

Concurso Iberoamericano a la mejor Tesis de Arbitraje 2010 - 2011



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

Consejo Editorial.

Presidente ICC México.
Ing. Pierre Froidevaux Chavan

Vicepresidentes ICC México.
Lic. Ma. Fernanda Garza de Pérez Priego
Dr. Pedro Aspe Armella
Lic. Juan Luis Prieto Jaqué
Lic. Lorenzo Ysasi Martínez

Tesorero ICC México.
Lic. José Manuel Suárez Carrillo

Secretaria General ICC México.
Lic. Yesica González Pérez

Directora Pauta.
Lic. Laura Altamirano López

Creación en formato electrónico.
Lic. Gustavo Manzanilla Méndez



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

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.

Título de la publicación: « ICC Pauta Boletín Informativo del Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio A.C. »
Editor Responsable. Lic. Rosa Laura Altamirano López
Número de certificado de reserva otorgado por el Instituto Nacional del Derecho de Autor Abril 2003: 04-2003-040217502100-106
Número de Certificado de Licitud de Título: 11518
Número de Certificado de Licitud de Contenido: 8105
Domicilio de la publicación y del distribuidor: Indiana 260 Piso 5
Oficina 508 Colonia Ciudad de los Deportes, C.P. 03810, México D.F.
Teléfonos: (52) 5687 2203, 5687 2207, 5687 2321
5687 2507, 5687 2601. Fax: (52) 5687 2628
Renovación de Reserva de Derechos al uso exclusivo
Número 04 - 2009 - 071614425400 -203
Título. ICC MEXICO PAUTA BOLETIN INFORMATIVO DEL CAPITULO MEXICANO DE LA CAMARA INTERNACIONAL DE COMERCIO A.C.
Género: Difusiones Periódicas
Especie: Difusión vía red de computo
web: www.iccmex.org.mx
e-mail: ygonzalez@iccmex.org.mx; laltamirano@iccmex.org.mx

3 Carta del Presidente

5 El Juego de las máscaras
Pablo César Mori Bregante* y
Giuseppe Domenico Galluccio Tonder*

*Ganadores del Primer lugar de la Categoría Licenciatura del Primer Concurso Iberoamericano de Tesis en Arbitraje

11 El Convenio Arbitral de Consumo
Diana Marcos**

**Ganadora del Primer Lugar de la Categoría Posgrado Del Primer Concurso Iberoamericano de Tesis en Arbitraje

13 Conciliación en Derecho Mexicano
Miguel Ángel Gutiérrez Torres

25 Pruebas en el Arbitraje
Diego Gutiérrez Martínez

39 El Arbitraje Fiscal Internacional
Rafael Martínez Rosas

México D.F., Julio 2012

Estimados socios y amigos:

Hoy en día la solución de controversias constituye una parte importante de la gestión de riesgos, sin duda, el arbitraje ofrece grandes ventajas a la solución de conflictos no solo entre particulares, sino también en conflictos en los que el Estado actúa como parte involucrada.

Considerando la importancia del Arbitraje, la International Chamber of Commerce México (ICC México), en coordinación con organismos nacionales e internacionales se ha dado a la tarea de organizar el Concurso a la mejor tesis de arbitraje, el cual desde 2010 ha involucrado a países de Iberoamérica.

A través de nuestro boletín informativo "PAUTA 66", hacemos un reconocimiento a los ganadores del primer lugar en la categoría licenciatura y posgrado de este importante concurso, así como a los trabajos que obtuvieron mención especial en el marco del XIX Diplomado de Arbitraje Comercial Internacional, organizado por ICC México y la Escuela Libre de Derecho.

El estudio y la capacitación en la materia son indispensables para el desarrollo del arbitraje en nuestro país, por lo que confiamos en que los artículos incluidos en este boletín, sean de utilidad para nuestros lectores y motivemos la participación de estudiantes y abogados en nuestro Concurso Iberoamericano a la mejor Tesis en Arbitraje.

Muchas gracias.



Pierre Froidevaux Chavan
Presidente
ICC México



www.iccmex.mx/
laltamirano@iccmex.org.mx



www.camex.com.mx/
ccl@camex.com.mx



www.arbitrajecanaco.com.mx
yvquiros@arbitrajecanaco.com.mx



www.amcham.org.pe
rrubio@amcham.org.pe



International Centre
for Dispute Resolution
www.icdr.org
Andersens@adr.org

Las instituciones convocantes
al

CONCURSO LATINOAMERICANO DE TESIS EN ARBITRAJE 2010

Felicidades a los Ganadores

Categoría Licenciatura

Primer Lugar

Giuseppe Domenico Gallucio y Pablo César Mori Bregante

El juego de las máscaras: la extensión del convenio arbitral
a partes no signantes en el caso de grupos de sociedades.

Perú

Segundo Lugar

Lizbeth Nathaly Panduro Meza

Aplicabilidad de las instituciones procesales en el arbitraje.

Perú

Categoría Posgrado

Primer Lugar

Diana Marcos Francisco

Arbitraje de Consumo; especial referencia a la configuración,
requisitos y control del convenio arbitral.

España

Segundo Lugar

Victor J. Tejera Pérez

Arbitraje de Inversiones en Venezuela.

Venezuela



**El Juego de las Máscaras:
La extensión del Convenio arbitral a partes no signantes
en el caso de los grupos de sociedades (reseña)
Pablo César Mori Bregante**
Giuseppe Domenico Galluccio Tonder*¹**

Las máscaras, desde hace muchos años (podríamos remontarnos hasta la antigua Grecia), están relacionadas con la manifestación de dramas, tragedia y comedias en el teatro, manteniéndose esto hasta nuestros días en obras teatrales, circos y en otras expresiones culturales.

Sin embargo, sin importar en qué, cuándo y dónde se usen, las máscaras casi siempre han cumplido un objetivo: representar o aparentar algo que no se es.

En efecto, uno de los probables orígenes de esta palabra, proviene del árabe “sáhara”, viniendo a denotar que la máscara no es sino una impostura, una ficción, un ardid para burlar la realidad.

Con nuestra Tesis buscamos desenmascarar algunas situaciones, cubiertas a veces por el propio Ordenamiento, que nos permitirán adentrarnos en la realidad y así dar un tratamiento real (y no imaginario) a situaciones que se esconden detrás de máscaras con el fin de evadir las consecuencias jurídicas que se les deberían aplicar.

En primer lugar debemos comenzar diciendo que el arbitraje en el Perú ha alcanzado gran importancia en los últimos años, debido, entre otros factores, a la entrada en vigencia en el año 1996 de la Ley General de Arbitraje, Ley N° 26572 (en adelante, la LGA), la cual se basó en su gran mayoría en la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional de la Comisión de las Naciones Unidas para el desarrollo del Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL). A partir de ahí, en el Perú se entendió al arbitraje como una figura de suma importancia en el comercio, debido a su flexibilidad en comparación con el sistema judicial, el cual genera altos costos para la

** Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Abogado Asociado en Bullard, Falla & Ezcurra Abogados. Profesor del Curso Fundamentos de la Contratación Contemporánea 2 en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Profesor Adjunto del Curso Arbitraje Comercial Nacional e Internacional en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro del Área Legal de Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción S.A.C.

¹ Ganadores del Primer lugar de la Categoría Licenciatura del Primer Concurso Iberoamericano de Tesis en Arbitraje

solución de conflictos². Como consecuencia de ello, actualmente en el Perú no solamente se recurre con mayor frecuencia a la vía arbitral debido a un *boom* de la institución, sino que se ha iniciado un interés académico y profesional por esta institución.

Como señala Roger Rubio, “(...) *la actividad arbitral en estos diez años ha sido intensa, hemos experimentado una evolución significativa de una práctica cerrada y rudimentaria del arbitraje a una práctica de mercado con una amplia variedad de oferta de servicios de instituciones y árbitros y una demanda creciente de arbitrajes en diversos sectores*”³.

Elo es corroborado por la exposición de motivos del Decreto Legislativo que norma el arbitraje, D. Leg. N° 1071 (en adelante, el DLA o la Ley de Arbitraje de manera indistinta), que al respecto señala lo siguiente:

“La Ley N° 26572, Ley General de Arbitraje de 1996 (ley arbitral de 1996), en este sentido, inauguró una regulación moderna del arbitraje que ha sentado las bases del desarrollo que hoy tenemos y que se manifiesta en una demanda creciente de arbitrajes, una consolidación de las instituciones arbitrales y la formación de un mercado arbitral importante. Ciertamente también que al lado de la ley han contribuido a este desarrollo, la apertura económica, la posición favorable del Estado para someterse a arbitraje, la aparición y/o consolidación de instituciones arbitrales, la proliferación de normas arbitrales en diversos ámbitos y la creciente conciencia de los operadores de que el arbitraje opera con reglas propias y diferentes a las reglas del proceso civil.

Como resultado de ello, en términos generales, tenemos una solución de conflictos más rápida, mayor especialidad de quienes resuelven la controversia, mayor control de las partes sobre la independencia e imparcialidad de quienes resuelven, mayor control de las partes sobre las reglas del proceso y mayor predictibilidad en las decisiones. La cultura arbitral contribuye así, no sólo a resolver conflictos, sino a hacerlo en un entorno eficiente con una mayor autonomía privada y descargando al sistema judicial del conocimiento de determinadas materias.

Esto ha permitido reducir el costo y sobretodo el tiempo para la solución de las controversias y ha contribuido a reducir significativamente los costos de transacción en la economía. Se ha fomentado así el comercio y la inversión, al generar mayor seguridad a los inversionistas y agentes económicos y se ha abierto una válvula de escape del sistema judicial para los litigios comerciales. Asimismo nos hemos convertido en uno de los casos ejemplares en América Latina en esta materia, siendo el país que ha consolidado con más fuerza y claridad la institución del arbitraje en la región”⁴.

² Costos representados por todos los costos que implica iniciar y seguir un proceso ante el Poder Judicial, como el excesivo tiempo que puede durar un proceso, el costo de la imprevisibilidad de las decisiones judiciales, la reducida – o escasa – preparación de los jueces, los costos administrativos, costos de abogados, el costo de la corrupción, etc. La realidad nos ha mostrado que todos estos costos son bastante más reducidos en los procesos arbitrales y por ello el aumento de la utilización de este tipo de mecanismo de resolución de conflictos.

³ RUBIO GUERRERO, Roger. Ruido en la calle principal: Las reglas de juego en el Arbitraje y sus peligrosas distorsiones. En: THEMIS Revista de Derecho N° 53, 2007. Lima: Revista editada por alumnos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, p. 8.

