbitraje, no contemple alguna cuestión procesal relevante para el caso concreto, habrá de entenderse que dicho vacío normativo será suplido por el derecho procesal del *situs* legal del arbitraje.

Por consiguiente, en la medida en que normalmente los reglamentos de arbitraje no contemplan reglas específicas sobre acciones de clase o grupo, podría suplirse tal ausencia de regulación acudiendo a las normas locales respectivas.

Como puede apreciarse, este análisis se efectúa no desde un punto de vista contractual sino procesal o jurisdiccional, esto es, considerando que el proceso arbitral es precisamente eso, un proceso jurisdiccional para la solución de una contienda, que se nutre tanto de las normas procesales acordadas por las partes como de aquellas que puedan resultar aplicables.

V. Conclusiones

De lo expuesto con anterioridad, es claro que a la fecha los criterios judiciales distan de ser homogéneos con relación al *class arbitration*.

No obstante, es posible determinar que los Tribunales Arbitrales han mostrado apertura en relación a esta figura, a efecto de evitar perjuicios a las partes intervinientes al obligarlas a litigar de manera separada, no obstante, una posible vinculación entre sus reclamos.

Es decir, pareciera que el principio de economía procesal y evitar el dictado de sentencias contradictorias son elementos que han marcado la ruta de los Tribunales Arbitrales Internacionales para determinar la procedencia o no de la *class arbitration*.

En mi opinión, estos temas deberán ser determinados con mayor claridad en los Reglamentos de Arbitraje y, concretamente, en las Reglas del CIADI, puesto que, en mi consideración, puede ser riesgoso que se deje total libertad a un Tribunal sobre la decisión de si es procedente o no el *class arbitration*.

Lo anterior, dado que resulta fácil que un Tribunal Arbitral pueda exceder su mandamiento, interpretando cuestiones que no serían propiamente objeto del arbitraje. Por ejemplo, en el caso Abaclat, diversos sectores acusaron al Tribunal del CIADI de haber casi forzado su interpretación con el objeto de asumir competencia.

En ese sentido, me parece que uno de los retos para los próximos años es que los respectivos reglamentos sean claros con relación a esta temática.

No obstante, me parece que los criterios que han asumido las Cortes de los Estados Unidos de América pueden ser útiles para los abogados al diseñar sus respectivas cláusulas, a efecto de que se incluya de manera expresa o no la posibilidad de una *class arbitration* o no.

Con ello, se evita precisamente acudir a un Tribunal a efecto de que interprete la viabilidad de esta figura a la luz del acuerdo entre las partes.

Con independencia de ello, me parece que esta es una cuestión que simple y sencillamente no puede separarse del derecho local de la sede del arbitraje, por lo que sin duda deberá ser tomado en consideración al momento de decidir sobre una *class arbitration*.

Notas al Pie

- 1 GRÜNSTEIN AGUIRREAZABAL, Maite. Los principios procesales que informan los procedimientos colectivos. En: WALTER PEYRANO, Jorge. Los procedimientos colectivos. Tomo II. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, 2011.
- 2 GIANNINI, Leandro J. La representatividad adecuada en las pretensiones colectivas. En: OTEIZA, Eduardo. Procesos colectivos. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, 2006. pp. 179-214.
- 3 RAMÍREZ HUERTAS, Álvaro. Ampliando los Horizontes del Arbitraje en Colombia: Una Mirada al Arbitraje Colectivo o de Clase. Disponible en: www.centroarbitrajeconciliacion.com. Págs.1-7.
- 4 Corte Suprema de California. (1982). Keating v. Superior Court, 31 Cal.3d 584. S. F. No. 24242 (June 10, 1982).
- 5 Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Civil. (2001). Valencia v. Bancolombia. Exp. 1100122030002001-0183- 01 (M. P.: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, mayo 11 de 2001).
- 6 Corte Suprema de Estados Unidos. (2003). Green Tree Financial Corporation v. Lynn Bazzle, 539 US.
- 7 CIADI No. ARB/07/5, Abaclat y otros contra la República Argentina)
- 8 Corte Suprema de Estados Unidos. (2010). Stolt-Nielsen S.A. et al. v. Animalfeeds International Corp. No. 08-1198 (April 27, 2010).
- 9 Corte Suprema de Estados Unidos. (2011). AT&T Mobility LLC v. Concepcion Et Ux. No. 09-893 (April 27, 2011).
- 10 MAYNARD, Simon. Adamakopoulos v Cyprus may provide a blueprint for “mass claims” in investment arbitration. Disponible en: <http://arbitrationblog.practicallaw.com/adamakopoulos-v-cyprus-may-provide-a-blueprint-for-mass-claims-in-investment-arbitration/>.
- 11 CAIVANO, Roque J. *Arbitrabilidad y orden público*. En: REVISTA FORO JURÍDICO, No. 1, 2011. 62-78 pp.
- 12 RAMÍREZ HUERTAS, Álvaro. Ampliando los Horizontes del Arbitraje en Colombia: Una Mirada al Arbitraje Colectivo o de Clase. Disponible en: www.centroarbitrajeconciliacion.com. Pág. 16.
- 13 REDFERN, Alan; HUNTER, Martin, et al. Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional. Buenos Aires: La Ley, 2007. p. 164.

Dispute Boards en Competencia Económica



[Juan Pablo Sandoval García](#)

Abogado por la Universidad Iberoamericana, Ciudad de México. Acreditó el Diplomado de Arbitraje impartido por la ICC y la Escuela Libre de Derecho, y el Construction Law Summer School impartido por Informa y la Universidad de Cambridge.

Resumen

Cuando se habla de Dispute Boards, generalmente, se piensa en automático en controversia; sin embargo, si bien lo anterior puede ser conceptualmente correcto, fácticamente no es lo más acertado, pues se aleja de su objeto preventivo. Esa esencia preventiva es lo que genera la compatibilidad entre los Dispute Boards y la disciplina de la Competencia Económica.

¿Qué son los Dispute Boards?

Según Francisco González de Cossío, se entiende por Dispute Boards aquellos “*órganos que forman parte de una obra de infraestructura y que resuelven las controversias que surjan de la misma*”. Son un medio contractual de prevención de controversias conformado por un panel de miembros del Dispute Board, que avanza a la par de un contrato durante su ejecución, buscando evitar cualquier dilación que surja por alguna desavenencia contractual.

Dicho lo anterior, es de señalar que se reconocen, al menos tres tipos de Dispute Boards, a saber: (1) Dispute Adjudication Board (DAB); (2) Dispute Review Board (DRB); y (3) Combined Dispute Board.

- 1) Los DAB tienen como característica principal, que la decisión del panel es vinculante y tienen que ser cumplidas de manera inmediata por las partes. (Artículo 5(1) y 5(2) del Reglamento de Dispute Boards de la *International Chamber of Commerce*)
- 2) En los DRB, por el contrario, el panel que lo conforma asiste de manera informal a las partes en conflicto, emitiendo recomendaciones que pueden ser cumplidas voluntariamente por las partes, y que sin embargo no son estrictamente obligatorias. (Artículo 4(1) y 4(2) del Reglamento de Dispute Boards de la *International Chamber of Commerce*)
- 3) Finalmente, los Combined Dispute Boards son mecanismos que, como su nombre lo indica, pueden emitir de manera mixta, decisiones vinculantes o meras recomendaciones. (Artículo 6(1) del Reglamento de Dispute Boards de la *International Chamber of Commerce*)

Los Dispute Boards son comúnmente utilizados en la industria de la construcción, ya que representan una solución constante, rápida y técnica en los proyectos de construcción debido a la multiplicidad de técnicas y empresas que actúan de manera, ya simultánea, ya sucesiva y por lo tanto, tales proyectos merecen una atención temprana y preventiva de las diferencias técnicas que se puedan suscitar, en lugar de una solución tardía y explosiva que pudiera llegar a quebrantar lo más importante en un proyecto de construcción: el proyecto mismo.

En otras palabras, el hecho de que los Dispute Boards sean utilizados comúnmente temas construcción responde a la necesidad de una solución e incluso a una evasión de diferencias técnicas que puedan retrasar la ejecución del proyecto de que se trate.

Lo anterior, además, es acorde a los principios que rigen las relaciones jurídicas y contractuales en México, pues tienen por intención que el proyecto de que se trate prevalezca sobre cualquier interés individual de las partes, de manera que se ejecute de la manera más adecuada para que produzca todos sus efectos. (Artículos 1851 y 1853 del Código Civil Federal).

Habiendo mencionado lo anterior, queda claro que los Dispute Boards vienen a ser el traje a la medida para la debida ejecución de proyectos de construcción, pues previenen la detonación de controversias que pudieran llegar a detener los proyectos de construcción, buscando una solución técnica, pacífica y preventiva que dará continuidad, y por lo tanto efectos, a los contratos de construcción.

Sin embargo, ¿hay cabida para los Dispute Boards materias distintas a la construcción?

Dispute Boards en materias distintas a la construcción.

En, 2012, el Comité Consultivo de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias de Australia, sugirió la expansión del uso de los Dispute Boards a materias distintas a la construcción, tomando el ejemplo, precisamente, de los Dispute Boards en construcción, pues señala que son una poderosa herramienta de prevención, logrando resultados en materia de construcción al motivar la cooperación y prevención de disputas mediante la facilitación de comunicación y cooperación entre las partes.

Es decir, si han funcionado correctamente, y han dado frutos en construcción, ¿por qué no funcionarían en materias distintas?

Para la Décima Segunda Conferencia Anual de la *Dispute Resolution Board Foundation* de 2012, James Perry sostuvo que cualquier industria del comercio a la que le sirva de algún mecanismo de solución de controversias en “tiempo real”, puede beneficiarse de los Dispute Boards. Sólo por citar algunas, James Perry señaló entre las aplicaciones de los Dispute Boards fuera de la industria de la construcción, aquellas que involucran softwares o aplicaciones de almacenamiento de información; contratos que involucren el uso y transferencia de propiedad intelectual y *know how*, extracción de minerales, la industria de embarco y envío, servicios financieros, telecomunicaciones, entre otras.

De las diversas aplicaciones de los Dispute Boards en disciplinas distintas a la construcción, destaca el antecedente de la venta de “Volvo” de Ford a Geely, en el que el Dispute Board fue designado a efecto de monitorear el cumplimiento de los términos del contrato, en cuento al uso de la propiedad intelectual compartida entre Volvo Car Corporation y Ford Motor Company.

De todo lo anterior, podemos anticipar que los Dispute Boards son flexibles y son susceptibles de ser implementados en diversas ramas de la industria, así como en diversas disciplinas.

Competencia Económica.

En México, la vigilancia de la competencia económica está a cargo de la Comisión Federal de Competencia Económica (COFECE), que es el órgano autónomo que tiene por objeto garantizar la libre concurrencia y competencia económica, así como prevenir, investigar y combatir, entre otros, las concentraciones que pudieran llegar a restringir el funcionamiento eficiente de los mercados (artículo 10 de la Ley Federal de Competencia Económica).

La práctica de la competencia económica en México, podemos decir, se centra en tres interesantes rubros:

- 1) La notificación de concentraciones ante la Comisión Federal de Competencia Económica (Cofece);
- 2) La denuncia, investigación y tramitación de investigaciones por prácticas monopólicas absolutas y relativas;
- 3) La investigación y tramitación de procedimientos respecto de prácticas que puedan llegar a considerarse como barreras a la competencia y a la libre concurrencia.

En el presente artículo, nos centraremos en la primera: notificación de concentraciones ante la COFECE.

Concentraciones

De conformidad con el artículo 61 de la Ley Federal de Competencia Económica, se entiende por concentración la *“fusión, adquisición del control o cualquier acto por virtud del cual se unan sociedades, asociaciones, acciones, partes sociales, fideicomisos o activos en general que se realice entre competidores, proveedores, clientes o cualesquiera concentraciones o cualesquiera otros agentes económicos.”*

De esa manera, hay concentraciones que deben ser autorizadas por la Cofece, antes de que se lleven a cabo, y son aquellas que:

- I. El acto sucesión de actos importen en el territorio nacional directa o indirectamente, un monto superior a 18 millones de veces el valor de la Unidad de Medida y Actualización (UMA) (Aproximadamente 77.2 millones de dólares).
- II. El acto o sucesión de actos impliquen la acumulación del 35% o más de los activos o acciones de un agente económico del que sus ventas anuales superen 18 millones de veces el valor de UMA en territorio Nacional (Aproximadamente 77.2 millones de dólares); o

- III. El acto o sucesión de actos impliquen una acumulación en activos o capital social superior al valor equivalente a 8 millones de veces la UMA (aproximadamente 34.3 millones de dólares), y que en la concentración actúen dos o más agentes cuyas ventas anuales superen, conjunta o individualmente, 48 millones de veces el valor de la UMA (aproximadamente 206 millones de dólares).

Una vez tramitado el procedimiento de notificación de concentración, de conformidad con la fracción V del artículo 90 de la Ley Federal de Competencia Económica, la Cofece puede autorizar, objetar o sujetar la autorización de la concentración al cumplimiento de condiciones destinadas a la prevención de posibles actos que afecten a la competencia y a la libre concurrencia.

En caso de que la Cofece considere que las concentraciones notificadas pudieran tener riesgos al proceso de competencia y libre concurrencia, podrá sujetar la autorización de la concentración notificada, al cumplimiento de ciertas condiciones destinadas a la prevención de posibles efectos contrarios a la libre concurrencia. Las condiciones que puede imponer la Cofece, pueden consistir en:

1. Realizar o abstenerse en realizar cierta conducta;
2. Enajenar activos, derechos, partes sociales o acciones a terceros;
3. Modificar o eliminar términos o condiciones de los actos que pretendan celebrar;
4. Realizar actos que obliguen a los competidores a participar en el mercado, dar acceso, o vender bienes o servicios éstos; o
5. Cualquier otra que tenga por objeto evitar disminuir, dañar o impedir la competencia o libre concurrencia.

En la práctica, es común que la Cofece requiera a las partes objeto de la concentración, que se designe a un tercero independiente a efecto de dar puntual seguimiento e informe a la Cofece sobre el cumplimiento de las condiciones impuestas a la concentración.

De ahí la pregunta: ¿es posible designar a un Dispute Board que vigile el cumplimiento de las condiciones a las que la concentración está sujeta?

Para contestar a la pregunta anterior, también es necesario resolver cualquier cuestión u obstáculo jurídico que pudiera impedir que los Dispute Boards puedan ser utilizados en otras materias, y para efectos del presente documento, especialmente en materia de Competencia Económica.

En este sentido, son principalmente dos las piedras en el camino que quien suscribe, encuentra en la implementación de los Dispute Boards en Competencia Económica, y especialmente, por cuanto a la implementación de los Disputes Board en las concentraciones condicionadas por la Cofece

1. El Principio de Autonomía de la Voluntad de las Partes.

Mencionaba en la introducción del presente artículo, que los Dispute Boards, conceptualmente, pertenecen al género de los Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias, y en tanto, siguen las reglas fundamentales de dichos medios, dentro de los que destaca especialmente, el principio de autonomía de la voluntad de las partes, el cual, en palabras simples, señala que la fuente y ley suprema del mecanismo de que se trate es el acuerdo entre las partes que le da vida.