⁴ Exposición de motivos del Decreto Legislativo que norma el Arbitraje.

Sin embargo, a pesar de la modernidad de la LGA, todavía era necesario alinear la ley y por ende la institución arbitral en nuestro país a los estándares comerciales frecuentemente aceptados y a la experiencia internacional más reciente, haciendo que el marco normativo arbitral sea más atractivo y confiable para los inversionistas, de tal manera que el Perú se consolide como un verdadero foco de inversiones.

Ello, pues aún existían algunos vacíos o defectos que necesitaban ser mejorados. Más aún si pese al *boom* arbitral que generó la LGA, tomamos en consideración que el Perú aún distaba de ser uno de cultura arbitral sólida, debido a que si bien la institución arbitral se encontraba en crecimiento, aún faltaban mejorar algunos elementos que revistieran de mayor seguridad a la institución. Frente a estos problemas y ante la necesidad de una regulación que optimizara la institución y extienda aún más el mercado arbitral, la LGA fue derogada a través del DLA, realizando modificaciones que apuntaron a completar dichos vacíos y defectos, fortaleciendo el sistema arbitral peruano y tratando de hacerlo más eficiente, con una serie de normas que se adecuaron aún más a la tradición internacional⁵.

No obstante ello, aún existen casos en que la aplicación del convenio arbitral a un caso particular puede mermar los beneficios del arbitraje. Un ejemplo de ello es que actualmente las personas jurídicas vienen teniendo un comportamiento “antinatural” pretendiendo eludir la inevitabilidad del arbitraje. Como es sabido, las características más importantes de las personas jurídicas son su personalidad autónoma así como su responsabilidad limitada, en virtud de las cuales la persona jurídica es distinta de sus integrantes y, como regla general, responde sólo con su patrimonio, sin que dicha responsabilidad se extienda a sus integrantes.

Si bien la limitación de responsabilidad ofrece un mayor desarrollo del mercado, al reducir los costos de transacción de las distintas sociedades con terceros; la doctrina y jurisprudencia cada vez con mayor frecuencia han fragmentado estas características otrora inquebrantables, al permitir el levantamiento del velo que cubre a las personas jurídicas para responsabilizar directamente a sus miembros.

⁵ En esa línea, algunas de las mejoras planteadas por el DLA, son las siguientes:

- (i) Se cambió de una ley dualista a una monista, dotando de las mismas reglas – salvo excepciones expresas – tanto al arbitraje nacional como al internacional, desapareciendo así muchas de las particularidades que antes se daban al arbitraje nacional, debido a que la antigua LGA aún tenía ciertos rasgos que lo asemejaban al proceso judicial ordinario.
- (ii) Protección expresa del arbitraje frente a cualquier tipo de interferencia judicial, directa o indirecta, que pretenda impedir el inicio o la continuación de los procesos arbitrales.
- (iii) Se estableció la presunción legal de que los gerentes y administradores de las personas jurídicas sí cuentan con facultades para la suscripción de convenios arbitrales así como para la representación de las mismas al interior de procesos de este tipo, poniendo fin así a la discusión doctrinaria que sobre este tema se había planteado anteriormente en el Perú, dado que ello no estaba regulado en la LGA.
- (iv) La desformalización del requisito de escritura del convenio arbitral.
- (v) La incorporación de partes no signatarias a los procesos arbitrales, siendo uno de sus múltiples supuestos de aplicación, el tema principal de nuestra tesis.
- (vi) Se ha incorporado la posibilidad de que, salvo acuerdo en contrario de las partes, los árbitros puedan decidir la controversia ya sea en un solo laudo o en tantos laudos parciales como consideren necesario, reduciendo así los costos de los arbitrajes, por ejemplo realizando la cuantificación de los daños a través de un laudo, únicamente después de la emisión de un laudo previo que determine la responsabilidad o no de una de las partes.
- (vii) En relación a las solicitudes que se pueden presentar respecto al Laudo, además de las de rectificación, interpretación (antes llamada aclaración) e integración – figuras antes contempladas en la LGA – el DLA ha incorporado como nuevo supuesto, que no tiene antecedentes legislativos, la figura de la “exclusión”, la misma que se puede plantear en tanto el Laudo presente extremos que no hayan sido sometidos a la competencia del Tribunal Arbitral.
- (viii) Respecto a los recursos contra el Laudo, el actual DLA ha eliminado la posibilidad de la doble instancia al interior de los procesos arbitrales, al señalar que “*todo laudo es definitivo, inapelable y de obligatorio cumplimiento*”. En esa línea, como único recurso contra el Laudo se ha mantenido el de anulación, procedente únicamente por determinadas causales taxativas, prohibiéndose expresamente que por esta vía se discuta el fondo de la controversia, el contenido de la decisión o la calificación de los criterios, motivaciones o interpretaciones de los árbitros.
- (ix) Finalmente, el actual DLA ha previsto la posibilidad de que los Tribunales Arbitrales ejecuten directamente sus laudos y decisiones, siempre y cuando exista acuerdo de las partes para ello o se encuentre previsto en el reglamento arbitral aplicable.

Asimismo, debemos tomar en consideración que el actual escenario comercial internacional permite que una empresa esté conformada a su vez por un sinnúmero de relaciones internas con otras empresas “hermanas”. La globalización ha permitido que grandes compañías intervengan cada vez más en el comercio, no necesariamente de manera directa, sino utilizando una de las tantas sociedades vinculadas con las que cuenta, firmando a su vez alguna de estas últimas un convenio arbitral para la solución de sus conflictos.

Según lo descrito en nuestra Tesis, la problemática se manifiesta cuando una empresa que suscribe un convenio arbitral es controlada por su matriz u otra empresa de su grupo económico. Es decir, la voluntad de la contratante no se forma en su seno, sino que en realidad es la voluntad de la empresa matriz que opera a través de un títere (la empresa controlada). De esta manera, utiliza la máscara de la empresa matriz expresando la voluntad de ésta y no su propia voluntad, comportándose ambas para efectos del convenio arbitral como una única parte.

Frente a ello, cabe preguntarse si la empresa perjudicada puede reclamar y/o accionar, ya no únicamente contra la empresa enmascarada con la que contrató directamente, sino también contra una o todas las demás sociedades que forman parte del mismo grupo económico. En esa medida, surge la pregunta de si la perjudicada puede demandar directamente y como parte de un mismo proceso arbitral a una o más empresas relacionadas a la enmascarada, aún cuando sólo haya suscrito un convenio arbitral con esta última.

Como respuesta a ello, la doctrina ha venido ensayando algunas ideas a fin de remediar esta problemática, entre ellas, extender el convenio arbitral en estos supuestos.

Si bien esta teoría podría plantear dificultades, actualmente no existe duda de su aplicación – excepcional – cuando la individualidad jurídica y la responsabilidad limitada de la persona jurídica, son utilizadas con el fin de cometer un fraude al tratar de excluirse de los alcances del convenio arbitral.

Como es sabido, independientemente de la naturaleza del arbitraje, el inicio de éste, generalmente, tiene como sustento la suscripción de un convenio arbitral, en virtud del cual las partes se someten voluntariamente a la competencia de un Tribunal Arbitral. En ese marco, cuando una empresa intente accionar en un proceso arbitral contra otra y/o contra las demás del grupo económico del que ésta forma parte, éstas argumentarán que al no haber suscrito ningún convenio arbitral, no pueden formar parte del proceso.

La consecuencia práctica del reconocimiento de dicho argumento sería que la empresa perjudicada tendría que accionar doblemente, en sede arbitral contra la empresa con la que suscribió el contrato, y judicialmente contra el resto de empresas vinculadas, a fin de intentar obtener una tutela efectiva de sus derechos.

Ello ocasionaría distintos problemas, pero a nuestro criterio principalmente dos. En primer lugar, implica una excesiva elevación de costos, al imponer a la perjudicada la necesidad de accionar en el Poder Judicial, cuando precisamente se busca evitar acudir a éste (inevitabilidad del arbitraje). Y en segundo lugar, la posibilidad de obtener dos resultados distintos y/o contradictorios. Ello sin perjuicio del tiempo que conllevaría obtener la sentencia.

Finalmente, el problema se torna aún más complejo cuando se trata de empresas que niegan formar parte del mismo grupo y en consecuencia se niegan también a formar parte del proceso arbitral, generando así un tercer gran inconveniente sobre este asunto, la prueba de la vinculación entre esas empresas. Frente a esta mayor complejidad, traducida en una dificultad mayúscula de probar de manera directa la vinculación entre sociedades, en nuestra Tesis nos hemos servido de la prueba indiciaria; la cual consiste en lograr por medio de una serie de datos comprobados y uniformes, y una inferencia lógica, la acreditación del hecho que se pretende demostrar.

Ante este escenario, consideramos que dada la modernización de la normativa en materia arbitral en nuestro país, sí es posible afirmar que el convenio puede extenderse a empresas integrantes del mismo grupo económico, pese

a no haberlo suscrito; hipótesis que ha sido confirmada ampliamente por la jurisprudencia internacional como hemos explicado en nuestra Tesis.

Ahora bien, a fin de efectuar un análisis crítico y proponer soluciones al tema planteado, nos hemos servido, entre otras fuentes, de la jurisprudencia del *common law* así como de la europea, a partir de las cuales hemos extraído los lineamientos y presupuestos básicos, referidos a la aplicación de nuestra hipótesis.

En esa línea, hemos enfocado el problema planteado desde una perspectiva guiada por distintas figuras jurídicas establecidas en nuestro Ordenamiento, tales como la Doctrina del Levantamiento del Velo Societario, la aplicación del principio de la Buena Fe, la aplicación de la Prueba Indiciaria, entre otras.

Cabe señalar que nuestra propuesta se basa principalmente en construir, con estructuras legales propias de nuestro Ordenamiento local, una nueva perspectiva de la aplicación del convenio arbitral a partir de experiencias particulares. Es decir, sobre la base de casos específicos, hemos arribado a conclusiones generales con relación a la aplicación del convenio arbitral, en cuanto a su extensión subjetiva.

Es pues éste el desafío que hemos planteado y buscamos resolver en nuestra Tesis, la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo dentro de un grupo de sociedades, al interior de un proceso arbitral, extendiendo los efectos del convenio arbitral a empresas del grupo que, sin embargo, no suscribieron el mismo.

Al respecto es necesario precisar que, si bien existen distintos supuestos en los cuales podría pretenderse la extensión del convenio arbitral a no signatarios, en nuestra Tesis sólo nos hemos centrado en analizar la extensión del convenio arbitral al caso comentado, esto es respecto a los grupos de sociedades y a la forma como los integrantes de dichos grupos pueden quedar afectados por el convenio arbitral y por tanto por los efectos del laudo, a pesar de no haber suscrito aquel.

Para tal efecto, en la Tesis empezamos por desarrollar y explicar la importancia de la institución del arbitraje en nuestro país, refiriéndonos brevemente a las distintas teorías respecto a su naturaleza jurídica, así como a la aplicación de los principios del derecho contractual respecto al convenio arbitral. Posteriormente explicamos algunos de los principios que rigen el arbitraje, como el *kompetence-kompetence*, la libertad de sometimiento de las partes, la separabilidad del convenio arbitral, buena fe, imparcialidad, equidad y legalidad; para explicar después lo que hemos denominado como desformalización del convenio arbitral y así construir las nociones que cimientan nuestro trabajo, la aplicación del convenio arbitral a partes no signatarias del mismo.

Para ello, en nuestra Tesis hemos analizado sucintamente la legislación arbitral local vigente, enfocándonos específicamente en las disposiciones contenidas en el Artículo 14 del DLA⁶, que busca extender los efectos del convenio arbitral a (i) quienes cuyo consentimiento de someterse a arbitraje, según la buena fe, se determina por su participación activa y de manera determinante en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato que contiene el convenio arbitral o al que éste se encuentre relacionado; y (ii) a quienes pretendan derivar derechos o beneficios de dicho contrato.

Posteriormente hemos desarrollado también la doctrina del Levantamiento del Velo Societario y su aplicación residual, explicando su relación con la extensión del convenio arbitral a partes no signatarias que forman parte del mismo grupo económico de quien sí suscribió el convenio. Como dijéramos en líneas precedentes, si bien es cierto que cada una de las personas jurídicas que forma parte de un grupo societario tiene individualidad jurídica,

⁶ "Artículo 14.- Extensión del convenio arbitral.

El convenio arbitral se extiende a aquellos cuyo consentimiento de someterse a arbitraje, según la buena fe, se determina por su participación activa y de manera determinante en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato que comprende el convenio arbitral o al que el convenio esté relacionado. Se extiende también a quienes pretendan derivar derechos o beneficios del contrato, según sus términos".

también lo es que ante determinados casos excepcionales debe permitirse relativizar dicha individualidad, imputando responsabilidad a los miembros del grupo, a fin que respondan por aquellos actos realizados utilizando dicho escudo, en detrimento de terceros.

En esa medida, nuestra investigación ha recogido la perspectiva del grupo de sociedades, abarcando los temas relacionados a las razones por las cuales las sociedades se aglomeran en grupos económicos, el fundamento económico de su existencia, así como la problemática que los conglomerados de empresas conllevan en la aplicación de nuestra hipótesis. Para ello, hemos revisado los eventuales beneficios comerciales que conllevan la composición de un grupo económico, así como el uso abusivo de estos grupos en relación con el tema de nuestra tesis.

Para los fines de nuestra Tesis hemos realizado un breve acercamiento a aquellos supuestos regulares en los cuales se admite la participación en el proceso arbitral de personas que no han suscrito el convenio, para luego analizar la problemática planteada.

Adicionalmente también nos hemos enfocado en determinar cómo y por qué en este tipo de casos nos encontramos ante supuestos en que, por distintas circunstancias, se debe entender que la parte no signataria del mismo grupo económico – esto es la empresa que opera tras la empresa títere – sí ha manifestado su aceptación al convenio arbitral y por tanto sí ha sido parte del mismo y no puede ser considerada como un tercero, no pudiendo oponerse a su aplicación.

Para ello hemos explicado cómo debe ser interpretado el convenio arbitral, tanto en su alcance objetivo pero principalmente en su alcance subjetivo, esto es determinando a quiénes les resulta extensible el referido convenio. Dicha interpretación ha sido realizada sobre la base de la aplicación del principio de buena fe, explicando cómo este principio opera como una fuente de obligaciones, que permite determinar que las partes signatarias del convenio se comprometieron a no realizar conductas que fueran en contra de su acuerdo para arbitrar, esto es a actuar precisamente bajo los parámetros de la buena fe como por ejemplo no formar o utilizar distintas empresas de fachada que le permitan contrariar dicho acuerdo.

En esa línea hemos establecido lineamientos básicos de la aplicación práctica de las ideas indicadas en los párrafos anteriores. Es decir, cómo las partes y los árbitros en la práctica aplicarán la extensión del convenio arbitral a partes no signatarias del mismo, que son empresas vinculadas de la signataria.

Consideramos que para efectos de lograr la incorporación de las partes no signatarias al arbitraje, el tribunal arbitral debe tener claro que su inclusión al proceso es en calidad de partes del proceso y no de terceros. Asimismo, hemos desarrollado brevemente la diferencia que se debe hacer entre partes del convenio – signatarias y no signatarias – y partes del proceso, a fin de entender cómo realizar la aplicación de la teoría en un caso concreto.

Adicionalmente a ello, se debe entender que la pretensión de la parte demandante es contra una única parte (la cual se compone por quien suscribió el convenio y por quien hemos denominado como la empresa títere, la no signataria). Sin embargo, dado que posiblemente la parte no signataria alegue no ser parte del proceso ni del convenio arbitral, ambas pueden ejercer su derecho de defensa, de manera separada, frente a la demanda.

Consideramos pues que el tribunal arbitral debe poner en conocimiento de la empresa signataria y de la no signataria la demanda y otorgar exactamente el mismo tratamiento a ambas a lo largo de todo el proceso, independientemente del resultado final del mismo, en el que el Tribunal puede determinar o no que en efecto ambas empresas se comportaron, frente al demandante, como una única y misma parte.

En conclusión, mediante nuestro trabajo hemos tratado de desarrollar los lineamientos básicos para la aplicación del artículo 14° del DLA en el caso de los grupos de sociedades, describiendo sus elementos y principales requisitos, a fin de ir no sólo contra la parte signataria del convenio arbitral, la máscara, sino principalmente a quien o quienes están detrás de esta última.



El Convenio Arbitral *Diana Marcos*⁷

Dra. Diana Marcos: “El convenio arbitral y el control de su validez son esenciales en todo arbitraje para solucionar conflictos entre consumidores o usuarios y empresas o profesionales”

La profesora de Derecho Procesal de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de la UCV, ganadora del I Concurso Latinoamericano de Tesis en Arbitraje, celebrado en México.

La Dra. Diana Marcos Francisco, Profesora de Derecho Procesal del Grado en Derecho de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de la Universidad Católica de Valencia “San Vicente Mártir”, ha obtenido el primer premio en el I Concurso Latinoamericano de Tesis en Arbitraje “Dr. Julio C. Treviño Azcué”, celebrado en México.

Esta profesora defendió en 2009 esta tesis premiada titulada “Arbitraje de consumo; especial referencia a la configuración, requisitos y control del convenio arbitral”, dirigida por Silvia Barona, Catedrática de Derecho Procesal de la Universitat de València y actual Vicerrectora de Comunicación de esa misma institución.

La Dra. Marcos, parte en su tesis de la importancia de distinguir entre el arbitraje de consumo y el arbitraje común con consumidores. El primero es un medio extrajudicial de resolución de conflictos de consumo esencialmente voluntario, regido por su normativa específica (el Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero), que presenta enormes garantías y ventajas, tales como la rapidez, gratuidad y la flexibilidad, frente a la lentitud, los costes y rigidez propios de los procesos judiciales. El segundo, sin embargo, aunque también presenta enormes ventajas frente a los procesos judiciales y que, como la mediación, se encuentra en pleno auge, no parece ser el arbitraje más apropiado para resolver conflictos de consumo. En cualquier caso, no hay que pasar por alto que el arbitraje de consumo, como todo arbitraje, se decide por una resolución dictada por un órgano arbitral denominada laudo que, como toda sentencia, es título ejecutivo y goza de efectos de cosa juzgada; sin duda un aspecto más que claramente contribuye a su eficacia.

⁷ Ganadora del Primer Lugar de la Categoría Posgrado del Primer Concurso Iberoamericano de Tesis en Arbitraje

Como en todo arbitraje, el convenio arbitral, es pieza esencial. En este sentido, el convenio arbitral de sometimiento a arbitraje de consumo –según esta profesora- “es el contrato mediante el que consumidores o usuarios y empresarios o profesionales deciden someter a arbitraje de consumo la resolución de las controversias que puedan surgir o hayan surgido con ocasión de relaciones jurídicas de consumo”. Sin embargo, el convenio arbitral pactado entre consumidores y empresarios para resolver eventuales o futuros conflictos derivados de sus relaciones de consumo a través de un arbitraje común, constituye una cláusula abusiva que es nula de pleno derecho.

En su tesis, la Dra. Marcos ha realizado un profundo análisis sobre el origen del arbitraje de consumo, de las fuentes normativas y su marco jurídico. Asimismo, tras tratar también las características y los ámbitos objetivo y subjetivo del arbitraje de consumo, estudia pormenorizadamente la configuración del convenio arbitral de consumo, indicando sus aspectos esenciales y estudiando aquellos otros aspectos o extremos que, sin serlo, pueden ser acordados por las partes con respecto al procedimiento arbitral de consumo de conformidad con la nueva normativa del precitado RD 231/2008. Seguidamente, dedica la autora su último capítulo a la eficacia del convenio arbitral de consumo y su control prearbitral (por la junta arbitral de consumo), arbitral (por el órgano arbitral) y jurisdiccional (por los órganos judiciales).

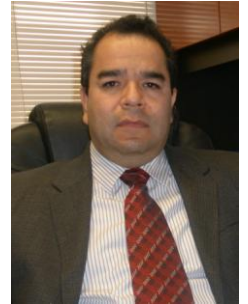
Entre las conclusiones de su tesis, la Dra. Marcos destaca que dentro de los “aspectos objetivos contenidos en el convenio de sometimiento a arbitraje de consumo, resulta crucial que verse sobre controversias que sean susceptibles de este concreto arbitraje”. Así, ha señalado que “no será válido el convenio que pacte resolver mediante arbitraje de consumo cierta controversia que no derive de una relación jurídica que pueda ser calificada de consumo ni cualquier otro que verse sobre controversias expresamente excluidas del ámbito de aplicación del sistema arbitral de consumo, como aquellas en que concurra intoxicación, lesión, muerte o existan indicios racionales de delito, incluyendo la responsabilidad civil directamente derivada de ellos”.