La limitante que encuentra el principio de autonomía de la voluntad de las partes, es que no sea contraria a las normas de orden público ni al interés general; sin embargo, en su artículo 1º, la Ley Federal de Competencia Económica señala que es una ley de orden público e interés social; y a su vez, el Estatuto Orgánico de la Comisión Federal de Competencia Económica, que está a cargo de dicha Comisión, a través de la Dirección General de Concentraciones “[p]roponer condiciones conforme a las cuales deban ser aprobadas las concentraciones y coadyuvar con su verificación ...” (Artículo 34 fracción II del Estatuto Orgánico de la Comisión Federal de Competencia Económica).

De lo anterior, ¿es compatible que bajo el principio de autonomía de la voluntad de las partes se designe un Dispute Board quien revise y emita opiniones con relación al cumplimiento de las condiciones, con la facultad que por ley corresponde a la Dirección General de Concentraciones de la Cofece de proponer y verificar el cumplimiento de las condiciones en concentraciones?

La respuesta está en la propia Ley Federal de Competencia Económica, en su artículo 90 penúltimo párrafo, el cual establece que las partes notificantes podrán proponer, desde su escrito de notificación, hasta un día después de que se liste el asunto para sesión del Pleno, sus propuestas de condiciones.

En la propuesta de condiciones que presenten las partes objeto de la concentración pueden válidamente incluir que la verificación del cumplimiento de las obligaciones estará a cargo de un Dispute Board, quien, en coadyuvancia con la Cofece, tendrá la facultad de emitir recomendaciones y/o decisiones a efecto de hacer cumplir plenamente las condiciones.

De esa manera, pueden coexistir la facultad de la Cofece de proponer y verificar el cumplimiento de condiciones en la notificación de concentraciones, y el principio de autonomía de la voluntad de las partes, cumpliendo este principio con el orden público y el interés social.

2. La Competencia Económica como objeto de un Mecanismo Alternativo de Solución de Controversias.

Existe en materia de mecanismos alternativos de solución de controversias, el concepto de “arbitrabilidad objetiva”, que si bien es un concepto aplicable directamente al arbitraje, para efectos de la discusión del presente documento, lo trasladaremos al campo general de los mecanismos alternativos de solución de controversias.

Según Francisco González de Cossío, la arbitrabilidad objetiva en México “*es resultado de satisfacer positivamente cuatro criterios: (i) que no sea un área expresamente excluida; (ii) que no verse sobre derechos que no son de libre disposición; (iii) que no afecten el interés público; y (iv) que no involucre derechos de tercero.*”

En el presente planteamiento, encontramos el obstáculo en el área excluida, pues como se mencionó anteriormente, la Cofece tiene la facultad exclusiva de garantizar la libre concurrencia y competencia económica, así como prevenir, investigar y combatir, entre otros, las concentraciones que pudieran llegar a restringir el funcionamiento eficiente de los mercados; por cuanto hace a las concentraciones, tiene la facultad de prevenir cualquier restricción al mercado, a través de la imposición de condiciones a las concentraciones que le son presentadas.

Sin embargo, la respuesta está en que no será el Dispute Board el que autorice o niegue la concentración, ni tampoco quien determine si las condiciones impuestas se han cumplido o no; por el contrario, el Dispute Board sería en todo caso, el que vigile el cumplimiento de las condiciones, emitiendo opiniones y decisiones en favor de las mismas condiciones previamente impuestas por la Cofece, así como mediante informes que remita a dicha Comisión para que sea ésta quien en todo caso determine si las condiciones han sido satisfactoriamente cumplidas o no.

Conclusión.

Han sido varias las personas que, desde inicios de la década del 2010, sugirieron la apertura y aceptación de los Dispute Boards en diversas disciplinas de la industria, no necesariamente de la construcción, incluyendo de manera enunciativa más no limitativa contratos que involucren el uso y transferencia de propiedad intelectual y *know how*, extracción de minerales, la industria de embarco y envío, servicios financieros, telecomunicaciones, entre otras. Lo anterior se debe a la naturaleza flexible de los Dispute Boards, pues permiten que se adapten adecuadamente a las necesidades del contrato y de la industria de que se trate.

Los Disputes Boards pueden ser válidamente incorporados a la práctica de la competencia económica siempre que las partes que los invoquen, no pretendan suplir a la autoridad de la competencia (la Cofece) en sus facultades y atribuciones exclusivas; sin embargo, en sí mismos, los Dispute Board no interfieren en las funciones de la Cofece, por el contrario, en caso de ser utilizadas en los términos aquí propuestos, aportarían a la disminución de la carga de trabajo de la Comisión respecto a sus atribuciones verificadoras del cumplimiento de las condiciones.

Como en todos los mecanismos alternativos de solución de controversias, dependerá de que los particulares que sometan a la aprobación de la Cofece sus concentraciones propongan a la Cofece que sea un Dispute Board quien, en coadyuvancia con aquella, verifique el cumplimiento de las condiciones en concentraciones.

Por lo tanto, la ampliación del espectro de los Dispute Boards, específicamente como coadyuvantes en materia de condiciones en concentraciones, está en manos de los practicantes.

Referencias Bibliográficas

1. Advisory Committee on Alternative Dispute Resolution, Law Council in Australia. "The use of Dispute Resolution Boards and their expansion beyond Construction Matters." November, 2012.
2. Código Civil Federal.
3. GONZÁLEZ DE COSSIO Francisco. "Arbitraje". Cuarta edición. Editorial Porrúa. México 2014.
4. James Perry. "The Future of Dispute Boards in Non – construction Applications, and Why it Matters." For the 12th Annual DRFB International Conference. May, 2012. Sydney Australia.
5. Ley Federal de Competencia Económica.
6. Estatuto Orgánico de la Comisión Federal de Competencia Económica.

Bibliografía

- BORN, Gary B. *International commercial arbitration*. The Hague: Kluwer Law International, 2014.
- CAIVANO, Roque J. *Arbitrabilidad y orden público*. En: Revista Foro Jurídico, No. 1, 2011.
- CÉSPEDES RÍOS, HELENA LUCÍA. *Sistema opt-in: la respuesta a una épica batalla entre la acción de clase y el arbitraje*. En Revista de Derecho Privado número 54. Julio- diciembre 2015.
- GONZÁLEZ DE COSSIO, Francisco. *Sobre la naturaleza jurídica del arbitraje*. Homenaje a don Raúl Medina Mora.
- GRÜNSTEIN AGUIRREAZABAL, Maite. *Los principios procesales que informan los procedimientos colectivos*. En: WALTER PEYRANO, Jorge. Los procedimientos colectivos. Tomo II. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, 2011.
- GIANNINI, Leandro J. *La representatividad adecuada en las pretensiones colectivas*. En: OTEIZA, Eduardo. Procesos colectivos. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, 2006.
- MAYNARD, Simon. *Adamakopoulos v Cyprus may provide a blueprint for "mass claims" in investment arbitration*.
- RAMÍREZ HUERTAS, Álvaro. *Ampliando los Horizontes del Arbitraje en Colombia: Una Mirada al Arbitraje Colectivo o de Clase*. Disponible en: www.centroarbitrajeconciliacion.com.
- REDFERN, Alan; HUNTER, Martín, et al. *Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional*. Buenos Aires: La Ley, 2007.

CITAS BIBLIOGRÁFICAS PAUTA 95

ⁱ GARCÍA AMADO, Juan Antonio. Iusmoralismo(s). Cevallos Editora Jurídica, Ecuador, 2015, pp.8 y 9.

ⁱⁱ **Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.**

Artículo 17 [...]

Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial [...]

ⁱⁱⁱ Cit. por SALDAÑA SERRANO Javier, El Papel de la Ética Judicial en el Nuevo Modelo de Juez del Estado Constitucional de Derecho. México, Porrúa, pp. 72 y 73

^{iv} **Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.**

Artículo 17, incorporado como tercero, ahora quinto párrafo, DOF 18 de junio de 2008.

^v Idem.

Actual párrafo tercero, DOF 15 de septiembre de 2017.

^{vi} Párrafo adicionado en 2017.

^{vii} Artículo 2944. La transacción es un contrato por el cual las partes haciéndose recíprocas concesiones, terminan una controversia presente o previenen una futura.

^{viii} Cfr. La isla de las discusiones y la isla de los acuerdos: el peculiar modo escocés de resolver conflictos.

<https://magnet.xataka.com/idolos-de-hoy-y-siempre/isla-discusiones-isla-acuerdos-peculiar-modo-escoces-resolver-conflictos> consultado el 16 de marzo de 2019.

^{ix} ARRESE IGOR, Héctor Oscar, Derecho, Intersubjetividad y Justicia. México, Neisa, Unsam Edita, Jorge Baduino Ediciones. 1ª. Ed. 2018. P.118.

^x ADAMS DAVID, Cultura de Paz: Una Utopía Posible. México, Herder, 2014 P. 322 y 323.

^{xi} <https://www.scjn.gob.mx/transparencia/obligaciones-de-transparencia/informe>

^{xii} <https://www.siged.sep.gob.mx/SIGED/docentes.html>

^{xiii} <https://www.pjenl.gob.mx/RedNacionalMASC/>

^{xiv} <https://iccwbo.org/publication/arbitration-rules-and-mediation-rules/>

^{xv} SAID, Edward W. Antagonistas, Públicos, Seguidores y Comunidad, en La Posmodernidad, edición a cargo de FOSTER Hal, Editorial Kairós, Barcelona, 8ª. Ed. 2015, p 232.

^{xvi} BERGER John, Another Way of Telling, Journal of Social Reconstruction 1, (enero-marzo 1980); p. 64. Cit. Por SAID, Edward W. op. Cit. P 232.

^{xvii} REYES, Alfonso, Cartilla Moral; Opúsculos, El Colegio Nacional. p.76.

^{xviii} Árbitro y abogada de parte, especialista en la protección de datos personales certificada en México por NYCE (2018-2020) y para el marco normativo europeo (CIPP/EU) por la *International Association of Privacy Professionals* (2019-2021).

^{xix} Por ejemplo, la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares establece en su artículo 1: “[L]a presente Ley es de orden público y de observancia general en toda la República y tiene por objeto la protección de los datos personales en posesión de los particulares, con la finalidad de regular su tratamiento legítimo, controlado e informado, a efecto de garantizar la privacidad y el derecho a la autodeterminación informativa de las personas.”

^{xx} Artículo 6, A, II: “[L]a información que se refiere a la vida privada y los datos personales será protegida en los términos y con las excepciones que fijen las leyes.”

^{xxi} Artículo 16: “[...]Toda persona tiene derecho a la protección de sus datos personales, al acceso, rectificación y cancelación de los mismos, así como a manifestar su oposición, en los términos que fije la ley, la cual establecerá los supuestos de excepción a los principios que rijan el tratamiento de datos, por razones de seguridad nacional, disposiciones de orden público, seguridad y salud públicas o para proteger los derechos de terceros. [...]”

^{xxii} “The ICCA-IBA Roadmap to Data Protection in International Arbitral”, *Public Consultation Draft*, febrero 2020.

^{xxiii} Artículo 3, fr. XVII de la LFPDP.

^{xxiv} Por ejemplo, cuando se presenta como prueba documental el informe médico de un empleado que sufrió un accidente durante la construcción de una planta. Esa documental incluye datos de salud y, por tanto, sensibles de una persona física que no es parte del arbitraje.

^{xxv} Artículo 3, fr. XVII de la LFPDP.

^{xxvi} Por ejemplo, cuando se presenta como prueba documental el informe médico de un empleado que sufrió un accidente durante la construcción de una planta. Esa documental incluye datos de salud y, por tanto, sensibles de una persona física que no es parte del arbitraje.

^{xxvii} Artículo 3, fr. V de la LFPDP.

^{xxviii} Artículo 3, fr. XVIII de la LFPDP.

^{xxix} Artículo 36 de la LFPDP.

^{xxx} Artículo 3, fr. XIV de la LFPDP, responsable: [P]ersona física o moral de carácter privado que decide sobre el tratamiento de datos personales.

^{xxxi} Artículo 3, fr. IX de la LFPDP, encargado: [L]a persona física o jurídica que sola o conjuntamente con otras trate datos personales por cuenta del responsable.

^{xxxii} Artículos 49, 50 y 51 del RLFPDP.

^{xxxiii} ICC Data Privacy Notice (<https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/icc-data-privacy-notice-for-icc-dispute-resolution-proceedings/>)

^{xxxiv} [ICC-Note-to-Parties-and-Arbitral-Tribunals-on-the-Conduct-of-Arbitration_spanish.pdf \(iccwbo.org\)](https://www.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2021/01/icc-model-po1-data-protection-english.pdf)

^{xxxv} ICC Model Procedural Order No.1 Data Protection <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2021/01/icc-model-po1-data-protection-english.pdf>

^{xxxvi} Artículo 4 del RLFPD. El Instituto Nacional del Acceso a la Información y la Protección de Datos Personales (INAI) ha dado a conocer que, dentro de las modificaciones que promueve para la LFPDP, está la referente a ampliar el ámbito de aplicación de territorial a extraterritorial.

^{xxxvii} GDPR: "Artículo 3. Ámbito territorial. [...]2. El presente Reglamento se aplica al tratamiento de datos personales de interesados que residan en la Unión por parte de un responsable o encargado no establecido en la Unión, cuando las actividades de tratamiento estén relacionadas con: a) la oferta de bienes o servicios a dichos interesados en la Unión, independientemente de si a estos se les requiere su pago, o b) el control de su comportamiento, en la medida en que este tenga lugar en la Unión."

^{xxxviii} LGPDPB: "Art. 3 La presente Ley se aplica a cualquier operación de tratamiento que realice una persona natural o una persona jurídica de derecho público o privado, independientemente del medio, el país de su sede o el país donde se encuentren los datos, siempre que: [...]II - la actividad de procesamiento tiene como objetivo ofrecer o proporcionar bienes o servicios o procesar datos de personas físicas ubicadas en el territorio nacional; o III los datos personales objeto de tratamiento han sido recogidos en el territorio nacional. Consultado el 16 de febrero de 2021 en: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709compilado.htm

^{xxxix} Artículo 10 del RLFPDP.

^{xl} Artículo 11 del RLFPDP.

^{xli} Artículo 10 fr. IV de la LFPDP.

^{xlii} Artículo 37 fr. V de la LFPDP.

^{xliii} Artículo 7 fr. VI LGPDPB: "para el ejercicio regular de derechos en procedimientos judiciales, administrativos o arbitrales, este último en los términos de la Ley No.9307 de 23 de septiembre de 1996 (Ley de Arbitraje).

^{xliv} Artículo 40 del RLFPDP.

^{xlv} ICC Data Privacy Notice (<https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/icc-data-privacy-notice-for-icc-dispute-resolution-proceedings/>)

^{xlvi} Artículo 44 del RLFPDP.

^{xlvii} Artículo 45 del RLFPDP.

^{xlviii} Artículo 46 del RLFPDP.

^{xlix} Artículo 36 del RLFPDP.

ⁱ Artículo 47 del RLFPDP.

ⁱⁱ Artículos 20, 31 y 69 del RLFPDP.