Al respecto, en estos casos, “el convenio sería inválido por versar sobre un objeto imposible y contravenir la ley; solución a la que igualmente se llegaría en aquellos casos excepcionales en que, habiendo emitido el empresario una oferta pública limitada, se hayan resuelto controversias que exceden de su ámbito de aplicación”. La oferta pública de adhesión al sistema arbitral de consumo se trata de una especie de “declaración de voluntad unilateral emitida por un empresario dirigida a sus potenciales consumidores en virtud de la cual les propone solventar los posibles conflictos de consumo entre ellos a través de arbitraje de consumo, correspondiendo a aquéllos decidir ejercitar esta facultad o no”, ha afirmado Diana Marcos.

Así, pues, la oferta pública constituye una “pieza clave” en la formalización de este convenio. La tesis detalla también que la vía “más frecuente” para la formalización de un convenio de sometimiento a arbitraje de consumo, de las varias que existen, es la que perfecciona el convenio cuando el empresario o profesional ha emitido dicha oferta pública y el consumidor presenta una solicitud de arbitraje que coincide con el ámbito de la misma.

Entre las conclusiones de su tesis destacan las relativas al alcance y forma del control que los órganos jurisdiccionales pueden realizar de la validez del convenio arbitral de consumo en distintas fases o momentos (al interponerse declinatoria, al presentarse demanda de acción de anulación del laudo y al solicitar la ejecución forzosa de éste); lo que difiere según el convenio arbitral sea de sometimiento a arbitraje de consumo o a un arbitraje común entre empresarios o profesionales y consumidores o usuarios. En éste último caso, ante lagunas legales y un inseguro y contradictorio panorama jurisprudencial, la Dra. Marcos aduce toda una serie de argumentos para defender que inclusive el órgano judicial ejecutor debe denegar de oficio el despacho de la ejecución de un laudo que condene a un consumidor a pesar de no haberse interpuesto acción de anulación del laudo partiendo del carácter abusivo (y, por tanto, nulo) de la cláusula arbitral. Dicha postura fue precisamente la acogida en las conclusiones presentadas por la Abogada General (Sra. Verica Trstenjak) ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el asunto C-40/2008, que finalmente fue resuelto en su Sentencia de 6 de octubre de 2009.

En este I Concurso Latinoamericano de Tesis en Arbitraje “Dr. Julio C. Treviño Azcué” han colaborado la Internacional Chamber of Commerce de México, el Centro de Arbitraje de México, el Centro de Medición y Arbitraje CANACO, el Centro de Arbitraje Amcham-Perú y el Internacional Centre for Dispute Resolution.



Conciliación en Derecho Mexicano

Miguel Ángel Gutiérrez Torres

1.- Introducción

La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI o UNCITRAL - por sus siglas en Inglés -) en su 32° periodo de sesiones que tuvo lugar en 1999, consideró apropiado preparar una Ley Modelo sobre Conciliación Comercial Internacional (*Model Law in International Commercial Conciliation*), recogiendo la experiencia que se había adquirido de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985, del Reglamento de Arbitraje y del Reglamento de Conciliación de 1980, documentos todos de la propia CNUDMI⁸.

El propósito de dicha Ley Modelo de Conciliación, conforme lo expresó la Asamblea General de la CNUDMI, en su quincuagésimo séptimo periodo de sesiones de fecha 19 de noviembre de 2002, fue que al considerar el valor que tiene para el comercio internacional los métodos de solución de controversias comerciales, en los que las partes en litigio solicitan a un tercero o terceros que les ayuden en su intento de resolver la controversia de manera amistosa, y observando que los métodos de solución de controversias tales como conciliación y mediación se usan cada vez más en la práctica mercantil nacional como internacional en sustitución de los litigios judiciales y/o arbitrales, se consideró que una Ley Modelo ayudaría en manera significativa a los Estados a mejorar su legislación relativa al uso de técnicas modernas de conciliación o mediación y a formular tal legislación cuando no exista⁹.

En este tenor, dicha Asamblea recomendó a todos los Estados consideraran debidamente la posibilidad de incorporar a su derecho interno la Ley Modelo, en atención a la conveniencia de uniformar el derecho relativo a los procedimientos de solución de controversias y las necesidades concretas de la práctica comercial internacional en materia de conciliación.

⁸ Antecedente tomado del Capítulo 11, punto IV, Libro "Arbitraje" autor Francisco González de Cossio, editorial Porrúa, Primera Edición, 2004.

⁹ Resolución aprobada por la Asamblea General, sobre la base del informe de la Sexta Comisión (A/57/562 y Corr. 1)

En vista de lo anterior, el presente documento abordará la conveniencia o no de incluir esta Ley Modelo sobre Conciliación Comercial Internacional al derecho mexicano vigente; asimismo, dedicará un capítulo sobre la figura de la Conciliación que existe actualmente en materia de Obra Pública, que contempla la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, exponiendo la experiencia personal que se ha tenido sobre este tópico.

2.- Métodos alternativos de solución de Controversias

A lo largo de la historia del ser humano, según lo registran los libros, siempre han existido conflictos entre los seres humanos, ya sean provocados por las diversas formas de actuar o de pensar del hombre, o por la defensa de sus intereses ya sean individuales o colectivos, en temas políticos, económicos, sociales, religiosos, etc.; conflictos, que no siempre fueron solucionados adecuadamente, generando inclusive situaciones extremas, desde el homicidio del adversario hasta la más cruenta guerra entre los pueblos.

Los conflictos se puede decir que son inevitables, ya que el ser humano tiende a disentir con el otro, tal vez por naturaleza propia y por tratarse de un ser netamente social. Sin embargo, hay que decirlo, la humanidad ha buscado diversas formas y/o métodos para solucionar dichos conflictos de forma pacífica, buscando en la medida de lo posible la justicia. Entre estas formas o métodos se pueden mencionar, entre otros, la misma política, la instauración de gobiernos e instituciones, la formulación de leyes, códigos o mandamientos, que de una u otra forma tratan de evitar que el ser humano por propia mano busque la justicia. Complementariamente, para ejercer esos medios de control, creó el mecanismo o institución que se encargaría de impartir dicha justicia, los Tribunales.

Reiterando que el objetivo es buscar que las personas no ejerzan justicia a propia mano (Auto tutela); de tal forma, estos Tribunales jurisdiccionales serían los encargados de impartir la justicia que demandan, misma que deberá ser pronta y eficaz. Situación que a lo largo del tiempo han resuelto, con gran diligencia, esta necesidad del ser humano en la búsqueda de la justicia.

En el último siglo derivado posiblemente del crecimiento de la población y lo complejo que se han vuelto las relaciones entre los individuos en diversas índoles que, por ende, el número de casos llevados a los Tribunales se han incrementado considerablemente, llegando a rebasar la capacidad de los aparatos judiciales de los Estados, ocasionando la pérdida de eficacia y eficiencia de dichos Tribunales, de tal suerte, que los particulares han buscado con mayor frecuencia la intervención de otros medios – alternativos a la jurisdicción estatal – que colme sus necesidades y solucione sus contiendas, sin tener que romper con las relaciones comerciales y jurídicas establecidas con otros.

Conforme a lo anterior, y como lo menciona Francisco González de Cossío¹⁰, *“los mecanismos alternativos de solución de controversias “MASC”, son herramientas que con creciente frecuencia son utilizados para solucionar diferencias de una manera amistosa y sin la necesidad de tener que recurrir a medios adversariales, como son arbitraje y el litigio”,* de tal forma, que la misma Organización de las Naciones Unidas (ONU)¹¹, en el ámbito del comercio internacional¹², ha propiciado la creación de la Ley Modelo sobre Conciliación Internacional a través de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI o UNCITRAL -por sus siglas en ingles-), y la Cámara de Comercio

¹⁰ González de Cossío, Francisco, *Arbitraje*, 1ra. Edición, México, Porrúa, 2004. Pag. 25

¹¹ *“La Declaración de Manila sobre el Arreglo Pacífico de Controversias Internacionales reconoció a las negociaciones directas como un medio flexible y eficaz que las partes deberán tomar en cuenta al escoger un método para llegar a un arreglo efectivo y pronto de su conflicto”.* Párrafo tomado del Artículo *“Desaprender para aplicar la Ley Modelo de Conciliación Comercial Internacional”*, del Lic. Luis Miguel Díaz, pág. 3 de 20, en relación a la Asamblea General de la ONU celebrada en Manila que precisamente desarrolló con mayor detalle y amplitud el Artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas, resolución 37/10 de fecha 15 de diciembre de 1982.

¹² Cabe hacer el paréntesis, es en este ámbito donde precisamente se han creado los grandes conflictos entre los Estados que en muchos casos han derivado en las importantes guerras de la historia.

Internacional (CCI) emitió su Reglamento ADR¹³ y la Guía del ADR. Estos documentos de índole internacional, buscan normar y establecer los criterios básicos para la debida utilización por parte de los Estados y/o particulares, de los diversos métodos alternativos de solución de controversias.

Entre los métodos alternativos de solución de controversias encontramos los siguientes, según González de Cossío:

1. La negociación;
2. Participación de un tercero-neutral para asistir a que las partes lleguen a un solución de su controversia sin que la decisión u opinión sea ejecutable;
3. Procedimientos que concluyen con una decisión que es provisionalmente vinculante (“*Dispute Adjudications Boards*”)

Y dentro del inciso 2, especifica los siguientes procedimientos: **(i) la conciliación;** **(ii) la mediación;** (iii) la evaluación neutral; (iv) la evaluación neutral de un Experto; (v) el Mini-Trial; y (vi) los Páneles de Revisión de Controversias (“*Dispute Review Boards*”).

En cambio, la Guía de los ADR publicada por la CCI, establece los siguientes métodos alternativos de solución de controversias:

- **La mediación**
- La evaluación de un Tercero
- El mini-trial
- Cualquier otra técnica de solución; o
- Una combinación de técnicas de solución

Por lo tanto, la Conciliación y/o Mediación¹⁴ es considerado uno de los métodos alternativos de solución de controversias con mayores bondades¹⁵ donde, en términos generales, un tercero neutral asiste a las partes para resolver su disputa¹⁶.

En este sentido, la CNUDMI consideró apropiado preparar una Ley Modelo sobre Conciliación Comercial Internacional (*Model Law in International Commercial Conciliation*), recogiendo la experiencia que se había adquirido de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985, del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI y del Reglamento de Conciliación de 1980.