ⁱⁱⁱ Según los datos del Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo, en 2019, de los 175 casos de arbitraje nuevos que recibieron, los orígenes más frecuentes de las partes eran las suecas (207) y rusas (26). Seguidas de las alemanas (11) y las de Estados Unidos (10). El 78 % de sus asuntos se vieron en Estocolmo (136 sedes), seguido de Göteborg y Malmö (8 sedes en cada caso) y Helsingborg (4). Fuera de Suecia, hubo sedes en Moscú (2 casos), Londres o Santiago (ignoramos si de Chile, Cuba o Compostela). Hay datos de los años 2018, 2017 y 2106, y las cantidades son parecidas. Estocolmo acumuló 105, 146 y 153 asuntos en cada uno de esos años, Göteborg 12, 7 y 13 y Malmö 5, 9 y 13, respectivamente. Londres recibió un asunto en 2017 y otro en 2016. Ginebra fue sede de un caso administrado por esta institución en 2017. Vid.: <https://sccinstitute.com/statistics/>

ⁱⁱⁱⁱ La London Court of International Arbitration ha empezado recientemente a publicar los datos sobre las sedes de sus arbitrajes. Hay datos desde el 2016 y hasta el 2019. Los resultados son aún más llamativos. Londres es epicentro total de todo su sistema arbitral, con 307 sedes en 2019, 238 en 2018, 218 en 2017 y 235 en 2016. El segundo lugar con más casos según esas reglas, fue México, con 10 sedes en 2019, 6 en 2018, y sólo una tanto en 2017 como en 2016. Nueva York acogió sólo 2 casos en 2019. Uno en 2018 y otros 2 en 2017 (de hecho, se refiere a Estados Unidos en general). Suiza sólo tuvo una sede en 2019, 5 en 2018 y en 2016 Ginebra radicó un asunto. Vid.: <https://www.lcia.org/LCIA/reports.aspx>

^{lv} Agradecemos la ayuda prestada por los Comités nacionales ICC de México y Alemania aportando algunos datos estadísticos sobre el arbitraje ICC en sus respectivos países.

* Titular de la cátedra de arbitraje internacional en la Escuela Doctoral de la Facultad de Derecho y Criminología (UANL), y director de la maestría de Derecho corporativo. Es también titular de la Línea de investigación de Derecho internacional público. Profesor asociado y titular en posgrado de la cátedra de arbitraje internacional en el sector energético. Profesor visitante del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Docencia de la Administración Pública del Estado de Nuevo León, en donde tiene la cátedra de Derecho comparado en la Escuela doctoral. Contacto: graham@3ct.com.mx.

^{lv} Arbitraje, Porrúa, 2004.109.

^{lvi} Graham, *Lecciones de Arbitraje internacional*, Zamanga Editores, 2018, #127; Pereznieta & Graham, *Tratado de Derecho mexicano de arbitraje comercial internacional*, Limusa, 2^{da} ed., 2013, 76.

^{lvii} Renunciabilidad, Disponibilidad, Arbitrabilidad, RMDIPC, #24, 2016.24.

^{lviii} En realidad, ya en la tercera edición de su libro, lo indica de cierta manera (*Arbitraje*, Porrúa, 2011. 205).

^{lix} *Op. cit.*, p. 37.

^{lx} Véase por ejemplo: Fauvarque-Cosson, *Libre disponibilité des droits et conflits de lois*; LGDJ, 1996.

^{lxi} Renunciabilidad..., *op. cit.*, p. 37.

^{lxii} Por ejemplo: CA París, *Ganz*, 29 mars 1991.

^{lxiii} La venta de sangre, por ejemplo, está prohibida, porque la pérdida excesiva de sangre puede conllevar hasta la muerte.

^{lxiv} TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo en revisión 195/2010. Maquinaria Igsa, S.A. de C.V. y otra. 7 de octubre de 2010. Unanimidad de votos. Ponente: Neófito López Ramos. Secretario: José Luis Evaristo Villegas.

^{lxv} *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.*, 473 U.S. 614.

^{lxvi} PRIMERA SALA. Amparo directo 33/2014. Carlos Sandoval Romero y otros. 24/09/2014. Cinco votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Jorge Mario Pardo Rebolledo. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretario: Rodrigo Montes de Oca Arboleya.

^{lxvii} "Organización para la armonización en África del Derecho de los negocios", en la cual participan en la actualidad 16 Estados africanos.

^{lxviii} A menos que se indique lo contrario, todas las traducciones de inglés a español del presente ensayo fueron hechas por el autor; Homer, and Robert Fitzgerald. 1990. *The Odyssey*. New York: Vintage Books.

- ^{lxix} Scylla and Charybdis. *Greek Mythology*. Britannica. <https://www.britannica.com/topic/Scylla-and-Charybdis>
- ^{lxx} Domitille Baizeau and Tessa Hayes. *The Arbitral Tribunal's Duty and Power to Address Corruption Sua Sponte*, in Andrea Menaker (ed), *International Arbitration and the Rule of Law: Contribution and Conformity*, ICCA Congress Series, Volume 19 (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2017) pp. 225 – 265 “[e]l tribunal arbitral tiene una responsabilidad de emitir un laudo ejecutable, significando uno que no violente el orden público (como por ejemplo, que verse sobre la corrupción).”
- ^{lxxi} Lucy Ferguson Reed. *Ab(use) of due process: sword vs. Shield*. Arbitration International, September 2017, p. 372
- ^{lxxii} Queen Mary University / White & Case. 2015 International Arbitration Survey: Improvements and Innovations in International Arbitration. http://www.arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2015_International_Arbitration_Survey.pdf
- ^{lxxiii} William W. Park. *Two Faces of Progress: Fairness and Flexibility in Arbitral Procedure*. Arbitration International, Vol. 23, No. 3, LCIA, 2007 “El tribunal arbitral decide todos los aspectos procesales y evidenciales, sujeto solo al derecho de las partes de decidir de otra manera”.
- ^{lxxiv} “En cuanto al rol de las cortes de las cortes en el arbitraje internacional. Emilia Onyema. *The Jurisdictional Tensions Between Domestic Courts and Arbitral Tribunals*. <https://core.ac.uk/download/pdf/96773875.pdf> menciona que las cortan deben “dar efecto al acuerdo de arbitraje; apuntar árbitros; decidir sobre la recusación de árbitros; ejecutar o rechazar la ejecución de ordenes de medidas cautelares otorgados por el tribunal arbitral; otorgar medidas cautelares; terminar el mandato del árbitro; finalmente determinar la jurisdicción del árbitro; tomar evidencia; ejecutar laudos arbitrales; y anular laudos”
- ^{lxxv} Mohammed Bedjaoui, This Special Character, The Arbitrator, in THE STATUS OF THE ARBITRATOR 130, 132 (ICC Bulletin, Special Supplement, Dec. 1995)
- ^{lxxvi} Fabrizio Fortese & Lotta Hemmi (2015). *Procedural Fairness and Efficiency in International Arbitration*. Groningen Journal of International Law, vol. 3(1): International Arbitration and Procedure, p. 111
- ^{lxxvii} Kurkela, M, and Turunen, S, (2010). *Due Process in International Arbitration*. Oxford University Press, Oxford, p. 201
- ^{lxxviii} Simone Sloane, Daniel Hayward y Rebecca McKee. *Due Process and Procedural Irregularities: Challenges*. The Guide to Challenging and Enforcing Arbitration Awards. Global Arbitration Review, p. 52
- ^{lxxix} Texto adicionado a la cita.
- ^{lxxx} Remy Gerbay (2016). *Due Process Paranoia*. Kluwer Arbitration Blog. <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2016/06/06/due-process-paranoia/>
- ^{lxxxi} Reporte del IBA Arbitration Committee. International Bar Association. *Annulment of arbitral awards by state court: Review of national case law with respect to the conduct of the arbitral process*. 2018, p. 2
- ^{lxxxii} Reporte del IBA Arbitration Committee. International Bar Association. *Annulment of arbitral awards by state court: Review of national case law with respect to the conduct of the arbitral process*. 2018, p. 2
- ^{lxxxiii} William W. Park (2009). *Non-Signatories and International Contracts: An Arbitrator's Dilemma*. Multiple Parties in International Arbitration. Oxford, p.1
- ^{lxxxiv} Klaus Peter Berger y J. Ole Jensen. *Due process paranoia and the procedural judgment rule: a safe harbour for procedural management decisión by international arbitrators*. Arbitration International. 2016., p. 418
- ^{lxxxv} Michael Pryles. *Limits to Party Autonomy in Arbitral Procedure*., p. 5 https://cdn.arbitration-icca.org/s3fs-public/document/media_document/media012223895489410limits_to_party_autonomy_in_international_commercial_arbitration.pdf
- ^{lxxxvi} El Art. 24 establece que “[e]l tribunal arbitral deberá establecer el calendario procesal que pretenda seguir en la conducción del arbitraje [...] Con el fin de asegurar de forma permanente la eficaz conducción del procedimiento, el tribunal arbitral podrá adoptar nuevas medidas procesales o modificar el calendario procesal”.
- ^{lxxxvii} Reporte del Grupo de Trabajo II de la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional de la UNCITRAL, en Sesión 316., p. 444
- ^{lxxxviii} Énfasis añadido.
- ^{lxxxix} Énfasis añadido.
- ^{xc} Fabrizio Fortese & Lotta Hemmi (2015). *Procedural Fairness and Efficiency in International Arbitration*. Groningen Journal of International Law, vol. 3(1): International Arbitration and Procedure, p. 115
- ^{xci} Redfern and Hunter on International Arbitration (Oxford University Press, 6th Ed, 2015), párrafo 6.14.
- ^{xcii} *China Machine New Energy Corp vs. Jaguar Energy Guatemala LLC*. Corte de Apelación de Singapur. 2020. Civil Appeal No 94 of 2018., p. 32
- ^{xciii} Reporte del Grupo de Trabajo en Mejores Prácticas en la Contratación Internacional en su Sesión Cuarta (A/CN.9/232, 10 November 1982), párrafo 104;
- ^{xciv} Reporte del Grupo de Trabajo II de la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional de la UNCITRAL, en Sesión 316., p. 444
- ^{xcv} Reporte del Grupo de Trabajo II de la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional de la UNCITRAL, en Sesión 316., p. 444-445
- ^{xcvi} Reporte del Grupo de Trabajo II de la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional de la UNCITRAL, en Sesión 316., p. 444-445
- ^{xcvii} Reporte del Grupo de Trabajo II de la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional de la UNCITRAL, en Sesión 316., p. 444
- ^{xcviii} Analytical Compilation of comments by Governments and international organizations on the draft text of a model law on international commercial arbitration (A/CN.9/263, 19 March 1985)
- ^{xcix} Analytical Compilation of comments by Governments and international organizations on the draft text of a model law on international commercial arbitration (A/CN.9/263, 19 March 1985)
- ^c Triulzi Cesare SRL v Xinyi Group. Tribunal Supremo de Singapur. [2015] 1 SLR 114; Lucy Gergunson en Lucy Ferguson Reed. *Ab(use) of due process: sword vs. Shield*. Arbitration International, September 2017, p. 364, menciona algunos ejemplos de demandas irrazonables como: En un arbitraje con tres partes, un argumento que solo recibió el 45% del tiempo total para presentar su caso, o una parte que después de gastar su tiempo en la audiencia, no recibió una parte del tiempo de la contraparte para usarlo el mismo.
- ^{ci} Sameer Sharma. *Due process “paranoia”: Turning away from judicial attitudes and looking for answers within*. Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management. 2018
- ^{cii} Remy Gerbay (2016). *Due Process Paranoia*. Kluwer Arbitration Blog. <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2016/06/06/due-process-paranoia/>
- ^{ciii} Justice Sundaresh Menon. *Dispelling due process paranoia: Fairness, efficiency and the rule of law*. Chartered Institute of Arbitrators Australia Annual Lecture 2020, p. 5
- ^{civ} Angelo Dube (2020). *Assessment Study on Delayed Justice Delivery*. International Commission of Jurists.
- ^{cv} Angelo Dube (2020). *Assessment Study on Delayed Justice Delivery*. International Commission of Jurists, p. 9

- ^{cv} Justice Sundaresh Menon. *Dispelling due process paranoia: Fairness, efficiency and the rule of law*. Chartered Institute of Arbitrators Australia Annual Lecture 2020, p. 5
- ^{cvii} Günther J. Horvath, 'The Duty of the Tribunal to Render an Enforceable Award', *Journal of International Arbitration*, (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2001, Volume 18 Issue 2) pp. 135 - 158
- ^{cviii} Christopher Boog, Benjamin Moss & Schellenberg Wittmer (2013). *The Lazy Myth of the Arbitral Tribunal's Duty to Render an Enforceable Award*. Kluwer Arbitration Blog, Wolters Kluwer
- ^{cx} Günther J. Horvath, 'The Duty of the Tribunal to Render an Enforceable Award', *Journal of International Arbitration*, (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2001, Volume 18 Issue 2) pp. 135 - 158
- ^{cx} Art. V(2) de la Convención de Nueva York
- ^{cx} *Commercial Caribbean Niquel v. Overseas Mining Ins. Ltd.* Paris Court of Appeal. Division 1 – Chamber 1. Decisión del 25 de marzo de 2010.
- ^{cxii} Denis Bensaude & Jennifer Kirby (2010). *Commentary. A view from Paris*. Mealy's International Arbitration Report. Vol. 25 #5, June 2010, p. 13
- ^{cxiii} Lucy Fergusson Reed. *Ab(use) of due process: sword vs. Shield*. *Arbitration International*, September 2017, p. 368
- ^{cxiv} 'Part II: The Process of an Arbitration, Chapter 6: Establishing the Procedural Framework', in Jeffrey Maurice Waincymer, *Procedure and Evidence in International Arbitration*, (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2012) pp. 383 - 493
- ^{cxv} Jeffrey Maurice Waincymer citando a Christopher Newmark, 'Controlling Time and Costs in Arbitration', in *The Leading Arbitrators' Guide to International Arbitration*, ed. Lawrence W. Newman & Richard D. Hill (Huntington: Juris Pub, 2008), 85.
- ^{cxvi} Queen Mary University / White & Case. 2010 International Arbitration Survey: Choices in International Arbitration, p. 29
- ^{cxvii} Queen Mary University / White & Case. 2015 International Arbitration Survey: Improvements and Innovations in International Arbitration, p. 10 http://www.arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2015_International_Arbitration_Survey.pdf
- ^{cxviii} Queen Mary University / White & Case. 2015 International Arbitration Survey: Improvements and Innovations in International Arbitration, p. 10 http://www.arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2015_International_Arbitration_Survey.pdf
- ^{cxix} Justice Sundaresh Menon. *Dispelling due process paranoia: Fairness, efficiency and the rule of law*. Chartered Institute of Arbitrators Australia Annual Lecture 2020, p. 3
- ^{cxix} Lucy Fergusson Reed. *Ab(use) of due process: sword vs. Shield*. *Arbitration International*, September 2017, p. 375
- ^{cxix} Lucy Fergusson Reed. *Ab(use) of due process: sword vs. Shield*. *Arbitration International*, September 2017, p. 376
- ^{cxix} Sameer Sharma. *Due process "paranoia": Turning away from judicial attitudes and looking for answers within*. *Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management*. 2018, p. 322
- ^{cxix} *Iran Aircraft Industries vs. Avco Corporation*. United States, U.S. Court of Appeals, Second Circuit. Noviembre 1992. Case No. 92-7217
- ^{cxix} New York Convention Guide. Resumen de United States / 24 November 1992 / United States, U.S. Court of Appeals, Second Circuit / *Iran Aircraft Indus. v. Avco Corp.* / 92-7217
- ^{cxix} Louise Bond and Clarissa Coleman. *Two Heads are Better than one: Double Hatting and its impact on diversity in international arbitration*. K&L Gates Hub. 2020
- ^{cxix} Justice Sundaresh Menon. *Dispelling due process paranoia: Fairness, efficiency and the rule of law*. Chartered Institute of Arbitrators Australia Annual Lecture 2020, p. 10
- ^{cxix} Agla Eir Vilhjálmssdóttir (2019). *Combating Dilatory Tactics in International Arbitration and the Impact of Due Process Paranoia and Efficiency*. ML in Law, Reykjavík University.
- ^{cxix} *Amalgamated Clothing and Textile Workers Union of South Africa v Veldspun (Pty) Ltd.* Suprema Corte de Apelaciones de Sudáfrica. (97/92) [1993] ZASCA 158; 1994 (1) SA 162 (AD); [1994] 1 All SA 453 (A) (1993)
- ^{cxix} Jasmine Feng & Benjamin Teo (2020). *Judicial Support against Due Process Paranoia in International Arbitration*. Kluwer Arbitration Blog.
- ^{cxix} *China Machine New Energy Corp vs. Jaguar Energy Guatemala LLC*. Corte de Apelación de Singapur. 2020. Civil Appeal No 94 of 2018.
- ^{cxix} Jasmine Feng & Benjamin Teo (2020). *Judicial Support against Due Process Paranoia in International Arbitration*. Kluwer Arbitration Blog.
- ^{cxix} *China Machine New Energy Corp vs. Jaguar Energy Guatemala LLC*. Corte de Apelación de Singapur. 2020. Civil Appeal No 94 of 2018. P. 83
- ^{cxix} Konkola Copper Mines v U & M Mining Zambia (No. 2) [2014] EWHC 2374 at [65]-[76]
- ^{cxix} Klaus Peter Berger y J. Ole Jensen. *Due process paranoia and the procedural judgment rule: a safe harbour for procedural management decision by international arbitrators*. *Arbitration International*. 2016., p. 428
- ^{cxix} Reporte del IBA Arbitration Committee. International Bar Association. *Annulment of arbitral awards by state court: Review of national case law with respect to the conduct of the arbitral process*. 2018
- ^{cxix} Reporte del IBA Arbitration Committee. International Bar Association. *Annulment of arbitral awards by state court: Review of national case law with respect to the conduct of the arbitral process*. 2018, p.2
- ^{cxix} Por ejemplo, a pesar de que múltiples laudos se han impugnado por insuficiencia de razonamiento del laudo, este no constituye un supuesto de *due process paranoia*. Algunos laudos atacados por esta cuestión son: Court of First Instance of Liege, 6 March 1984, Q. v. C.; Court of Appeal of Antwerp, 2nd Chamber, 15 March 2000: NV E. v. receivers of N.V. I.C.; Court of Appeal Brussels, 6 December 2011, *Management Service bvba v. Vlaamse Media Maatschappij*
- ^{cxix} Beijing No. 4 Intermediary People's Court, 3 December 2015, SHENYANG XINYING NETS INDUSTRIAL CO.,LTD. v. Poway Ltd, (2015) Si Zhong Min (Shan0 Te Zi No. 284, application for annulment of the arbitral award [2015] No. 0625 rendered by CIETAC in Beijing
- ^{cxix} Beijing No. 2 Intermediary People's Court, 18 March 2015, RBRGTRADING (UK) Ltd v. SINOCORE INTERNATIONAL CO. LTD, (2015) Er Zhong Min Te Zi No. 00618, application for annulment of the arbitral award [2014] No. 0550 rendered by CIETAC in Beijing; Reporte del IBA Arbitration Committee. International Bar Association. *Annulment of arbitral awards by state court: Review of national case law with respect to the conduct of the arbitral process*. 2018, p. 21: "Las reglas arbitrales no definen claramente la posibilidad de tener un testimonio remotamente, pero estaba dentro del poder discrecional del tribunal el determina si se posponía la audiencia o el testimonio remoto dadas las circunstancias particulares del caso"

- ^{cxl} Research & Development Center "Teploenergetika," LLC v. EP International, LLC and Worldwide Vision v. EP International. International Commercial Arbitration Court at the Chamber of Commerce and Industry of the Russian Federation. E.D. Va. Apr. 26, 2016
Cited as: Teploenergetika v. EP International
- ^{cxli} Margulead Ltd v Exide Technologies [2004] EWHC 1019 at para 33
- ^{cxlii} Higher Regional Court Frankfurt, 16.01.2014, File Number 26 Sch 3/09
- ^{cxliii} Kenworth Engineering v Nishimatsu Construction Co Ltd [2004] HKCU 593, Court of First Instance (25 May 2004)
- ^{cxliv} Reporte del IBA Arbitration Committee. International Bar Association. *Annulment of arbitral awards by state court: Review of national case law with respect to the conduct of the arbitral process*. 2018, p. 72
- ^{cxlv} Naing International Enterprises, Ltd v Ellsworth Associates, Inc 961 F Supp 1, 5 (US District Court, DC 1997).
- ^{cxlvi} Allendale Nursing Home Inc v Local 1115 Joint Board 377 F Supp 1208, 1214 (US District Court, SDNY 1974).
- ^{cxlvii} Bauer & Graubmann OHG v Fratelli Cerrone Alfredo e Raffaele, (1985) X YB Comm Arb 460, 461 (Naples Court of Appeal 1982).
- ^{cxlviii} Beijing No. 4 Intermediary People's Court, 5 December 2017, *Yancheng Dingmian Non-Woven Fabrics Co., Ltd. v. Shying Wei Machinery Co., Ltd.*, (2017) Jing 04 Min Te No. 20, application for annulment of the arbitral award [2017] Zhong Guo Mao Zhong Jing Cai Zi No. 0462 rendered by CIETAC in Beijing
- ^{cxlix} ABB AG v. Hochtief Airport GmbH, Athens International Airport S.A., [2006] EWHC 388 (Comm), paras. 84 and 85
- ^{cl} Spazio K Engenharia Ltda v. Marcelo Hsiu and Michael Hsiu, Court of Appeals of São Paulo, São Paulo Circuit, 20 October 2015, Civil Appeal No. 1046552-75.2015.8.26.0100, Reporting Justice Claudio Godoy, published in the Court Gazette dated 10.23.2015.
- ^{cli} José Augusto Áscoli v. ECOM Agroindustrial CORP Ltda., São Paulo Court of Appeals, District of São Paulo, 10 November 2015, Civil Appeal No. 0114725-76.2012.8.26.0100, Reporting Justice Ana Catarina Strauch, published in the Court Gazette dated 11.16.2018
- ^{clii} Court of Appeal of Ghent, 12th Chamber, 14 January 2004: NV V.M. v. NV. S
- ^{cliii} Coopernorpi Cooperativa Agrícola do Norte Pioneiro v. Horizonte Têxtil Ltda., Minas Gerais Court of Appeals, District of Pará de Minas, 11 June 2013, Agravo de Instrumento No. 1.0471.12.012691-0/001, Reporting Justice Mariangela Meyer, published in the Court Gazette dated 06.21.2018; Reporte del IBA Arbitration Committee. International Bar Association. *Annulment of arbitral awards by state court: Review of national case law with respect to the conduct of the arbitral process*. 2018, p. 12
- ^{cliv} Companhia Sud Americana de Vapores SA v Nippon Yusen Kaisha, 9 July 2009, [2009] EWHC 1606 (Comm)
- ^{clv} Chilton v. Saga Holidays plc [1986] 1 All E.R. 841
- ^{clvi} Marwan Sakr and Jennifer Keyrouz, 'Disqualifying Counsel for Conflict of Interest in International Arbitration: Tribunals' Powers and Limits', Revista Brasileira de Arbitragem, (© Comitê Brasileiro de Arbitragem CBAr & IOB; Kluwer Law International 2015, Volume XII Issue 46) pp. 67 - 81
- ^{clvii} Brian A. White, Challenges to Arbitrators and Disqualification of Counsel: Who Decides? Exploring the Intersection Between Arbitrator Ethics and Counsel Ethics, A paper presented at the 2012 ATLAS Conference: The United States and Its Place in the International Arbitration System of the 21st Century: Trendsetter, Outlier or One in a Crowd?
- ^{clviii} Marwan Sakr and Jennifer Keyrouz, 'Disqualifying Counsel for Conflict of Interest in International Arbitration: Tribunals' Powers and Limits', Revista Brasileira de Arbitragem, (© Comitê Brasileiro de Arbitragem CBAr & IOB; Kluwer Law International 2015, Volume XII Issue 46) pp. 67 - 81
- ^{clix} Bromley Park Garden Estate Limited v. Gary Christopher Mallen, Bruce Maunder Taylor, [2009] EWHC 609 (Ch).
- ^{clx} Reporte del IBA Arbitration Committee. International Bar Association. *Annulment of arbitral awards by state court: Review of national case law with respect to the conduct of the arbitral process*. 2018, p. 33
- ^{clxi} Jimmie Earl Carliesle v. Luciano Silva Pereira, Court of Appeals of Rio de Janeiro, Rio de Janeiro Circuit, April 4, 2007, Agravo de Instrumento No 2006.002.27583, Reporting Justice Leila Mariano; Reporte del IBA Arbitration Committee. International Bar Association. *Annulment of arbitral awards by state court: Review of national case law with respect to the conduct of the arbitral process*. 2018, p. 8
- ^{clxii} Paris Court of Appeal, First Chamber, Section C, 16 October 2008, SA Prim'Nature c/ SAS Top Pommes de Terre, n° 07/12356
- ^{clxiii} Justice Sundaresh Menon. *Dispelling due process paranoia: Fairness, efficiency and the rule of law*. Chartered Institute of Arbitrators Australia Annual Lecture 2020, p. 21
- ^{clxiv} Remy Gerbay (2016). *Due Process Paranoia*. Kluwer Arbitration Blog. <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2016/06/06/due-process-paranoia/>
- ^{clxv} Arbitration Committee. International Bar Association. *Annulment of arbitral awards by state court: Review of national case law with respect to the conduct of the arbitral process*. 2018
- ^{clxvi} Klaus Peter Berger and J. Ole Jensen, 'Due process paranoia and the procedural judgment rule: a safe harbour for procedural management decisions by international arbitrators', in William W. Park (ed), *Arbitration International*, (© The Author(s); Oxford University Press 2016, Volume 32 Issue 3) pp. 415 - 435
- ^{clxvii} Kaufmann-Kohler, Gabrielle, "Online Dispute Resolution and its Significance for International Commercial Arbitration", en *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution*, Liber Amicorum in honour of Robert Briner, noviembre 2005, ICC Publishing, publicación 693, www.iccbooks.com (traducción del autor).
- ^{clxviii} Según Alan Redfern y Martin Hunter, la primera generación de árbitros era conocida por su general aura legal y social; la segunda generación corresponde a los tecnócratas, por sus habilidades legales o técnicas; la tercera generación (actual), conocida como los "gerentes", es reconocida por su amplia experiencia en arbitraje y sus habilidades en el manejo de los casos (traducción del autor). *International Arbitration*, Oxford University Press, sexta edición, 2015, p. 22.
- ^{clxix} Edgar Andrés, "¿Qué son las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC)?", en *Negocios Inteligentes*, 24 de abril de 2019, <https://negocios-ineligentes.mx/tecnologias-informacion-comunicacion-tic/>
- ^{clxx} Matheus López, Carlos, "Tecnología y Arbitraje Internacional en Tiempos del Coronavirus", en *CIAR GLOBAL*, 23 de marzo de 2020, <https://ciarglobal.com/tecnologia-y-arbitraje-internacional-en-tiempos-del-coronavirus/>
- ^{clxxi} Argerich, Guillermo y Jorge, Juan, "Las nuevas tecnologías ¿al servicio de los operadores del arbitraje internacional?", en *Cartas Blogatorias* de Javier L. Ochoa Muñoz, Claudia Madrid Martínez, y colaboradores, Rodríguez, Ochoa & Asociados, 10 de diciembre de 2019, <https://cartasblogatorias.com/2019/12/10/las-nuevas-tecnologias-al-servicio-de-los-operadores-del-arbitraje-internacional/>.
- ^{clxxii} Carlos Matheus López señala las siguientes: "El empleo de la tecnología permite llevar a cabo las audiencias arbitrales de una manera más eficiente. Por ejemplo, frente al tradicional Power Point, hoy se está empleando el software MindManager, el cual es un programa de mapas mentales, basado en el método de Tony Buzan. Los mapas mentales son una técnica gráfica, que nos permite organizar nuestras ideas empleando al máximo nuestras capacidades intelectuales. Por otra parte, se puede mejorar el intercambio de data entre las partes y el Tribunal Arbitral, a través del uso de escritos –los que a su vez pueden ser también electrónicos– que cuenten

con hipervínculos a los medios de prueba, a la jurisprudencia y/o a las referencias legales. Asimismo, es posible mejorar los repositorios virtuales, las bases de datos y las estadísticas, particularmente, en el campo del arbitraje institucional. Un ejemplo de ello, es el programa NetCase de la ICC, implementado a partir del año 2005. El cual, inter alia, proporciona a las partes un punto centralizado para el almacenamiento y recuperación de todos los documentos presentados en el arbitraje, las cuales pueden ordenar los documentos por fecha, autor o título. Por otra parte, la tecnología permite mejorar la seguridad, la protección de datos y la privacidad de las partes. Condiciones las cuales, luego de los "Panama Papers" y de que en 2015 el sitio web de la Corte Permanente de Arbitraje fuera pirateado durante una audiencia de arbitraje entre China y Filipinas, mostraron ser de necesidad impostergable. Y es con tal objetivo, que se elaboró en 2018 el "Cyber Security Guidelines by the IBA's Presidential Task Force on Cybersecurity", como también la versión del 2020 del "Draft Cybersecurity Protocol for International Arbitration" de la ICCA. E igualmente, la plataforma lanzada en septiembre de 2019 por la SCC". *Idem*, nota 4 *supra*.

^{clxxxiii} En opinión de Guillermo Argerich y Juan Jorge, "[a]lgunos autores refieren que el arbitraje, en comparación con otras prácticas, 'solo ha experimentado cambios modestos'. Otras voces son más determinantes: el procedimiento arbitral -dicen- 'luce igual que hace 50 años' y es 'obsoleto'. Para llegar a esas conclusiones, se reconoce la reticencia a introducir nuevas tecnologías por el temor a que el laudo no sea reconocido o ejecutado. Los resultados de la encuesta realizada en 2018 por Queen Mary (Universidad de Londres) reflejan, por ejemplo, que solo el 12% de los encuestados (entre más de 1000 actores del arbitraje internacional) utilizan la inteligencia artificial (IA) con frecuencia en arbitrajes internacionales, aunque sí se valen de la videoconferencia (60%) o el almacenamiento en la nube (54%). Pese a ello, la gran mayoría de los encuestados (78%) consideran que la IA debería emplearse con mayor frecuencia en los arbitrajes internacionales". *Op. cit.* nota 5 *supra*.