¹³ ADR: “*Amicable Dispute Resolution*” (Amistosa Resolución de disputas)

¹⁴ Es importante mencionar que existe una falta de consenso acerca de la naturaleza exacta y diferencia entre los conceptos Conciliación y Mediación. Algunos abogados se inclinan a señalar que en realidad son términos que se refieren a lo mismo y que lo único que los diferencia es su origen semántico: Conciliación, origen latino y Mediación de origen anglosajón; mientras otros, desarrollan definiciones y alcances diferenciados para cada uno de dichos términos: Conciliación, el tercero propone una solución no vinculatoria; en cambio en la Mediación, el tercero buscará generar las circunstancias para que las partes lleguen a un resultado que convenga a ambas.

¹⁵ Robert M. Nelson lista los siguientes beneficios de la mediación/conciliación: 1. Buena relación costo/beneficio; 2. rapidez del proceso; 3. confidencialidad; 4. evita la pena o vergüenza pública; 5. durabilidad y sustentabilidad del acuerdo; 6. continuidad de relación entre las partes; 7. mayor control de la solución; 8. aceptación de creatividad; 9. de uso amigable; y 10. estimula la posibilidad de mejorar la conducta futura de las partes. El mismo autor señala las críticas, entre las que destacan: 1. mayor riesgo de llegar a una solución injusta (indicando la dificultad de llegar a esta conclusión en razón de la confidencialidad del proceso); 2. imposibilidad de verificar los beneficios reales; y 3. la falta de control de la profesión de mediador. (Nelson Robert M., Nelson on ADR, Thomson Carswell, Ottawa, Canada, 2003, pp. 58-60)

¹⁶ Para aprovechar al máximo las oportunidades que brinda la Ley Modelo es necesario pensar frente a los conflictos como abogados o ingenieros negociadores y no como abogados o ingenieros guerreros o combatientes.

El propósito de dicha Ley Modelo de Conciliación, fue que al considerar el valor que tiene para el comercio internacional los métodos de solución de controversias comerciales, en los que las partes en litigio solicitan a un tercero o terceros que les ayuden en su intento de resolver la controversia de manera amistosa, y observando que los métodos de solución de controversias tales como conciliación y mediación se usan cada vez más en la práctica mercantil nacional como internacional en sustitución de los litigios judiciales y/o arbitrales, consideró que una Ley Modelo ayudaría en manera significativa a los Estados a mejorar su legislación relativa al uso de técnicas modernas de conciliación o mediación y a formular tal legislación cuando no exista¹⁷.

En seguida, abordo ciertos puntos de dicha Ley Modelo, que considero importantes para establecer su utilidad y por la cual, coincido en la necesidad de incorporarla al derecho mexicano a nivel federal, ya que según nos fue explicado por la Lic. Cecilia Azar¹⁸, a nivel estatal ya existen algunos mecanismos de conciliación y/o mediación, inclusive existen instituciones que contienen procedimiento de conciliación: Procuraduría Federal del Consumidor (Profeco), Cámara Nacional de Comercio (CANACO), etc.

3.- Contenido de la Ley Modelo sobre Conciliación Comercial Internacional de la CNUDMI

En su Artículo 1, en el inciso 1, se establece:

“La presente Ley se aplicará a la conciliación comercial internacional”

Sin embargo, en nota de pie de página, la Ley Modelo indica:

“Los Estados que deseen incorporar la presente Ley Modelo a su derecho interno para hacerla aplicable a los procedimientos de conciliación tanto nacionales como internacionales tal vez deseen enmendar el texto del modo siguiente:

- *Suprimase la palabra “internacional” en el párrafo 1 del Artículo 1; y*
- *Suprimanse los párrafos 4, 5 y 6 del Artículo 1.”*

De tal suerte, la Ley Modelo además de considerar la conciliación para asuntos de comercio internacional, contempla la posibilidad de hacerla extensiva a la conciliación local de cada Estado.

En su Artículo 1, en el inciso 3, se establece:

“3. A los efectos de la presente Ley, se entenderá por “conciliación” todo procedimiento, designado por términos como los de conciliación, mediación o algún otro de sentido equivalente, en el que las partes soliciten a un tercero o terceros (“el conciliador”), que les preste asistencia en su intento por llegar a un arreglo amistoso de una controversia que se derive de una relación contractual u otro tipo de relación jurídica o esté vinculada a ellas. El conciliador no estará facultado para imponer a las partes una solución de la controversia.”

Este Artículo es muy útil ya que unifica criterios y definiciones sobre lo que se debe de entender por Conciliación ya que engloba en el mismo concepto, el término Mediación, salvando con esto las discusiones que en este sentido se tiene en el medio sobre la diferenciación entre Conciliación y Mediación. Además, al darle una definición amplia y general, puede caber cualquier método alternativo de solución, en donde las partes soliciten la intervención de un tercero que preste asistencia, llámese como se llame dicho método, conforme la terminología de cualquier Estado.

¹⁷ Resolución aprobada por la Asamblea General, sobre la base del informe de la Sexta Comisión (A/57/562 y Corr. 1)

¹⁸ Ponencia de la Lic. Cecilia Azar durante el XIX Diplomado sobre Arbitraje Comercial Internacional que organiza la CCI México y la Escuela Libre de Derecho.

En su Artículo 3, referente a la “*Modificación mediante acuerdo*”, se establece:

“Sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 2 y en el párrafo 3 del Artículo 6, las partes podrán convenir en excluir o modificar cualquiera de las disposiciones de la presente Ley.”

En similares términos, la Ley Modelo de Conciliación al igual que la Ley Modelo de Arbitraje, honra ante todo la voluntad de las partes en la forma en que se llevará el procedimiento correspondiente, dotando de gran flexibilidad en pro de la solución a la controversia o discrepancia. Misma situación se advierte en el Artículo 5, donde las partes decidirán el número de conciliadores y/o podrán solicitar la asistencia de una Institución ya sea privada o pública para sugerir o designar conciliadores.

En el Artículo 4, referente al “*Inicio del procedimiento de conciliación*”, en nota al pie de página, se recomienda a los Estados incluir en su legislación el siguiente Artículo:

“Artículo X. Suspensión del plazo de prescripción:

1. Cuando se inicie el procedimiento de conciliación dejará de correr el plazo de prescripción del asunto objeto de la conciliación.

2. Cuando el procedimiento de conciliación concluya sin llegarse a un arreglo, el plazo de prescripción se reanudará a partir del momento en que concluyera sin arreglo el procedimiento de conciliación.”

Esta recomendación es de gran importancia, ya que a cualquier particular lo dota de la tranquilidad de que, en caso que no prospere la resolución de la controversia o disputa por medio de la conciliación, tendrá la oportunidad de llevarla a otro ámbito, en este caso judicial sin que exista el riesgo de la preclusión de su derecho constitucional. Lo anterior, garantiza la debida defensa de los intereses de los particulares, en ulteriores procedimientos judiciales.

Lo interesante de esta recomendación, es que es puesta en una nota de pie, ello debido a las diferentes opiniones encontradas en el seno de la Comisión, de tal forma que se decidió manejar esta disposición como optativa y que fueran los Estados que evaluaran la conveniencia de incluirla o no en su legislación¹⁹.

En mi opinión, este Artículo sería de gran utilidad, ya que incrementaría el atractivo de la conciliación al preservar los derechos de las partes sin que ello los invite a iniciar un procedimiento ante Tribunales y/o Arbitrajes.

En el Artículo 6. Sustanciación de la Conciliación, nuevamente se consagra la voluntad de las partes, ya que ellas determinarán la forma en la que sustanciarán la controversia y en dado caso de no haber acuerdo, el conciliador podrá sustanciar el procedimiento conciliatorio del modo que estime adecuado. El conciliador deberá procurar un tratamiento equitativo.

En los Artículos 7 y 8 de la Ley Modelo, se desarrolla el requisito impuesto al conciliador en el manejo de la información que reciba de las partes, esto es, mantener la confidencialidad de la misma, en la medida que las partes mismas lo soliciten. En este sentido se reconoce la discreción y buen juicio del conciliador para utilizar la información que le proporcionen las partes.

¹⁹ Ver punto 48 de la “*Guía para su incorporación al derecho interno y utilización*”, referente a la Ley Modelo de Conciliación Comercial Internacional. 2002, CNUDMI.

En el Artículo 10, se prevé y muy atinadamente, la restricción de que ninguna persona que haya participado en la conciliación podrá presentar pruebas o rendir testimonio en un procedimiento arbitral o judicial, sin importar la forma que revistan o presenten la información. Esta restricción, mejora la posibilidad de que las partes lleguen a un acuerdo en su controversia, y en caso contrario, las partes cuentan con la seguridad de que lo que revelaron durante la conciliación, no podrá ser utilizado en su contra por la otra parte, durante otro procedimiento de solución de controversias (Tribunales o Arbitraje). En extensión y complemento a este Artículo, está el Artículo 12 de la Ley Modelo que establece que salvo acuerdo contrario de las partes, el conciliador no podrá actuar como árbitro en una controversia que haya sido o es objeto del procedimiento conciliatorio.

En el Artículo 11, se establece los supuestos que originan la Terminación del procedimiento de Conciliación, todos ellos en congruencia con la libertad de las partes de decidir dicha terminación en el momento que deseen o en su defecto al darse la solución de dicha controversia: a) en caso de arreglo conciliatorio, b) si el conciliador presenta un documento con previa consulta a las partes en el que manifieste que no hay lugar a que siga intentándose la conciliación, c) si las partes convienen dar por terminado el proceso, y d) si una de las partes decide terminar el proceso.

En el Artículo 13, se establece que *“cuando las partes hayan acordado recurrir a la conciliación y se hayan comprometido expresamente a no entablar, en un determinado plazo o mientras no se produzca cierto hecho, ningún procedimiento arbitral o judicial con relación a una controversia existente o futura, el tribunal arbitral o de justicia dará efecto a ese compromiso en tanto no se haya cumplido lo en él estipulado, salvo en la medida necesaria para la salvaguardia de los derechos que, a juicio de las partes, les correspondan. El inicio de tal procedimiento no constituirá, en sí mismo, una renuncia al acuerdo de recurrir a la conciliación ni la terminación de ésta.”*, siendo esto muy útil para evitar que situaciones externas, contrarias a la voluntad de las partes, dificulten la solución de la controversia mediante la conciliación.

Finalmente, el Artículo 14 establece que en caso de que las partes lleguen a un acuerdo por el que se resuelva la controversia, esta será vinculante y susceptible de ejecución, dejando en manos de los Estados, al emitir una ley en correspondencia a la Ley Modelo, determinar la forma jurídica o procedimiento para otorgar al mencionado acuerdo su carácter de vinculante y susceptible de ejecución. Este precepto viene a ser el colofón de la Ley Modelo, ya que si se logra que la legislación establezca de forma clara y objetiva esta condición, se evitarían en gran medida la utilización de procedimientos judiciales y/o arbitraje, promovidos por alguna de las partes para lograr la ejecución del acuerdo de conciliación, situación que no es deseable y que iría en contrasentido con el objetivo y bondades de la conciliación.

4.- Conveniencia de incluir la Ley Modelo al Derecho Mexicano

La incorporación de la Ley Modelo sobre Conciliación Comercial Internacional a nuestro derecho interno, considero que es lo adecuado, derivado de las bondades que ofrece este método alternativo de solución de controversias, que enseguida enlisto:

- Uniformiza el uso del término conciliación,
- Ofrece más flexibilidad y mayor certeza en su uso, que los juicios ordinarios y el arbitraje, que promueven la economía y la eficiencia en la resolución de controversias, tanto en el ámbito del comercio internacional como nacional,
- Es aplicable a la más amplia variedad posible de controversias comerciales internacionales o internas e incluso a controversias no comerciales,
- Contiene un mínimo de definiciones, procedimientos y directrices para que las partes retengan el control sobre el procedimiento y de su resultado. Reafirma el principio de la voluntad suprema de las partes,

- Facilita el remedio de los conflictos legales sin soluciones legales, minimiza la judicialización de la conciliación,
- Fomenta y protege la confidencialidad de la información,
- Armoniza la práctica de conciliación en distintas legislaciones,
- Dota de garantías a las partes en cuanto a la suspensión de plazos de prescripción, situación que incrementa el atractivo de la conciliación ante los procedimientos en Tribunales o Arbitrajes.
- Prevé la posibilidad, que el acuerdo por el que se resuelva la controversia, sea vinculante y susceptible de ejecución. Situación que es deseable sea considerado en la ley que se promulgue en base a la Ley Modelo.

Sin embargo, para lograr que se materialicen todas estas bondades a nivel nacional e internacional, es necesario que exista uniformidad en las leyes de cada Estado, así como, en su interior, de tal suerte esta Ley Modelo ofrece, siempre y cuando sea adoptada por la mayoría de los Estados, esa uniformidad.

Aunque en nuestro país, existen en la actualidad el uso de diversos procedimientos de conciliación y mediación, la realidad es que se trata de esfuerzos aislados y limitativos, sin ser uniformes entre ellos.

Tal es el caso, del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal (CPCDF) de 1932, todavía en vigor²⁰. En materia mercantil se pueden mencionar por parte de la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros (Condusef), la Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros²¹, por la Procuraduría Federal del Consumidor (Profeco), la Ley Federal de Protección al Consumidor²², entre otras. Sin embargo, su margen de aplicación es limitado y sólo se constriñe a lo estrictamente establecido en su Ley particular. Otro inconveniente se encuentra en que, quién actúa como conciliador, es un funcionario público de la propia entidad administradora, designado por ella misma, situación contraria a lo que establece la Ley Modelo, en cuanto a que las partes libremente designen al conciliador.

En cuanto a la mediación, se encuentra regulada por diversos Centros, Cámaras e Institutos del país, verbi gratia: Centro de Arbitraje y Mediación Comercial para las Américas (CAMCA)²³, la Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México (CANACO)²⁴, y el Instituto Mexicano de la Mediación (IMM)²⁵.

²⁰ En su Art. 272-A, establece que, "una vez contestada la demanda, y en su caso la reconvencción, el juez señalará de inmediato fecha y hora para la celebración de una audiencia previa y de conciliación dentro de los diez días siguientes".

²¹ Ver Título Quinto.- De los procedimientos de conciliación y arbitraje, de la **Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros**, cuyo objeto es la protección y defensa de los derechos e intereses del público usuario de los servicios financieros, que prestan las instituciones públicas, privadas y del sector social debidamente autorizadas, así como regular la organización, procedimientos y funcionamiento de la entidad pública encargada de dichas funciones.

²² Ver Capítulo XIII.- Procedimientos, Sección Segunda de la **Ley Federal de Protección al Consumidor**. Aplicable sólo a las relaciones entre proveedores y consumidores, donde su objeto es promover y proteger los derechos y cultura del consumidor y procurar la equidad, certeza y seguridad jurídica en las relaciones entre proveedores y consumidores.

²³ El Artículo 2022 del TLCAN establece la promoción y el uso del arbitraje y de otras técnicas alternativas para la solución de controversias, como los medios más convenientes para resolver tales conflictos.

Conforme a dicho Artículo se creó el Centro de Arbitraje y Mediación Comercial para las Américas (CAMCA) que tiene como propósito cumplir con los objetivos del TLCAN a través de procedimientos diseñados para proporcionar a las partes que realicen negocios dentro del área del libre comercio, de un foro internacional eficiente para la solución de los conflictos comerciales privados que surjan. (Texto obtenido de la página de internet: <http://www.arbitrajecanaco.com.mx/>)

²⁴ Por medio del Centro de Mediación y Arbitraje. <http://www.arbitrajecanaco.com.mx/>

²⁵ El Instituto Mexicano de la Mediación A.C es una institución creada a fin de difundir y promocionar la mediación en nuestro país, preparar y certificar mediadores, vigilar el estricto cumplimiento de su Código de Ética y Reglamento de Mediación, desarrollar un centro que administre procesos de mediación y, en términos generales, velar por el cabal y armonioso desarrollo de la mediación en México. (Texto obtenido de la página de internet: <http://www.imm.org.mx/imm/>)

Pasando al tema de las Obras Públicas que contratan las dependencias y entidades del Gobierno Federal, en su Ley particular vigente a la fecha, se contempló en su Título Séptimo: “*De la solución de las controversias*”, Capítulo Segundo, un procedimiento de conciliación ante la Secretaría de la Función Pública (SFP), dependencia gubernamental que tiene como misión, según se establece en su página de internet; “*Consolidar un Gobierno honesto, eficiente y transparente*”. En punto posterior de este trabajo, abordaré este caso específico.

A pesar de la experiencia que se tiene en México en cuanto a la conciliación y mediación, es conveniente crear un ordenamiento legal, a nivel federal, en base a la Ley Modelo, que pueda uniformar todos los esfuerzos que ya existen, y de tal forma dotar de certeza jurídica a este tipo de procedimientos de resolución de controversias, en beneficio de los particulares y del mismo Estado.

En este sentido, se debe traer a cuenta la experiencia que se ha tenido en el ámbito del Arbitraje, una vez que México adoptó la Ley Modelo correspondiente y la introdujo en su legislación, en específico en el Código de Comercio.

La inclusión del arbitraje en las relaciones comerciales y contractuales en nuestro país ha propiciado, entre otras cosas, una mayor inversión extranjera debido a la tranquilidad que representa para los inversionistas el saber que México cuenta con dicho mecanismo dentro de su legislación, garantizando la debida atención ajena al ámbito judicial de las posibles controversias que se puedan suscitar; evitando así, lo engorroso de dicho procedimiento judicial, además sabedores que tendrán toda la posibilidad de exponer su caso, y que la resolución del caso será rápida y con la inmediatez debida, en comparación al procedimiento judicial.

No obstante, y a pesar de estas virtudes del procedimiento Arbitral y que ha ayudado al arribo de inversión extranjera a México y contribuido a la creación de empleos y al crecimiento del país; no se soslaya mencionar que una de las desventajas de este procedimiento es el costo que en sí representa para las partes, que puede ser desproporcionado si la cuantía de las controversias o disputas es de poca importancia, de tal forma que resulta privativo el uso de este procedimiento para resolver dichas controversias.

Bajo este panorama, cabe concluir que la adopción e incorporación de la Ley Modelo de Conciliación acarrearía el doble beneficio de adoptar un procedimiento de enorme beneficio en el área comercial y contractual en el país, deseosa de certeza y seguridad jurídicas, economía, rapidez y eficiencia, a la par que estimularía y educaría sobre la relevancia de adoptar en el país, mecanismos ágiles y efectivos de negociación, diálogo y solución de controversias, antes de llegar a un litigio o arbitraje. Así mismo, no cabe duda que traerá como consecuencia un incremento mayor a las inversiones, tanto nacional como extranjera, que coadyuvarían al crecimiento de nuestro país. Todo lo anterior, en el marco ya establecido en nuestra Constitución Política en su artículo 17 reformado, desde el 18 de junio de 2008²⁶.

5.- La Conciliación en la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas

Como se mencionó anteriormente, en cuanto a las Obras Públicas que contrata la federación, en su Ley particular vigente a la fecha²⁷, se contempló en su Título Séptimo: “*De la solución de las controversias*”, Capítulo Segundo, un procedimiento de conciliación conducido por la Secretaría de la Función Pública.

²⁶ Artículo 17, párrafo cuarto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: “...Las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias...”, artículo que fue reformado para incluir este párrafo el día 18 de junio de 2008, según publicación del Diario Oficial de la Federación (DOF).

²⁷ Correspondiente a la publicada en el Diario Oficial de la Federación el 28 de mayo de 2009.

Efectivamente, la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas (LOPSRM), cuyo objeto es reglamentar la aplicación del Artículo 134 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos²⁸ en materia de contrataciones de obras públicas, así como de los servicios relacionados con las mismas, que realice el gobierno federal con los particulares, contempla en sus Artículos 95, 96 y 97 dicho procedimiento de conciliación²⁹.

Sin embargo, dicho procedimiento, en contraste a lo establecido en la Ley Modelo, dista mucho de poder ser un método eficaz para la resolución de controversias que satisfaga a las partes. En este caso, es importante mencionar que una de esas partes, es precisamente una entidad o dependencia gubernamental que está sujeta a una serie de ordenamientos y responsabilidades administrativas, que muchas veces inhiben la toma de decisiones en pro de solucionar conflictos que se presentan durante la ejecución de las Obras Públicas.

En este contexto, en los Artículos 95, 96 y 97, se establece el procedimiento de conciliación, como sigue:

“Artículo 95. En cualquier momento los contratistas o las dependencias y entidades podrán presentar ante la Secretaría de la Función Pública solicitud de conciliación, por desavenencias derivadas del cumplimiento de los contratos.

Una vez recibida la solicitud respectiva, la Secretaría de la Función Pública señalará día y hora para que tenga verificativo la audiencia de conciliación y citará a las partes. Dicha audiencia se deberá iniciar dentro de los quince días hábiles siguientes a la fecha de recepción de la solicitud.