^{clxxxiv} Fdez-Samaniego, Javier, "El principal reto del arbitraje online no es tecnológico, sino humano", en *CIAR GLOBAL*, 6 de julio de 2020, <https://ciarglobal.com/javier-fdez-samaniego-el-principal-reto-del-arbitraje-online-no-es-tecnologico-sino-humano/>

^{clxxxv} Abdel Wahab, Mohamed S., "ODR and e-arbitration. Trends and challenges", en *Online Dispute Resolution Theory and Practice*, Mohamed Abdel Wahab, Ethan Katsh & Daniel Rainey (Eds.), publicado por Eleven International Publishing, La Haya, Holanda, mayo 2013, p. 404, <https://www.mediate.com/Futures/article.cfm?zfn=ODRTheoryandPractice18.cfm> (traducción del autor).

^{clxxxvi} "1. El 18 de marzo de 2020, el "Korean Commercial Arbitration Board" publicó "The Seoul Protocol on Video Conference in International Arbitration", cuya intención es servir de guía de mejores prácticas para planear, probar y conducir videoconferencias en arbitraje internacional. El protocolo señala estándares mínimos para realizar videoconferencias, incluyendo la obligación de revelar la identidad de cada individuo que participa en la misma sala donde un testigo dará su testimonio, y otros estándares de requerimientos técnicos en relación a sistemas de computación, audio y equipo de cámara, que son establecidos por la "International Telecommunications Union", que es la agencia especializada de las Naciones Unidas en el campo de las telecomunicaciones. 2. La "American Arbitration Association" (AAA) ha emitido el "Virtual Hearing Guide for Arbitrators and Parties" y el "Model Order and Procedures for a Virtual Hearing via Videoconference." 3. El "Hong Kong International Arbitration Centre" (HKIAC) ha desarrollado el "HKIAC Guidelines for Virtual Hearings", que brinda servicios integrados de audiencias virtuales como video conferencias, audio conferencias, empaquetado electrónico y presentación de evidencia, servicios de transcripción e interpretación. Funciona para arbitrajes administrados por la HKIAC o para otras Instituciones Administradoras. 4. En Agosto de 2020, el "Singapore International Arbitration Centre" emitió el "SIAC Guides: Taking Your Arbitration Remote", que es una guía única y diferente porque está basada en consultas y un tipo de lista donde pueden ser tomadas en cuenta consideraciones útiles respecto de audiencias arbitrales por vía remota. 5. La "International Chamber of Commerce" (ICC) emitió la "ICC Guidance Note on Possible Measures Aimed at Mitigating the Effects of the COVID-19 Pandemic", que guía a las partes, abogados y tribunales sobre posibles medidas que pueden ser consideradas para mitigar los efectos adversos de la pandemia por COVID-19 en los arbitrajes. Esta guía aclara que la pandemia no cambiará los principios fundamentales conforme a los que opera el Tribunal Arbitral, señalados en los artículos 22(1) y 25(1) del Reglamento de la ICC". Álvarez Román, Edwin N., "Arbitration in Times of Restrained Social Relations Due to the COVID-19 Pandemic", en *The Arbitration Brief, Center on International Commercial Arbitration at American University Washington College of Law*, 29 de noviembre de 2020, <https://the Arbitration Brief.com/2020/11/29/arbitration-in-times-of-restrained-social-relations-due-to-the-covid-19-pandemic/> (traducción del autor).

^{clxxxvii} Sabater, Aníbal, "Los nuevos casos llevarán a la aparición de nuevos nombres en el arbitraje", en *CIAR GLOBAL*, 6 de julio de 2020, <https://ciarglobal.com/anibal-sabater-los-nuevos-casos-llevaran-a-la-aparicion-de-nuevos-nombres-en-el-arbitraje/>

^{clxxxviii} Bowles, Alexandria y Feldman, Amanda, "The Impact of COVID-19 on Arbitration", en *The Arbitration Brief*, 9 de abril de 2020, <https://the Arbitration Brief.com/2020/04/09/the-impact-of-covid-19-on-arbitration/> (traducción del autor).

^{clxxxix} Namén Baquero, David, "Problemáticas del arbitraje virtual y algunas reflexiones a la luz del estatuto arbitral internacional colombiano". *Revista@ E-Mercatoria*, vol. 14, N° 2, julio-diciembre, 2015, <https://revistas.ueexternado.edu.co/index.php/emerca/article/view/5049/6122>

^{clxxx} Sabater, Aníbal, *idem*, nota 11 *supra*

^{clxxxi} Namén Baquero, David. *Op. cit.* nota 13 *supra*.

^{clxxxii} Abdel Wahab, Mohamed S., *idem*, nota 9 *supra*, p. 400.

^{clxxxiii} *Ibidem*, p. 402.

^{clxxxiv} Hernando Martel, Camila Andrea, "Arbitraje en línea y debido proceso", Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, septiembre 2015, p. 47.

^{clxxxv} Citado por González de Cossío, Francisco, *Arbitraje*, ed. Porrúa, quinta edición, México, 2018, p. 473.

^{clxxxvi} Redfern, Alan y Hunter, Martin, *op. cit.*, nota 2 *supra*, p. 234.

^{clxxxvii} Argerich, Guillermo y Jorge, Juan, *idem*, nota 5 *supra*.

^{clxxxviii} "[H]oy en día existen programas disponibles que cumplen una función de adjudicador de controversias. Tenemos así el programa *SmartSettle* el cual es un mecanismo inteligente que está diseñado para resolver controversias de pequeña cuantía, generando resultados de una negociación bilateral por medio de la asignación de costos y un simple manejo de números y probabilidades. Igualmente, está *Modria* el cual es un software (originalmente desarrollado para ayudar a *Ebay* y *PayPal* a resolver a través de las computadoras unos 60 millones de reclamaciones anuales de sus clientes sin necesidad de recurrir a un representante) adaptado para arbitrar en divorcios y pequeñas disputas legales". Matheus López, Carlos, *idem*, nota 4 *supra*.

^{clxxxix} González de Cossío, Francisco, *op. cit.*, nota 19 *supra*, p. 614.

^{cxc} Sobre la imparcialidad e independencia, algunos autores opinan que puede existir un conflicto de interés entre los árbitros con los proveedores de los TIC's y los terceros que los financian, lo cual, salvo casos muy evidentes, sería muy difícil comprobarlo. En todo caso, se acotaría ese riesgo si se utilizan plataformas independientes proporcionadas por las Instituciones Administradoras.

Notas al pie:

^{cxci} Tal y como casi ocurre en el caso: (Société Betchel / Direction générale de l'aviation civile de Dubaï), Hammond & Hausmann, La Revue, no 109, noviembre 2005, p. 13. Que, de no haber sido por la intervención de la Corte de Apelaciones en Francia, un requisito meramente formal habría provocado la in ejecución del laudo.

^{ccxii} Fernández Rozas, José Carlos. Determinación del lugar de arbitraje y consecuencias del control del laudo por el tribunal de la sede arbitral. Lima Arbitration N° 2 – 2007 p 35

^{ccxiii} Fernández Rozas, José Carlos p. 36

^{ccxiv} Vid. Ch. Fragistas, « Arbitrage étranger et arbitrage international », Rev. crit. dr. int. pr., 1960, pp. 1 ss. Mencionado en Fernández Rozas, José Carlos p. 37

^{ccxv} Queen's Bench Division (Commercial Court) de 20 de enero de 1999 (Minmetals Germany GmbH / Ferco Steele, Ltd.). YCA, vol. XXIV.a, 1999, pp. 739-752.

^{ccxvi} MaV. Cuartero Rubio, El recurso de anulación contra el laudo arbitral en el arbitraje comercial internacional, Madrid, 1997. Mencionado en Fernández Rozas, José Carlos p. 49.

^{ccxvii} Fernández Rozas, José Carlos p. 49.

^{ccxviii} Artículo 1457.- Los laudos arbitrales sólo podrán ser anulados por el juez competente cuando:

I.- La parte que intente la acción pruebe que:

a) Una de las partes en el acuerdo de arbitraje estaba afectada por alguna incapacidad, o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiese indicado a ese respecto en virtud de la legislación mexicana;

b) No fue debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales, o no hubiere podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos;

c) El laudo se refiere a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o contiene decisiones que exceden los términos del acuerdo de arbitraje. No obstante, si las disposiciones del laudo que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no lo están, sólo se podrán anular estas últimas; o

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

II.- El juez compruebe que según la legislación mexicana, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje, o que el laudo es contrario al orden público.

^{ccxix} Artículo 1462.- Sólo se podrá denegar el reconocimiento o la ejecución de un laudo arbitral, cualquiera que sea el país en que se hubiere dictado, cuando:

I.- La parte contra la cual se invoca el laudo, pruebe ante el juez competente del país en que se pide en reconocimiento o la ejecución que:

a) Una de las partes en el acuerdo de arbitraje estaba afectada por alguna incapacidad, o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiere iniciado a este respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado el laudo;

b) No fue debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales, o no hubiere podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos;

c) El laudo se refiere a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o contiene decisiones que exceden los términos del acuerdo de arbitraje. No obstante, si las disposiciones del laudo que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no lo están, se podrá dar reconocimiento y ejecución a las primeras;

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

e) El laudo no sea aún obligatorio para las partes o hubiere sido anulado o suspendido por el juez del país en que, o conforme a cuyo derecho, hubiere sido dictado ese laudo; o

II.- El juez compruebe que, según la legislación mexicana, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje; o que el reconocimiento o la ejecución del laudo son contrarios al orden público.

^{cc} Fernández Rozas, José Carlos p. 57

^{cci} Mario Mansour & Dr Carole Nakhle, "Fiscal Stabilization in Oil and Gas Contracts: Evidence and Implications", <<https://www.oxfordenergy.org/wpcms/wp-content/uploads/2016/01/Fiscal-Stabilization-i-n-Oil-and-Gas-Contracts-SP-37.pdf>> accedido 20 of april 2017, 6-7

^{ccii} Ídem

^{cciii} A.F.M. Maniruzzaman, "The pursuit of stability in international energy investment contracts: A critical appraisal of the emerging trends", [2008] J World Energy Law Bus 1 (2), 123

^{cciv} Ídem

^{ccv} Waniss A. Otman "Appraising the Libyan Petroleum Agreements: A Comparative Analysis of Risk Factors & An Evaluation of their Effectiveness" [2007] OEGL 5 (4), 30

^{ccvi} A.F.M. Maniruzzaman, (n.1) , 142

^{ccvii} Klaus Peter Berger, *Renegotiation and Adaptation of International Investment Contracts: The Role of Contract Drafters and Arbitrators*, [2003], 36, Vanderbilt Journal of International Law, 1361-1362.

^{ccviii} Piero Bernadini, *Stabilization and adaptation in oil and gas investments*, [2016] 1 World Energy Law Bus, 102

^{ccix} Klaus Peter Berger (n. 7), 1362

^{ccx} ídem

^{ccxi} Contrato de Liciencia Ronda 1.4. Anexo 3 cláusula 1.4.

^{ccxii} ídem

^{ccxiii} "Europe Brent Spot Price FOB (Dollars per Barrel)", U.S energy information administration <<https://www.eia.gov/dnav/pet/hist/LeafHandler.ashx?n=PET&s=rbrte&f=D>> accessed the 22 of March 2017.

^{ccxiv} Ley de Hidrocarburos artículo 18.

^{ccxv} Clause 26 subsection 1 of Round 1.4. Licence Contract (English version)

^{ccxvi} Ronda 1.4. Contrato de Licencia. Anexo 4, cláusula 4 .4.

^{ccxvii} ídem

- ccxviii 19 contrato de Licencia Mexicano, c. 26 inciso 5.
- ccxix Klaus Peter Berger (n. 7), 1360
- ccxx Idem
- ccxxi Thomas J. Pate "Evaluating Stabilization Clauses in Venezuela's Strategic Association Agreements for Heavy- Crude Extraction in the Orinoco Belt: The Return of a Forgotten Contractual Risk Reduction Mechanism for the Petroleum Industry" [2009] The University of Miami Inter-American Law Review, Vol. 40, No. 2,376
- ccxxii Klaus Peter Berger (n. 7), 1372-1373
- ccxxiii Idem
- ccxxiv Idem, 1379
- ccxxv Ronda 1.4. Contrato de Licencia c. 26 subsección 4.
- ccxxvi Idem
- ccxxvii "México cuenta con 12 Tratados de Libre Comercio", gob.mx, <<http://www.gob.mx/se/articulos/mexico-cuenta-con-12-tratados-de-libre-comercio>> accessed 2 April 2017.
- ccxxviii Thomas J. Pate "Evaluating Stabilization Clauses in Venezuela's Strategic Association Agreements for Heavy- Crude Extraction in the Orinoco Belt: The Return of a Forgotten Contractual Risk Reduction Mechanism for the Petroleum Industry" [2009] The University of Miami Inter-American Law Review, Vol. 40, No. 2,376, 353-354
- ccxxix Idem
- ccxxx Joseph Nwaokoro, "Enforcing stabilization of international energy contracts" [2010] J World Energy Law Bus 3 (1), 109.
- ccxxxi EnCana V. Republica de Ecuador, Laudo, Caso LCIA No. UN3481, UNCITRAL, <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0285_0.pdf> accessed 2 of april 2017.
- ccxxxii El Paso Energy International Company v. La república argentina, Caso CIADI No. ARB / 15/03, Premio, 31 octubre 2011, pags. 119, ¶ 339 (Anexo CL-*). Véase también Gavrilovic v. La república de croacia, Caso CIADI No. ARB / 12/39, Premio, 26 julio 2018, pags. 258, ¶ 954 (Anexo CL-*).
- ccxxxiii Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic, UNCITRAL, Partial Award, 17 Marzo 2006 ¶287
- ccxxxiv Técnicas Medioambientales TECMED S.A. v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)00/2, award dated May 29, 2003 ¶ 154
- ccxxxv Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. c. Arab Republic of Egypt, Caso CIADI No. ARB/99/6, Laudo, 12 de abril de 2002, párr. 107
- ccxxxvi Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. c. The United Mexican States, Caso CIADI No. ARB (AF)00/2, párr. 115
- ccxxxvii López Obrador promete revocar reforma energética, el Financiero (15 March 2017) <<http://www.elfinanciero.com.mx/nacional/lopez-obrador-promete-revocar-reforma-energetica.html>> accessed 19 de enero 2021
- ccxxxviii Acuerdo que establece que las mercancías cuya importación y exportación está sujeta a regulación por parte del Secretaría de Energía, Diario Oficial de la Federación, <https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5608832&fecha=26/12/2020> ingreso el 24 de enero de 2021
- ccxxxix Idem art. 28
- ccxl Idem art. 47
- ccxli Thomas J. Pate (n.30), 370-371,376
- ccxlii Idem
- ccxliii Idem
- ccxliv Juan Carlos Boué, "Enforcing Pacta Sunt Servanda? Conoco-Phillips and Exxon-Mobil Versus the Bolivarian Republic of Venezuela" [2014] Journal of International Dispute Settlement. Vol. 5, 442-443
- ccxlv Idem
- ccxlii Venezuela Holdings, B.V. Mobil Cerro Negro Holding, LTD. Mobil Venezolana de Petróleos Holdings, INC. Mobil Cerro Negro, LTD. AND Mobil Venezolana de Petróleos Holdings, INC. v. The Bolivarian Republic of Venezuela, <<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4011.pdf>> accessed 3 of april 2017.
- ccxlvii Juan Carlos Boué(n. 36).
- ccxlviii Estos procedimientos se consideran alternativos a la jurisdicción estatal. Toda persona tiene el derecho de acudir ante un juez nacional para ventilar una disputa pero solo aquellos que lo hayan acordado, podrán seguir un procedimiento alternativo. Así, la voluntad de las partes es fundamental y la que da origen a estos procedimientos alternativos.
- ccxlix Dos o más partes en disputa. Es decir, partes que tengan intereses en conflicto.
- cccl Generalmente, los tribunales arbitrales están formados por un árbitro único o un tribunal de tres miembros; un presidente y dos co-árbitros.
- cccli Las partes presentan al tribunal su posición y sus pruebas y contestan a la posición de la otra parte. Al final, el tribunal emitirá una decisión vinculante para las partes.
- ccclii Hay varias instituciones nacionales e internacionales que han emitido reglas de arbitraje que ofrecen una guía para el procedimiento.
- cccliii En general, existen dos tipos de procedimientos arbitrales. Por un lado, los que se hacen bajo el amparo y con la asistencia de una institución arbitral y, por otro lado, aquellos en los que las partes siguen el procedimiento sin la asistencia de una institución (independientemente de que opten por seguir un reglamento arbitral). Lo dicho en este documento aplica a ambos casos aunque las referencias se hacen solamente a los procedimientos administrados.
- ²⁵⁴ El libro ha vendido más de un millón de copias.
<http://www-stat.wharton.upenn.edu/~steele/Publications/PDF/TN148.pdf>
- ²⁵⁵ El estudio se puede consultar en la siguiente liga: <http://www.arbitration.qmul.ac.uk/news/2020/queen-mary-and-pwc-release-study-of-damages-in-icc-arbitral-awards.html>
- ²⁵⁶ Para una explicación del efecto ancla se puede consultar en: <https://www.pon.harvard.edu/tag/anchoring/>
- ²⁵⁷ Para conocer más sobre los sesgos cognitivos a los que están expuestos los árbitros se puede consultar el Capítulo 3 del libro The Roles of Psychology in International Arbitration, escrito por Edna Sussman y titulado Biases and heuristics in arbitrator decision-making: reflections on how to counteract or play to them, disponible en la siguiente liga: <https://sussmanadr.com/wp-content/uploads/2018/12/Biases-and-Heuristics-Sussman-no-TOC-Kluwer-book-chapter-2017.pdf>