La asistencia a la audiencia de conciliación será obligatoria para ambas partes, por lo que la inasistencia por parte del contratista traerá como consecuencia tener por no presentada su solicitud.”

Es este primer Artículo, es claro que existe el derecho tanto para las contratistas (persona física o moral), como para la dependencia o entidad de poder presentar una solicitud de conciliación por desavenencias derivadas del cumplimiento o no del contrato. Lo interesante, estriba es que dicha solicitud será presentada a la Secretaría de la Función Pública, que en este sentido se entiende que actuaría como el conciliador.

Esta situación, se contrapone al espíritu de la Ley Modelo, ya que la voluntad de las partes no es ejercida, sino que el conciliador es impuesto por la propia Ley, sin posibilidad de oponerse a ello. Por otra parte, la Secretaría de la Función Pública, en un momento dado, por ser también dependencia pública al igual que una de las partes en conflicto, puede convertirse en juez y/o parte, provocando un trato desigual entre las partes en conflicto, poniendo en riesgo latente, la eficacia de dicho procedimiento conciliatorio.

²⁸ “Los recursos económicos de que dispongan el Gobierno Federal y el Gobierno del Distrito Federal, así como sus respectivas administraciones públicas paraestatales, se administrarán con eficiencia, eficacia y honradez para satisfacer los objetivos a los que estén destinados.

“Las adquisiciones, arrendamientos y enajenaciones de todo tipo de bienes, prestación de servicios de cualquier naturaleza y la contratación de obra que realicen, se adjudicarán o llevarán a cabo a través de licitaciones públicas mediante convocatoria pública para que libremente se presenten proposiciones solventes en sobre cerrado, que será abierto públicamente, a fin de asegurar al Estado las mejores condiciones disponibles en cuanto a precio, calidad, financiamiento, oportunidad y demás circunstancias pertinentes...”

²⁹ El contemplar un procedimiento de conciliación en la Ley de Obras Públicas, tiene su origen desde la publicación de Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, en el Diario Oficial de la Federación el 4 de enero de 2000 (Artículos 89, 90 y 91). En la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas, ley anterior, no contemplaba dicho procedimiento de conciliación.

Sigue el procedimiento:

“Artículo 96. En la audiencia de conciliación, la Secretaría de la Función Pública, tomando en cuenta los hechos manifestados en la solicitud y los argumentos que hiciera valer la dependencia o entidad respectiva, determinará los elementos comunes y los puntos de controversia y exhortará a las partes para conciliar sus intereses, conforme a las disposiciones de esta Ley, sin prejuzgar sobre el conflicto planteado.”

Conforme está redactado dicho Artículo, da la impresión que el conciliador, en este caso la propia Secretaría de la Función Pública, es un mero espectador en la audiencia de conciliación, como sucede en la actualidad, sin ser aquel que oyendo a las partes por separado o en conjunto, colabora con las mismas guiando las negociaciones con la finalidad de que las partes logren llegar a un acuerdo que solucione la controversia, ni mucho menos actúa, emitiendo una opinión, que sin ser vinculatoria, acerque a las partes a encontrar una solución más justa y/o adecuada de la disputa.

En este sentido, la actuación de la Secretaría de la Función Pública, no se apega a la figura que establece la Ley Modelo para un conciliador.

Prosiguiendo:

“Artículo 97. En el supuesto de que las partes lleguen a una conciliación, el convenio respectivo obligará a las mismas, y su cumplimiento podrá ser demandado por la vía judicial correspondiente. La Secretaría de la Función Pública dará seguimiento a los acuerdos de voluntades, para lo cual las dependencias y entidades deberán remitir un informe sobre el avance de cumplimiento del mismo, en términos del Reglamento de esta Ley.

En caso de no existir acuerdo de voluntades, las partes podrán optar por cualquier vía de solución a su controversia.”

Este Artículo prevé algo muy útil y rescatable, si la conciliación entre las partes, sin la ayuda de la Secretaría de la Función Pública, da resultado, impone la obligación a las partes de suscribir un convenio donde se establezca la resolución de la controversia y sus consecuencias, cuyo cumplimiento podrá ser demandado por vía judicial. Esta situación es algo que está previsto en la Ley Modelo y que es conveniente retomar en la posible Ley donde se adopte la Ley Modelo de Conciliación.

Y en caso contrario, de no alcanzar un acuerdo, deja a salvo los derechos de las partes para acudir a cualquier otra vía de solución de controversias, entendiéndose arbitraje o tribunales.

En conclusión, la LOPSRM aunque prevé el procedimiento de conciliación, y esto es un buen principio, es aún imperfecta, ya que no atiende la totalidad de los principios básicos que contempla la Ley Modelo, que se estudiaron con anterioridad.

En mi experiencia, al recurrir a este procedimiento establecido en la LOPSRM, me he encontrado diversos problemas para poder llegar a un acuerdo satisfactorio para las partes; en seguida menciono algunas de ellas:

- Al tratar de llevar un tema a la conciliación ante la Secretaría de Función Pública, las dependencias o entidades, argumentan que no existe disposición alguna en el contrato, por lo cual declaran no ser procedente recurrir a ese procedimiento, a pesar de lo establecido en la LOPSRM.

- Salvando ese primer punto, al estar en la audiencia de conciliación, la entidad o dependencia declaran que no existe materia de conciliación y se levantan de la mesa. En este caso, la Secretaría de la Función Pública no emite comentario alguno y se cierra la posibilidad de conciliación, dejando al contratista o proveedor sólo, con la posibilidad de recurrir a Tribunales o al Arbitraje si es que se pactó en el contrato,
- En dado caso, que se pueda entablar una conversación de conciliación, se estipulan plazos para resolver. Sin embargo, las dependencias alargan dichos plazos o simplemente, en las reuniones de trabajo pactadas no asisten o su postura no es negociadora. En estas reuniones, no hay intermediario, se rompe la conciliación.
- Cuando se puede llegar a la conciliación entre la entidad o dependencia y el contratista o proveedor, se procede a la firma de la minuta o acta de conciliación. No obstante, en ese momento, el representante de la Secretaría de la Función Pública en su carácter, ahora de entidad fiscalizadora, redacta dicho documento expresando que la resolución de la controversia es de entera y plena responsabilidad del funcionario de la entidad o dependencia que firma. Esta situación ha provocado, en muchas ocasiones, que en la práctica el funcionario público a pesar del resultado de dicha conciliación, no materialice el acuerdo en el convenio respectivo, por temor a ser observado por alguna entidad fiscalizadora (Órgano Interno de Control, Secretaría de la Función Pública y/o Auditoría Superior de la Federación),
- Al no haber acuerdo, lo que resulta al final del procedimiento, fue una pérdida de tiempo y recursos para ambas partes, incrementando la confrontación entre las mismas.

Es preciso mencionar que en algunos casos, los resultados fueron favorables, pero derivado a que durante la conciliación, las partes acordaron, con el visto bueno de la Secretaría de la Función Pública, la inclusión de otro método alternativo de solución de controversias en paralelo a la conciliación, esto es, la participación de un perito independiente para que emita una opinión que puede ser vinculante o no, entre las partes.

La solución planteada en el párrafo anterior, no es recurrente ni aceptable para las entidades o dependencias en todos los procedimientos de conciliación, por la discrecionalidad en que dichas entidades y dependencia manejan este procedimiento conciliatorio.

Ante estos problemas que se presentan actualmente en el procedimiento de conciliación que prevé la LOPSRM, sería de mucha utilidad que dicha Ley y los contratos que emanen de la misma, puedan considerar los principios que contempla la Ley Modelo de Conciliación de la CNUDMI y, de esta forma, trasladar los beneficios que ofrecen los principios referidos al ámbito de las Obras Públicas y las Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, con el único interés que las controversias y desavenencias sean resueltas en tiempo y forma, de tal suerte que los proyectos sean concluidos con las mejores oportunidades para el Estado, en beneficio del pueblo mexicano.

El comentario anterior vale la pena se extienda a la reciente Ley de Asociaciones Público Privadas publicada en el DOF el pasado 16 de enero de 2012, toda vez que con la reforma del 18 de junio de 2008, al Artículo 17 de nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se ha dado pauta para que las leyes secundarias prevean mecanismos alternativos de solución de controversias.

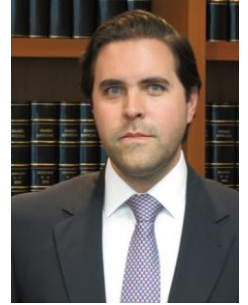
Como colofón, quisiera traer la siguiente reflexión del Lic. Luis Miguel Díaz³⁰, con la cual concluyó su Ponencia titulada: "*Desaprender para aplicar la Ley Modelo de Conciliación Comercial Internacional*"³¹, en relación a la forma en que nosotros los profesionales que nos dedicamos de una u otra forma a la resolución de conflictos, debemos conducirnos, ante este procedimiento de conciliación:

³⁰ Es abogado con Mención Honorífica de la UNAM, Maestro en Derecho y Doctor en Ciencias Jurídicas de Harvard Law School.

³¹ Ponencia presentada en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, del 8 al 10 de marzo de 2006.

“En síntesis, para aprovechar a la Ley Modelo se requiere una mentalidad de abogado negociador y desprender el pensamiento del abogado guerrero. El reto es evitar el espacio del problema que el derecho construye, y crear el espacio de la solución en el diálogo. Es menester que las partes privatizen su conflicto en un espacio de solución.”

“El espacio de la solución generalmente es breve y diplomático, es sanador de alma. Su filosofía es de curación. El espacio de solución es la tierra fértil para las estrategias de pensamiento creativo en la solución de cualquier tipo de conflicto.”



Pruebas en el Arbitraje

Diego Gutiérrez Martínez

I.- Introducción.

A continuación se analizará el sistema probatorio en el arbitraje comercial, tomando como marco de referencia el Código de Comercio y los reglamentos de las Instituciones administradoras de arbitrajes más utilizadas en nuestro país, es decir de la Cámara de Comercio Internacional (en lo sucesivo la “CCI”), del Centro de Arbitraje de México (en lo sucesivo el “CAM”) y del Centro de Mediación y Arbitraje de la Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México (en lo sucesivo la “CANACO”).

II.- Sobre la Prueba.

Siendo el tema a tratar, debemos partir del análisis de lo que debe entenderse por prueba.