- cclviii Para una explicación de la teoría de juegos, el dilema del prisionero, el equilibrio de Nash y la eficiencia de Pareto adaptados al derecho usted puede consultar el libro Derecho y economía de Robert D. Cooter y Thomas Ulen, publicado por el Fondo de Cultura Económica, página 56.
- cclix Utilidad antes de impuestos, depreciación y amortización o EBITDA en inglés (Earnings before taxes, depreciation and amortization).
- cclx <https://www.elfinanciero.com.mx/economia/mexico-emitera-bono-en-dolares-a-50-anos-buscando-mejorar-perfil-de-deuda>
- cclxi Engineering, procurement and construction, que en español significa contratos de ingeniería, adquisiciones y construcción.
- cclxii Katsh, E. (2017). *Digital Justice, technology and the internet of disputes*. Nueva York: Oxford university press, p. 31.
- cclxiii Wang F.F. (2018). *Online Arbitration: Informa Law from Routledge*, p. 5
- cclxiv Rule, Colin, "Making Pace on eBay: Resolving disputes in the world's largest marketplace", *ACResolutios*, 2008, <http://colinrule.com/writing/acr2008.pdf>
- cclxv Susskind, R. (2019). *Online Courts and The Future of Justice*. Nueva York: Oxford University Press, p. 62
- cclxvi Cortés P. (2011). *Online dispute resolution for consumers in the European Union*. Abingdon, Oxon: Routledge, pos. 234.
- cclxvii Wang F.F. (2018). *Online Arbitration: Informa Law from Routledge*, pos. 2746.
- cclxviii https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/v1700385_spanish_technical_notes_on_odr.pdf
- cclxix (24 de enero de 2013). ADN: el disco duro del futuro. [Artículo de BBC]. Recuperado de https://www.bbc.com/mundo/noticias/2013/01/130124_ventajas_archivar_documentos_adn
- cclxx <https://x.company/projects/taara/>
- cclxxi https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/v1700385_spanish_technical_notes_on_odr.pdf
- cclxxii Cortes P. (2011). *Online dispute resolution for consumers in the European Union*. Abingdon, Oxon: Routledge, pos. 3843.
- cclxxiii Katsh, E. (2017). *Digital Justice, technology and the internet of disputes*. Nueva York: Oxford university press, p. 177
- cclxxiv Idem, p. 39.
- cclxxv LIBRO VERDE sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil de la Comisión de las Comunidades Europeas, de 19 de abril de 2002, p. 5. Recuperado de <http://www.poderjudicial.es/cgpi/es/Temas/Mediacion/Normativa-y-jurisprudencia/Normativa-europea/Libro-Verde-sobre-las-modalidades-alternativas-de-solucion-de-conflictos-en-el-ambito-del-derecho-civil-y-mercantil>
- cclxxvi <https://www.greenerarbitrations.com/greenpledge>
- cclxxvii <https://www.speedtest.net/global-index>
- cclxxviii <https://worldpopulationreview.com/country-rankings/internet-speeds-by-country>
- cclxxix Ekman, P. y Friesen, W. (2003). *Unmasking the face*. Los Altos, California: Malor Books, pos. 1887.
- cclxxx Idem, pos. 227.
- cclxxxi Cortes P. (2011). *Online dispute resolution for consumers in the European Union*. Abingdon, Oxon: Routledge, pos. 1326.
- cclxxxii https://www.americanbar.org/groups/business_law/publications/blt/2020/04/everyone-is-biased/
- cclxxxiii Gladwell, M. (2019). *Talking to strangers*. Nueva York: Little Brown and Company, p. 185.
- cclxxxiv Comisión de las Naciones Unidas para el derecho mercantil internacional. (2018). Nota explicativa de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Documentos Transmisibles Electrónicos, p. 34. Recuperado de https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/mletr_ebook_s.pdf
- cclxxxv Idem, p. 22.
- cclxxxvi Naciones Unidas. (1996). Guía para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico Guía para su incorporación al derecho interno con la 1996 con el nuevo artículo 5 aprobado en 1998, p. 20. Recuperado de https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/05-89453_s_ebook.pdf
- cclxxxvii Idem. Párrafo 16, p. 21
- cclxxxviii Idem. Párrafo 17
- cclxxxix Naciones Unidas. (2002). Ley Modelo de la CNUDMI sobre Firmas Electrónicas con la Guía para su incorporación al derecho interno 2001. Recuperado de <https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/electcom/ml-elecsig-s.pdf>
- ccxc Ver, AT&T Technologies, Inc. v. Communication workers of America, 475 US 643 (1986)
- ccxci M. DOMKE, DOMKE ON COMMERCIAL ARBITRATION §1:01 (1984)
- ccxcii Ver Dean Witter Reynolds Inc. v. Byrd, 470 US 213, 217 (1985)
- ccxciii BLACKS'S LAW DICTIONARY (5th. Ed. 1983)
- ccxciv Ver Hascher, *Consolidation on Arbitration by American Courts: Fostering or Hampering International Commercial Arbitration?* 127, 136 (1984).
- ccxcv Ver *Stipanowich, Arbitration and the Multiparty Dispute: The Search of Workable Solutions*, 72 (1987)
- ccxcvi *id* 506 (1987)
- ccxcvii AAA Arbitration Rules, administrated by the AAA under 1974 New York Insurance Law §671
- ccxcviii Ver Hascher, *Consolidation of arbitration by American Courts* (1984)
- ccxcix *id* (1984)
- ccc *id* (1984)
- ccci *id* (1984)
- cccii Ver *Vigo Steamship Corp. vs. Marship Corp.* de Monrovia 400 US 819 (1970)
- ccciii Civil Practice Act, section 1459 (1977)
- ccciv Maritime actions are governed under the Federal Arbitration 9 USC § 1 (1998).
- cccv *Vigo* 26 N.Y. 162-168
- cccvii Ver Hascher, 132
- cccviii 2d Cir. 1975 US 936
- cccviii *id*. El fletador, con un contrato marítimo de tres años para la transportación de 600,000 toneladas de productos petroleros desde el Golfo Pérsico a Europa y Mediterráneo. US 969

- cccix id. 969-70. Esta provision era sujeto al requerimiento que el propietario otorgara al aval por escrito sobre la falta cometido por el fletador.
- cccix id. pg 970
- cccxi id. pg 975
- cccxi Federal Rules of Civil Procedure 42 (a)
- cccxi Nereus, 527, pg 975
- cccxi id
- cccxi id
- cccxi id
- cccxi id
- cccxi Ver Hascher, pg 136
- cccxi Ver Hascher, pg 136
- cccxi id
- cccxi Compania Espanola de Petroleum S.A. vs. Verus Shipping Co. US 1061 (1984)
- cccxi id
- cccxi MASSACHUSETTS GENERAL LAW ch. 251 §1-19 (1988)
- cccxi id §2A
- cccxi Ver Hascher pg138-39
- cccxi id 10
- cccxi Convencion para el Reconocimiento y Ejecución de Laudos Extranjeros (Convencion de Nueva York) 1958
- cccxi Ver Van der Berg, *Consolidated Arbitrations and the New York Convention* (1986)
- cccxi Convencion de Nueva York art. V (1) (d)
- cccxi Van der Berg, Convencion de Nueva York 1958
- cccxi Convención de Nueva York art V (2)(b)
- cccxi Ver Hascher pg 138
- cccxi Ver, Gonzalez de Cossio, *Arbitraje* 2018. Pg 395
- cccxi http://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/lcia-arbitration-rules-2014.aspx
- cccxi London Court for International Arbitration Art. 22.1 y Art. 22.6
- cccxi <http://cdn.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2017/ICC-2017-Arbitration-and-2014-mediation-rules-english-version.pdf>
- cccxi http://www.icdr.org/site/default/files/document_repository/ICDR_rules.pdf
- cccxi FAA 9USCA 1-16
- cccxi González de Cossío, Francisco, *Arbitraje*, Porrúa, México, 2018, Págs. 97-102.
- cccxi En este sentido su importancia y centralidad se puede identificar tanto en la elaboración, promoción e impulso de la Convención de Ginebra de 1927 como, en la fundamental Convención de Nueva York de 1958. Para profundizar el tema se recomienda la lectura, entre otros, de González de Cossío, Francisco, *Arbitraje*, Ob. Cit., Págs. 99-101.
- cccxi Naciones Unidas siempre ha sido parte fundamental del desarrollo de la disciplina de arbitraje, sobre todo por su vocación internacionalista y de fomento de los negocios a nivel global. Ahora bien, el documento fundamental que ha sido elaborado e impulsado por Naciones Unidas es la Ley Modelo de la Uncitral, adoptada a través de la Resolución 40/72 del 11 de diciembre de 1985.
- cccxi González de Cossío, Francisco, *Arbitraje*, Ob. Cit., Págs. 112.
- cccxi Charles Jarrosson, *La Notion D'Arbitrage*, Droit et de Jurisprudence, Bibliothèque de Droit Privé, Librairie Generale, París, 1987, Pág. 372.
- cccxi El problema del sobrecargo de trabajo de los jueces es una realidad que afecta a la mayoría de los sistemas judiciares del mundo, por lo tanto, la introducción del arbitraje podría ser un medio a través del cual se reduzca la carga de trabajo de los mismos. Para profundizar el tema se recomienda la lectura de Prol, Francisco G, "El arbitraje financiero. Una aproximación desde España", *Arbitraje: revista de arbitraje comercial y de inversiones*, Iprolex, Vol. 6, N. 3, 2013, Págs. 718-719.
- cccxi González de Cossío, Francisco, *Arbitraje*, Ob. Cit., Págs. 143.
- cccxi La información se refiere a los documentos producidos a raíz del Foro ICC YAF "Arbitraje en el Sistema Bancario y Financiero" del 11 de febrero de 2016.
- cccxi Para profundizar se puede consultar Prol, Francisco G, "El arbitraje financiero. Una aproximación desde España", *Arbitraje: revista de arbitraje comercial y de inversiones*, Ob. Cit. Pág. 730 e siguientes.
- cccxi *Ibidem*.
- cccxi *Ibidem*.
- cccxi *Ibidem*.
- cccxi Cabrera C., Orlando F.; Nieto, Andrés; Ortega, Elsa y Zamora M., Juan Carlos, "Arbitraje en el Sistema Bancario y Financiero en México", *ICCMEX*, Marzo, 2016, pág. 1, información disponible en el siguiente enlace: <https://www.iccmex.mx/uploads/businessbulletin/marzo2016/artint/Arbitraje%20en%20el%20Sector%20Bancario.pdf>
- cccxi Corredor Higuera, "La Armonización en Materia de Protección al Consumidor Financiero en América Latina", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, nueva serie, año XLVIII, núm. 144, septiembre-diciembre de 2015, pág. 962.
- cccxi Un interesante artículo que analiza algunas causas del porqué de esta actuación, presente ya en los años noventa, es el de Budnitz, Mark E., "Arbitration of Disputes Between Consumers and Financial Institutions: A serious Threat to Consumer Protection", *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, Vol. 10, 2, 1995, págs. 268-342.
- cccxi VV.AA., *Informe Instituciones Financieras y Arbitraje Internacional*, Cámara de Comercio Internacional (ICC), París, 2018, pág. 8.
- cccxi VV.AA., *Informe Instituciones Financieras y Arbitraje Internacional*, Ob. Cit.
- cccxi Así lo prevé el Art. 28, "Medidas Cautelares y Provisionales" y el Art. 29, "Arbitro de Emergencia", del Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional.
- cccxi VV.AA., *Informe Instituciones Financieras y Arbitraje Internacional*, Ob. Cit., pág. 10-11.
- cccxi VV.AA., *Informe Instituciones Financieras y Arbitraje Internacional*, Cámara de Comercio Internacional (ICC), Ob. Cit., Pág. 9-10.

ccclix Mortimore, Maurice, "Arbitraje internacional basado en cláusulas de solución de controversias entre los inversionistas y el Estado en acuerdos internacionales de inversión: desafíos para América Latina y el Caribe", *Cepal – Serie Desarrollo Productivo*, Naciones Unidas, Chile, 2009, Pág. 32.

ccclx VV.AA., *Informe Instituciones Financieras y Arbitraje Internacional*, Cámara de Comercio Internacional (ICC), Ob. Cit., Pág. 8-11.

ccclxi Las Reglas que prevé el Reglamento en este tema, son:

"a) Bifurcar el procedimiento o dictar uno o más laudos parciales sobre cuestiones claves, cuando hacerlo pueda genuinamente esperarse que resulte en una más eficiente resolución del caso.

b) Identificar las cuestiones que puedan ser resueltas por acuerdo de las partes o sus expertos.

c) Identificar las cuestiones a ser decididas únicamente sobre la base de documentos en lugar de declaraciones orales o argumentos legales en una audiencia.

d) Producción de prueba documental:

(i) requiriendo a las partes producir junto con sus escritos los documentos en los que se basen;

(ii) evitando solicitudes de producción de documentos cuando sea apropiado para controlar el tiempo y los costos;

(iii) en aquellos casos en los que las solicitudes de producción de documentos se consideren apropiadas, limitando dichas solicitudes a documentos o categorías de documentos que sean pertinentes y determinantes para la solución del caso;

(iv) estableciendo plazos razonables para la producción de documentos;

(v) empleando una tabla de producción de documentos para facilitar la resolución de cuestiones relacionadas con la producción de documentos.

e) Limitar la extensión y el alcance de las presentaciones escritas y pruebas testimoniales escritas y orales (tanto testigos de hecho como expertos) a fin de evitar repeticiones y mantener el enfoque en las cuestiones claves.

f) Utilizar conferencias telefónicas o de vídeo para audiencias de procedimiento u otras audiencias en las que la asistencia en persona no sea esencial y utilizar tecnologías de la información que permita comunicaciones en línea entre las partes, el tribunal arbitral y la Secretaría de la Corte.

g) Organizar una conferencia previa a la audiencia con el tribunal arbitral en la cual los preparativos para la audiencia pueden ser discutidos y acordados y el tribunal arbitral puede indicar a las partes las cuestiones sobre las cuales desearía que las partes se enfoquen en la audiencia.

h) Arreglo de controversias:

(i) informar a las partes que son libres de solucionar la controversia, total o parcialmente, ya sea por medio de negociación o a través de cualquier método amistoso de resolución de controversias tal como, por ejemplo, la mediación bajo el

Reglamento ADR de la CCI.

(ii) cuando las partes y el tribunal arbitral lo hayan acordado, el tribunal arbitral puede tomar medidas para facilitar un acuerdo sobre la controversia, siempre que se hagan todos los esfuerzos para asegurarse de que todo laudo subsiguiente sea susceptible de ejecución legal".

ccclxii Cabrera C., Orlando F.; Nieto, Andrés; Ortega, Elsa y Zamora M., Juan Carlos, "Arbitraje en el Sistema Bancario y Financiero en México", Ob. Cit., Pág. 7.

ccclxiii Este subcapítulo se fundamenta en VV.AA., *Informe Instituciones Financieras y Arbitraje Internacional*, Cámara de Comercio Internacional (ICC), Ob. Cit., Pág. 11-12.

ccclxiv Información consultada en la página web del Diccionario de la Real Academia Española por última vez el 25.01.2021 y que se puede encontrar en el siguiente link: <https://dle.rae.es/derivado#CHGoR0x>

ccclxv VV.AA., *Informe Instituciones Financieras y Arbitraje Internacional*, Cámara de Comercio Internacional (ICC), Ob. Cit., Pág. 12.

ccclxvi Para la elaboración de este subcapítulo, el autor ha utilizado como base: VV.AA., *Informe Instituciones Financieras y Arbitraje Internacional*, Cámara de Comercio Internacional (ICC), Ob. Cit., Pág. 12 - 13.

ccclxvii El Prof. Andrés Nieto en la clase impartida en enero 2021 en el Diplomado, evidenció que existen otras operaciones, suscritas por organismos soberanos, que pueden realizarse y regularse a través de arbitraje, entre las cuales se destacan:

a) "Cuando firman acuerdos de préstamo;

b) Cuando otorgan garantías;

c) Cuando firman acuerdos de custodia;

d) En materia de acuerdos de gestión;

e) Contratos de derivados;

f) Acuerdos de adquisición;

g) Acuerdos de accionistas;

h) Contratos de productos básicos; y

i) Contratos para servicios financieros tales como banca de inversión".

ccclxviii Sobre el tema se recomienda Mortimore, Maurice, "Arbitraje internacional basado en cláusulas de solución de controversias entre los inversionistas y el Estado en acuerdos internacionales de inversión: desafíos para América Latina y el Caribe", *Cepal – Serie Desarrollo Productivo*, Ob. Cit.

ccclxix Ley 24/2013 del Sector Eléctrico, publicada en el *Boletín Oficial del Estado (BOE)* el 27 de diciembre 2013.

ccclxx Sentencia del Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso Consejo General del Poder Judicial 2320/2012, de 12 de abril de 2012.

ccclxxi Tomás Díaz, "España vence en los arbitrajes internacionales de renovables", *El Economista*, 22 de junio 2020, <https://www.eleconomista.es/empresas-finanzas/noticias/10617918/06/20/Espana-vence-en-los-arbitrajes-internacionales-de-renovables-.html> y Carmen Monforte, "España pierde el arbitraje de la portuguesa Cavalum por el tajo a las renovables", *Cinco Días*, 02 de septiembre 2020, https://cincodias.elpais.com/cincodias/2020/09/02/companias/1599033357_719006.html.

ccclxxii Para la elaboración de este subcapítulo, el autor ha utilizado como base: VV.AA., *Informe Instituciones Financieras y Arbitraje Internacional*, Cámara de Comercio Internacional (ICC), Ob. Cit., Pág. 17 - 21.

ccclxxiii VV.AA., *Informe Instituciones Financieras y Arbitraje Internacional*, Cámara de Comercio Internacional (ICC), Ob. Cit., Pág. 17 – 18.

- ^{cccxxiv} Las instituciones financieras internacionales (IFIs), las instituciones financieras bilaterales de desarrollo (DFIs) y los entidades de crédito a la exportación (ECAs).
- ^{cccxxv} En la misma línea se han expreso, entre otros, los autores: Mortimore, Maurice, "Arbitraje internacional basado en cláusulas de solución de controversias entre los inversionistas y el Estado en acuerdos internacionales de inversión: desafíos para América Latina y el Caribe", *Cepal – Serie Desarrollo Productivo*, Ob. Cit.; Prol, Francisco G, "El arbitraje financiero. Una aproximación desde España", *Arbitraje: revista de arbitraje comercial y de inversiones*, Ob. Cit.
- ³⁷⁶ Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, Nueva York, 10 de junio de 1958.
- ³⁷⁷ Winnie Ma, *Harmonising Judicial Approaches to Determining the Enforceability of Foreign Annulled Awards*, 2 *Contemp. Asia Ar. J* (2009) pág. 247.
- ^{cccxxviii} Asamblea General, *Report of the United Nations Commission on International Trade Law on the Work of its Thirty-second Session*, 1999, UN Doc. A/54/17 ¶ 374.
- ^{cccxxix} Winnie Ma, *Harmonising Judicial Approaches to Determining the Enforceability of Foreign Annulled Awards*, 2 *Contemp. Asia Ar. J* (2009) pág. 249.
- ^{cccxxx} Van den Berg Albert Jan, *Enforcement of Annulled Awards?*, 9(2) ICC INT'L CT. ARB. BULL. 15, 16 (1998).
- ^{cccxxxi} Paulsson Marika R.P., *Enforcement of Annulled Awards: A Restatement for the New York Convention?*, Kluwer Arbitration Blog, 21 de diciembre de 2017, pág. 1.
- ^{cccxxxii} Gaillard Emmanuel, *Enforcement of Awards Set Aside in the Country of Origin: The French Experience* en *Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention*, ICCA Congress Series núm. 9, 505, 517 (1998) págs. 505, 523.
- ^{cccxxxiii} Moses Margate L., *The principles and practice of International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International 2008, pág. 214.
- ^{cccxxxiv} Winnie Ma, *Harmonizing Judicial Approaches to Determining the Enforceability of Foreign Annulled Awards*, 2 *Contemp. Asia Ar. J* (2009) pág. 254.
- ^{cccxxxv} *Ver Société Pablak Ticaret Limited Sirketi v. Norsolor S.A.*, Corte de Casación, Francia, 9 de noviembre de 1984 (Arrêt n.º 730) ("Norsolor").
- ^{cccxxxvi} Vaska Lazic Smoljanic, *Enforcing Annulled Arbitral Awards: A comparison of Approaches in the United States and in the Netherlands*, Heinonline International, (2018) pág. 215.
- ^{cccxxxvii} *Ver* González De Cossío Francisco, *Ejecución de laudos anulados: hacia una mejor aproximación analítica*, Revista del Club Español del Arbitraje, Wolters Kluwer España, Volumen 21 (2014) pág. 39. *Ver también*, Kirsten Teo, *To Enforce or Not to Enforce Annulled Arbitral Awards?*, Kluwer Arbitration Blog, 23 de junio de 2019, pág. 1.
- ^{cccxxxviii} *Ver* González De Cossío Francisco, *Ejecución de laudos anulados: hacia una mejor aproximación analítica*, Revista del Club Español del Arbitraje, Wolters Kluwer España, Volumen 21 (2014) pág. 39. *Ver También*, Kirsten Teo, *To Enforce or Not to Enforce Annulled Arbitral Awards?*, Kluwer Arbitration Blog, 23 de junio de 2019, pág. 1.
- ^{cccxxxix} *Ver Norsolor*.
- ^{cccxc} Nuevo Código de Procedimientos Civiles (N.C.P.C.), Francia, art. 1502.
- ^{cccxc} *Ver Norsolor S.A. v. Pobalk Ticaret Ltd.* Austrian Oberster Gerichtshof, 18 de noviembre de 1982.
- ^{cccxcii} Born Gary, *International Commercial Arbitration*, Volume I, Kluwer Law International, Países Bajos (2009) pág. 3624.
- ^{cccxciii} *Ver Société Hilmarton Ltd. v. Société Omnium de Traitement et de Valorisation (OTV)*, Corte de Casación, Francia, 23 de marzo de 1994 (Arrêt n.º 484 P) ("Hilmarton").
- ^{cccxciv} *Ver Hilmarton* ¶ 5.
- ^{cccxcv} González de Cossío Francisco, *Arbitraje*, Editorial Porrúa, 4ª edición, México (2014), pág. 1035.
- ^{cccxcvi} *Ver Société PT Putrabali Adyamulia v. Société Rena Holding et Société Moguntia Est Epices*, Corte de Casación francesa, 29 de junio de 2007 (Arrêt n.º 1021 FP-P+B+I) ("Putrabali").
- ^{cccxcvii} Reglamento de Arbitraje de la Asociación Internacional de Producción General (International General Produce Association IGPA).
- ^{cccxcviii} González De Cossío Francisco, *Ejecución de laudos anulados: hacia una mejor aproximación analítica*, Revista del Club Español del Arbitraje, Wolters Kluwer España, Volumen 21 (2014) pág. 40.
- ^{cccxcix} Thadikaran Manu, *Enforcement of Annulled Arbitral Awards: What is and what ought to be?*, Journal of International Arbitration, Kluwer Law International (2014) pág.4.
- ^{cd} *Ver Kompas overseas Inc. v. OAO Sebernoe Rechnoe Parokhodstvo (Northern River Shipping Company)*, Provisions Judge of the District Court of Amsterdam, 482043/KG RK 11.362, 10 de mayo de 2012 ("Kompas v. OAO").
- ^{cdi} *Ver Kompas v. OAO*, pág. 18 (traducción obtenida de González de Cossío Francisco, *Arbitraje*, Editorial Porrúa, 4ª edición, México (2014) pág. 1036).
- ^{cdii} González De Cossío Francisco, *Ejecución de laudos anulados: hacia una mejor aproximación analítica*, Revista del Club Español del Arbitraje, Wolters Kluwer España, Volumen 21 (2014) pág. 40.
- ^{cdiii} Schwartz Eric, *A comment of Chromalloy*, Journal of International Arbitration (1997) pág. 592. ("Si un laudo es anulado en el lugar de origen, una de las partes puede todavía probar suerte en Francia") traducción propia.
- ^{cdiv} Federal Arbitration Act (EUA), Chapter 2 Section 201. ("Las cortes deberán reconocer los laudos salvo que se encuentren en alguna de las causas de no reconocimiento o ejecución previstas por la Convención") traducción propia.
- ^{cdv} *Ver Chromalloy*.
- ^{cdvi} Blackman Jonathan I. y Norton Ellie, *Respecting Awards Annulled at the Seat of Arbitration: The Road From Chromalloy to TermoRio*, ICDR Handbook of International Arbitration and ADR, JurisNet Third Edition (2017) pág. 195.
- ^{cdvii} Winnie Ma, *Harmonising Judicial Approaches to Determining the Enforceability of Foreign Annulled Awards*, 2 *Contemp. Asia Ar. J* (2009) pág. 259.
- ^{cdviii} *Ver Chromalloy* ¶ 5 (política enfática en favor del arbitraje) traducción propia.
- ^{cdix} *Ibid.* ¶ 18. (violaría esta clara disposición estadounidense de orden público) traducción propia.
- ^{cdx} Goldstein Marc J., *Annulled Awards in the U.S. Courts: How Primary is the Primary Jurisdiction?*, American Review of International Arbitration, Jurisnet (2014) pág. 19.
- ^{cdxi} *Ver Baker Marine (NIG.) LTD. v. Chevron (NIG.) LTD and Chevron Corp., Inc. v. Danos and Curole Marine Contractors, Inc.*, Corte de Apelaciones del Segundo Circuito, Estados Unidos de América, 12 de agosto de 1999 (191 F.3d 194) ("Baker Marine").

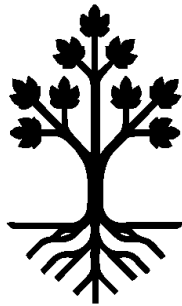
- cdxii Goldstein Marc J., *Annulled Awards in the U.S. Courts: How Primary is the Primary Jurisdiction?*, American Review of International Arbitration, Jurisnet (2014) pág. 24.
- cdxiii Ver *Baker Marine* ¶¶ 5-7 ("no ha demostrado razón adecuada para que se rehúse el reconocimiento de la sentencia de las Cortes Nigerianas... por ejemplo, no argumentó que las Cortes Nigerianas hayan actuado en contra de la Ley Nigeriana") Traducción propia.
- cdxiv Thadikkaran Manu, *Enforcement of Annulled Arbitral Awards: What is and what ought to be?*, Journal of International Arbitration, Kluwer Law International (2014) pág. 587.
- cdxv Ver *Termorio S.A. E.S.P. and LeaseCo Group, LLC v. Electranta S.P., et al.*, Corte de Apelación de Estados Unidos, Distrito de Columbia, 25 de mayo de 2007 (487 F.3d 928, 376 U.S.App.D.C. 242) ("*Termorio*").
- cdxvi Ver *Termorio* ¶ 936 ("un laudo arbitral deja de existir para ser ejecutado en otros estados contratantes si ha sido legalmente anulado por una autoridad competente en el estado en donde se rindió el laudo") traducción propia.
- cdxvii Born Gary, *International Commercial Arbitration*, Volume I, Kluwer Law International, The Netherlands (2009), pág. 2685.
- cdxviii Figueroa Dante, Cabrera Jennifer y otro, *El reconocimiento de Laudos Anulados en el país de origen-el Caso COMMISA*, Boletín Informativo del Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio, Pauta 75 (Agosto 2015) pág. 5.
- cdxix Ver *Corporación Mexicana de Mantenimiento Integral, S. de R.L. de C.V. v. Pemex Exploración y Producción*, Corte de Distrito de Estados Unidos, Distrito del Sur de New York, 27 de agosto de 2013 (1:10-cv-00206-AKH) ("*COMMISA*").
- cdxx Marmolejo Cervantes Miguel Ángel, *La no Arbitrabilidad de la Rescisión Administrativa en los Nuevos Contratos de Hidrocarburos*, Ed. Tirant lo Blanch, 1ª. Edición (2018) pág. 16.
- cdxxi Ver *COMMISA* pág. 31 ("violó nociones básicas de justicia") traducción propia.
- cdxxii Ver *Corporación Mexicana de Mantenimiento Integral v. Pemex Exploración y Producción*, No. 13-4022 Corte de Apelación (2d. Circ.) 2 de agosto de 2016.
- cdxxiii Ver González De Cossío Francisco, Ejecución de laudos anulados: hacia una mejor aproximación analítica', Revista del Club Español del Arbitraje, Wolters Kluwer España, Volumen 21 (2014) pág. 48. Ver también, González de Cossío Francisco, *Arbitraje*, Editorial Porrúa, 4ª edición, México (2014), pág. 1046.
- cdxxiv Ver *Thai-Lao Lignite (Thailand Co. v. Government of the Lao People's Republic* (997 F. Supp. 2d 214) United States District Court, S.D. New York, 6 de febrero de 2014 ("*Thai.Lao Lignite*").
- cdxxv Radicati di Brazolo Luca G., *The enforcement of annulled awards: Further reflections in light of Thai Lao Lignite*, American review of International Arbitration, Jurisnet LLC (2014) pág. 50.
- cdxxvi Principio de derecho internacional privado para reconocer sentencias judiciales extranjeras.
- cdxxvii Ver *Citigroup Global Mkts., Inc. v. Fiorilla* New York Court of Appeals, sentencia del 29 de junio de 2017.
- cdxxviii Cuadro No. 1 (propia creación).
- cdxxix González De Cossío Francisco, Ejecución de laudos anulados: hacia una mejor aproximación analítica', Revista del Club Español del Arbitraje, Wolters Kluwer España, Volumen 21 (2014) pág. 49.
- cdxxx Perez Nieto Leonel y Graham James, *Tratado de Arbitraje Comercial Mexicano*, Ed. Limusa, Segunda edición, México (2013) pág. 340.
- cdxxxi Paulsson Jan, *May or Must under the New York Convention: An exercise in Syntax and Linguistics*, Arbitration International, Vol. 14 No. 2, (1998) pág. 229.
- cdxxxii Salah R, *Faut-il reviser la Convention de New York pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales?*, Dalloz Droit Affairs, Oxford Press (1997) pág. 1237.
- cdxxxiii Blackman Jonathan I. y Norton Ellie, *Respecting Awards Annulled at the Seat of Arbitration: The Road From Chromalloy to TermoRio*, ICDR Handbook of International Arbitration and ADR, JurisNet Third Edition (2017) pág. 195.
- cdxxxiv González de Cossío Francisco, *COMMISA: Un Gran Caso Que Hizo Mal Derecho*, Centro de Arbitraje de la Industria de la Construcción, (junio 2017) pág. 3.
- cdxxxv Ver *CPC Construction Pioneers Baugesellschaft Anstalt (Liechtenstein) v. Government of the Republic of Ghana*, 578 F. Supp. 2d 50 United States District Court for the District of Columbia (2008) págs. 49-50; Blackman Jonathan I. y Norton Ellie, *Respecting Awards Annulled at the Seat of Arbitration: The Road From Chromalloy to TermoRio*, ICDR Handbook of International Arbitration and ADR, JurisNet Third Edition (2017), pág. 200.
- cdxxxvi Navarro González Simón, *Tensions Between Primary and Secondary Jurisdictions: Do we need an action to set aside awards?* (2018), pág. 5.
- cdxxxvii Ver Código Federal de Procedimientos Civiles, artículo 575 ("Ni el Tribunal de primera instancia ni el de apelación podrán examinar ni decidir sobre la justicia o injusticia del fallo, ni sobre las motivaciones o fundamentos de hecho o de derecho en que se apoye, limitándose a examinar su autenticidad y si deba o no ejecutarse conforme a lo previsto en el derecho nacional").
- cdxxxviii Ver Van den Berg, Albert Jan *Enforcement of Annulled Awards?*, ICC International Court of Arbitration Bulletin The ICC International Court of Arbitration bulletin, Vol. 9, No. 2, (1998) págs. 15-21; Ver también, Van den Verg Albert Jan, *The New York Arbitration Convention of 1958, Towards a Uniform Judicial Interpretation*, Kluwer Law International 1994 pág. 21; Ver también, Van den Verg Albert Jan, *Enforcement of Annulled Awards in Russia*, Case comment on Court of Appeals in Amsterdam, Journal Of International Arbitration (2009) pág. 27.
- cdxxxix González de Cossío Francisco, *Arbitraje*, Editorial Porrúa, 4ª edición, México (2014) pág. 1049.
- cdxl Born Gary, *International Commercial Arbitration*, Volume I, Kluwer Law International, The Netherlands (2009) pág. 3642.
- cdxli *Idem*.
- cdxlii Gaillard Emmanuel y Savage John (eds) Fouchard Gaillard Goldman en, *International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International (1999) pág. 860; Paulsson Jan *Enforcing awards Notwithstanding a Local Standard Annulment (LSA)*, ICC International Ct. Arbitration Bulletin 14 (No. 1 1998).
- cdxliiii Born Gary, *International Commercial Arbitration*, Volume I, Kluwer Law International, The Netherlands (2009) pág. 3639.
- cdxliv Ver *Hilamrton* pág. 3.
- cdxlv Ver *Putraballi* pág. 32.
- cdxlvi González de Cossío Francisco, *Arbitraje*, Editorial Porrúa, 4ª edición, México (2014) págs. 1036, 1046.
- cdxlvii Ver Código de Comercio art. 1457.
- cdxlviii Born Gary, *International Commercial Arbitration*, Volume I, Kluwer Law International, The Netherlands (2009), pág. 3642.
- cdxlix González de Cossío Francisco, *Arbitraje*, Editorial Porrúa, 4ª edición, México (2014) pág. 1028.

- ^{cdi} Gaillard Emmanuel, *Aspect Philosophiques du droit de l' Arbitrage International*, Academie de droit international de la Haye, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden (2008). Ver también, González de Cossío Francisco, *Arbitraje*, Editorial Porrúa, 4ª edición, México (2014) pág. 1046.
- ^{cdli} Ver cuadros No. 3 y 4 (propia creación).
- ^{cdlii} Born Gary, *International Commercial Arbitration*, Volume I, Kluwer Law International, The Netherlands (2009), pág. 2677
- ^{cdliii} Sófocles, *Edipo Rey*, Biblioteca Virtual Universal, disponible en: <https://www.biblioteca.org.ar/libros/133636.pdf>, p. 20.
- ^{cdliv} González de Cossío, Francisco, *Hacia una Definición Mexicana de "Orden Público"*, p. 111.
- ^{cdlv} Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, *Digesto de precedentes judiciales sobre la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional*, 2012, Organización Mundial de las Naciones Unidas, Disponible en: <https://www.uncitral.org/pdf/english/clout/MAL-digest-2012-e.pdf>, p. 162. La traducción es propia.
- ^{cdlvi} Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, 1958, Nueva York, p. 1, "La finalidad principal de la Convención es evitar que las sentencias arbitrales, tanto extranjeras como no nacionales, sean objeto de discriminación, por lo que obliga a los Estados parte a velar por que dichas sentencias sean reconocidas en su jurisdicción y puedan ejecutarse en ella, en general, de la misma manera que las sentencias o laudos arbitrales nacionales..."
- ^{cdlvii} *Ibidem*, p. 2, "La obligación fundamental que se impone a los Estados parte es reconocer el carácter vinculante de todas las sentencias arbitrales contempladas en la Convención y ejecutarlas, si se les pide que lo hagan, conforme a la lex fori. Cuando la Convención no estipula ningún requisito al respecto, cada Estado parte decidirá las reglas de procedimiento que proceda seguir".
- ^{cdlviii} Código de Comercio, México, Artículo 1457 in fine: Los laudos arbitrales solo podrán ser anulados por el juez competente...II. El juez compruebe que según la legislación mexicana...el laudo es contrario al orden público.
- ^{cdlix} *Ibidem*, "La experiencia ha demostrado que la mayoría de las veces las partes dan cumplimiento voluntario a los laudos arbitrales. Además, los países no imponen tantas reticencias porque no se trata de un acto proveniente de una autoridad judicial extranjera.
- ^{cdlxx} Congreso de la Unión, Minuta de la Cámara de Origen de la propuesta de Reformas y Adiciones al Código de Comercio, 22 de julio de 1993, "Finalmente, el arbitraje ofrece mayores posibilidades de ejecución voluntaria o forzada de los laudos arbitrales."
- ^{cdlxxi} Vid. Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, *Arbitraje*. Los laudos firmes adquieren la categoría de cosa juzgada, México, 2002, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, p. 1175.
- ^{cdlxxii} González de Cossío, Francisco. *Ejecución de Laudos Arbitrales en Manual de Arbitraje Comercial*, Editorial Porrúa, México, 2004, p.168, "Existe una diferencia conceptual entre, por un lado, la apelación y, por el otro, los recursos existentes en relación con los laudos. Su diferente naturaleza obedece a que un recurso de apelación examina el fondo del laudo (es decir, tanto los hechos como el derecho) y el tribunal que realice dicha revisión tiene la facultad de confirmar, revocar o modificar el mismo".
- ^{cdlxxiii} Vid. Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, *Nulidad de actos dentro del procedimiento arbitral mercantil*. No corresponde su conocimiento a un tribunal judicial, México, 2007, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, p. 1730. Vid. también Primer Tribunal Colegiado del Décimo Quinto Circuito, *Lauda arbitral*. Su homologación por autoridad judicial ordinaria y el análisis de ésta, en amparo, no permite el estudio de su sentido en cuanto al fondo, México, 2002, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, p. 1317.
- ^{cdlxxiv} Sala Sánchez, Pascual, *El principio de mínima intervención judicial en el arbitraje y sus principales manifestaciones*, Arbitraje: Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones, p. 337.
- ^{cdlxxv} Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, *Lauda arbitral*. Cuándo, por qué y en qué condiciones se deben analizar las consideraciones que lo sustentan. México, 2013, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, p. 1878.
- ^{cdlxxvi} Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, *Op. Cit.*, p. 135. La traducción es propia.
- ^{cdlxxvii} Siqueiros, José Luis, *El orden público como motivo para denegar el reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales internacionales*, Pauta, Boletín Informativo del Capítulo Mexicano de la Cámara de Comercio, No. 40, mayo 2013.
- ^{cdlxxviii} Born, Gary. *International Commercial Arbitration*, Kluwer Arbitration, 2 ed. p. 3314.
- ^{cdlxxix} Vid. Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, *Orden público*. Es un concepto jurídico indeterminado que se actualiza en cada caso concreto, atendiendo a las reglas mínimas de convivencia social, 2005, México, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, p. 1956.
- ^{cdlxxx} Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo en Revisión 755/2011, disponible en: http://www2.scjn.gob.mx/juridica/engroses/1/2011/2/2_133489_644.doc, p. 42.
- ^{cdlxxxi} *Ibidem*, p. 43
- ^{cdlxxxii} *Ibidem*, p. 48.
- ^{cdlxxxiii} Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo Directo 71/2014, Disponible en: http://www2.scjn.gob.mx/juridica/engroses/1/2011/2/2_133489_644.doc.
- ^{cdlxxxiv} *Ibidem*, p. 116.
- ^{cdlxxxv} Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, México, artículo 17, "Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho. Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales..."
- ^{cdlxxxvi} Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, *Acceso a la justicia*. Los órganos jurisdiccionales deben evitar, en todo momento, prácticas que tiendan a denegar o limitar ese derecho, México, 2012, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, p. 1053.
- ^{cdlxxxvii} Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Cuarto Distrito, *Daños y perjuicios*. La comprobación de su existencia y cuantía cuando se reclaman en cantidad líquida no implica que debe justificarse en forma exacta e indefectible la cantidad señalada en la demanda, México, 2005, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, p. 1883.
- ^{cdlxxxviii} Décimo Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, Amparo en Revisión 961/2016, México, 22 de febrero de 2018.
- ^{cdlxxxix} *Ibidem*, p. 90.
- ^{cdlxxxx} *Ibidem*.
- ^{cdlxxxxi} Vid, por ejemplo, Código de Procedimientos Civiles para la Ciudad de México, México, artículo 85: "Cuando hubiere condena de frutos, intereses, daños o perjuicios, se fijará su importe en cantidad líquida o se establecerán, por lo menos, las bases con arreglo a

las cuales deba hacerse la liquidación. Sólo en el caso de no ser posible lo uno ni lo otro, se hará la condena, a reserva de fijar su importancia y hacerla efectiva en la ejecución de la sentencia".

cdlxxxiii Born, Gary. *Op. Cit.* p. 3314.

PATROCINADOR PAUTA 95



COMAD, S.C.

Firma de Abogados, Fundada en 1965

❖ International Chamber of Commerce (ICC)

- La ICC, con sede en París, se fundó en 1919, y hoy comprende una red global de más de 45 millones empresas, cámaras de comercio y asociaciones empresariales en más de 130 países, generando más de 1,000 millones de empleos. Nuestra visión es lograr un mundo donde la paz, el crecimiento económico sostenible y la prosperidad compartida, se sustenten en comercio justo, basado en reglas, así como inversión sostenible y respetuosa de los derechos humanos
- La International Chamber of Commerce es un organismo consultivo de las Naciones Unidas y somos la única organización empresarial que goza del estatus de observador ante su Asamblea General. Tenemos una estrecha relación con el G20, la OMC, y la OCDE, entre otros organismos.
- La ICC tiene las siguientes funciones principales:
 - Promover el comercio y la inversión libre a través de las fronteras.
 - Identificar mejores prácticas internacionales para el desarrollo de herramientas empresariales.
 - Proveer reglas y estándares para un mejor gobierno y comportamiento más ético de los negocios internacionales
 - Capacitar
 - Solución de Controversias

❖ International Chamber of Commerce México (ICC México)

Desde 1945, en ICC México trabajamos para hacer que las empresas funcionen para todos, todos los días y en todas partes. Nuestro trabajo es autónomo, apartidista y busca incidir en el progreso de México para lograr una nación más justa, competitiva e incluyente, para que las personas y las empresas puedan desarrollar plenamente su potencial.

❖ Misión

Lograr un mundo donde la paz, el crecimiento económico sostenible y la prosperidad compartida, se sustenten en el comercio y la inversión multilateral abierta, basados en reglas.

❖ Visión

Promover la apertura en el comercio y la inversión, basados en normas, un sistema de economía de mercado, el crecimiento económico sostenible, la conducta empresarial responsable y un enfoque global de la regulación. Estos objetivos se persiguen a través de una combinación de promoción de políticas, desarrollo de herramientas prácticas y actividades de creación de reglas por parte de las empresas, incluidos nuestros servicios de resolución de disputas líder en el mercado.

❖ Página web

www.iccmex.mx