Al respecto, José Ovalle Favela³² expone que, en sentido estricto, la prueba es la obtención del cercioramiento del juzgador sobre los hechos cuyo esclarecimiento es necesario para la resolución del conflicto a él sometido; en sentido amplio, se designa como prueba al conjunto de los actos desarrollados por las partes, terceros y el propio juzgador, con el fin de lograr el cercioramiento de éste sobre los hechos controvertidos; y, por extensión, se denomina pruebas a los medios –instrumentos y conductas humanas- con los cuales se pretende lograr la verificación de las afirmaciones de hecho.

Francisco González de Cossío³³ expone que el propósito de las pruebas es permitir al Tribunal Arbitral realizar las determinaciones sobre hechos y opiniones controvertidas por las partes y que constituirán las premisas para anclar las determinaciones jurídicas a efecto de resolver la controversia objeto de la misión del Tribunal Arbitral.

Correctamente apunta Francisco Gonzalez de Cossío que, si bien es un principio procesal que el juez conoce el derecho, este principio podría no aplicar a los arbitrajes, en virtud de que los árbitros no tienen foro, más

³² Ovalle Favela, José, Teoría General del Proceso, Editorial Oxford University Press, 5° ed., México, 2002.

³³ González de Cossío, Francisco, Arbitraje, Editorial Porrúa, 2° ed., México, 2008.

aún cuando pudiese resultar que algún árbitro no sea abogado, sino experto en una materia específica o, incluso, siendo abogado, no conozca el derecho sustantivo aplicable a la controversia concreta, ello tiene como consecuencia que en el arbitraje comercial, a diferencia de los juicios mercantiles³⁴, el derecho si sea objeto de prueba.

III.- Administración de las pruebas en el Arbitraje Comercial.

A diferencia de los procedimientos jurisdiccionales en nuestro sistema jurídico, la presentación y desahogo de las pruebas en el arbitraje no requiere de formalismos, ni hay un periodo predeterminado para ofrecer pruebas, sino que, respetando las amplias directrices previstas por el Código de Comercio o, en su caso el reglamento que hayan acordado las partes, corresponde a éstas o, en su defecto, al Tribunal Arbitral determinar el momento y forma en que se presentarán y desahogarán las pruebas.

Carlos Loperena Ruíz y Francisco González de Cossío³⁵ sostienen que corresponde al Tribunal Arbitral decidir sobre el momento y forma en que se presentarán y, en su caso, desahogarán las pruebas. El suscrito no comparte la opinión de tan respetados tratadistas, ya que, atendiendo a la naturaleza contractual del procedimiento arbitral, las reglas para la presentación y desahogo de las pruebas, como en general todo lo referente al procedimiento arbitral, en principio, corresponde a las partes y solo a falta de acuerdo al respecto o que el reglamento acordado para el trámite el procedimiento no prevea norma que lo regule, entonces corresponderá al Tribunal Arbitral, como rector del procedimiento, establecer estas directrices, lo que es así reconocido por el artículo 1435 del Código de Comercio.

Exponen Leonel Pereznieto Castro y James A. Graham³⁶ que no hay muchas disposiciones en los reglamentos de arbitraje para la administración de pruebas, permitiendo así al Tribunal Arbitral y a las partes gozar de una libertad muy grande.

El Código de Comercio establece ciertos lineamientos generales respecto a la presentación y desahogo de las pruebas en el arbitraje comercial, mismos que deben entenderse susceptibles de ser modificados por acuerdo de las partes y/o el Tribunal Arbitral en términos del artículo 1417 del Código de Comercio³⁷, como lo son: (i) el que las partes deban aportar documentos con que cuenten o referir los documentos u otras pruebas que vayan a presentar, al formular sus alegatos, previsto en el artículo 1439; (ii) la facultad del Tribunal Arbitral para decidir si han de celebrarse audiencias para la presentación de pruebas, prevista en el artículo 1440; (iii) la facultad del Tribunal Arbitral para pedir pruebas adicionales, establecida en el artículo 1442; o (iv) la facultad de las partes para interrogar a los peritos, previsto en el artículo 1443.

No obstante lo anterior y la libertad con que cuentan el Tribunal Arbitral y las partes para acordar lo relativo a la presentación y desahogo de las pruebas, el Código de Comercio impone la obligación de dar traslado a su contraria de todas las declaraciones, documentos probatorios, peritajes o demás información que cada una de las partes suministre al Tribunal Arbitral³⁸.

En términos de lo antes expuesto, es claro que son las partes o, en su defecto, el Tribunal Arbitral, quienes deben determinar las reglas para la presentación y desahogo de las pruebas, pero en todos los casos deben siempre respetar los principios de igualdad procesal y debido proceso, que implica el derecho de audiencia, que

³⁴ Artículo 1197 del Código de Comercio.

³⁵ Manual de Arbitraje Comercial, compiladora Cecilia Azar M., Editorial Porrúa, 1° ed., México, 2004.

³⁶ Pereznieto Castro, Leonel y Graham, James A., Tratado de Arbitraje Comercial Internacional Mexicano, Editorial Limusa, 1° ed., México, 2009.

³⁷ El artículo 1417 del Código de Comercio establece: " Cuando una disposición del presente título: I.- Deje a las partes la facultad de decidir libremente sobre un asunto, esa facultad entrañará la de autorizar a un tercero, incluida una Institución, a que adopte la decisión de que se trate, excepto en los casos previstos en el artículo 1445; II.- Se refiera a un acuerdo entre las partes, se entenderán comprendidas en ese acuerdo todas las disposiciones del reglamento de arbitraje a que dicho acuerdo, en su caso, remita; ..."

³⁸ Artículo 1440 del Código de Comercio.

requiere el permitir a cada una de las partes plena oportunidad de hacer valer sus derechos, que es lo mismo que permitirles presentar su caso, principios reconocidos en el artículo 1434 del Código de Comercio.

El principio de igualdad procesal implica que en todo procedimiento debe otorgarse el mismo trato a las partes, no pudiendo otorgarse ventajas a una parte sobre la otra. La aplicación de este principio, según lo refiere Francisco González de Cossío³⁹, implica que no pueda permitirse a una parte ofrecer una prueba que no se le permita a la otra, no debe darse un plazo más amplio para una de ellas si no se da también a la otra, entre otras.

Por otra parte, el principio de debido proceso, consiste en otorgar a las partes la debida oportunidad de hacer valer sus derechos, lo que en el tema en estudio se traduce en permitir a las partes aportar todos los elementos que consideren apropiados para demostrar sus pretensiones y darles oportunidad de desahogar las mismas antes de emitirse el laudo, que ambas partes tengan acceso a la información presentada por su contraparte y nunca limitarse el derecho para probar, ni alegar, excepto cuando se trate de peticiones inconducentes o que tiendan a retrasar el procedimiento.

Todo lo antes expuesto es así reconocido por diversos reglamentos de arbitraje, por ejemplo, el artículo 22 del Nuevo Reglamento de Arbitraje de la CCI, vigente a partir del 1° de enero de 2012, así como el artículo 21 de las Reglas de Arbitraje del CAM, reconocen que el procedimiento se regirá por el reglamento respectivo y, en caso de silencio de aquel, por las normas que las partes o, en su defecto, el Tribunal Arbitral determinen; en todos los casos, actuando justa e imparcialmente y asegurándose que cada parte tenga la oportunidad suficiente para exponer su caso.

IV.- Régimen Aplicable a las Pruebas.

Atendiendo a las amplias facultades para regular la presentación y desahogo de las pruebas en los procedimientos arbitrales, es común que las partes y/o los tribunales arbitrales adopten reglas ya establecidas para la administración de las pruebas, como lo son las Reglas de la International Bar Association sobre la Práctica de Pruebas en el Arbitraje Internacional (en lo sucesivo referidas como las "*Reglas de la IBA*"), las cuales, según lo exponen Guido S Tawil y Judith Gill, Co-Presidentes del Comité de Arbitraje de dicha institución, en el prólogo de dichas las Reglas, éstas proporcionan mecanismos para la presentación de documentos, testigos, peritos e inspecciones, así como para el desarrollo de las audiencias en las que dicha prueba se practica y están diseñadas para ser usadas y adoptadas conjuntamente con reglas institucionales, *ad hoc* u otras reglas o procedimientos que puedan resultar de aplicación a los arbitrajes.

Las *Reglas de la IBA* reflejan procedimientos empleados en diferentes sistemas legales y pueden ser de particular utilidad cuando las partes provienen de diferentes tradiciones legales.

La adopción de las *Reglas de la IBA* o cualesquier otras reglas que sea voluntad de las partes, o del Tribunal Arbitral, adoptar para la presentación y desahogo de las pruebas, puede acordarse desde la cláusula arbitral o acuerdo de arbitraje, en el acta de misión e incluso de manera posterior.

Aun no siendo adoptadas las *Reglas de la IBA*, es común que se utilicen por los tribunales arbitrales como lineamientos para redactar las reglas correspondientes.

Con el mismo objeto, la CANACO ha emitido las Sugerencias a los Árbitros para la elaboración de Reglas Procesales.

Tanto las *Reglas de la IBA*, como las sugerencias de CANACO, tratan cuestiones que el Tribunal Arbitral puede proponer a las partes para establecer ciertas normas procesales que faciliten el procedimiento, cuya

³⁹ *Op cit.*

adopción da certeza acerca de la forma en que, las partes y el Tribunal Arbitral, deben actuar en el procedimiento, facilitando así su conducción.

Toda vez que la regulación para la presentación y desahogo de las pruebas depende de la voluntad de las partes, y siendo que la mayoría de las reglas de arbitraje no prevé mayores reglas al respecto, a continuación, al analizar cada una de las pruebas, se expondrá, a manera de ejemplo, lo que disponen al respecto las *Reglas de la IBA* o, en su caso, las sugerencias de la *CANACO*.

i.- Prueba Documental.

Para establecer lo que debe entenderse como documento, las *Reglas de la IBA* definen a éstos como cualquier escrito, comunicación, foto, diseño, programa o datos de cualquier tipo, ya consten en papel, soporte electrónico, audio, visual o en cualquier otro medio.

Es común que las pruebas documentales se presenten junto con la demanda o la contestación, según sea el caso, sin embargo también es válido sean presentadas posteriormente, claro, siempre atendiendo al acuerdo de las partes, dentro de lo que debemos entender el reglamento que rija el procedimiento, si es que las partes así lo acordaron o, en su defecto, lo que establezca el Tribunal Arbitral.

Por ejemplo, los reglamentos de arbitraje de la *CCI* o del *CAM* no prevén regla alguna al respecto, lo que permite que sean las partes o, en su caso, el Tribunal Arbitral, como rector del procedimiento, quienes acuerden el momento en que deben ser presentados.

Por su parte el reglamento de arbitraje de *CANACO* en sus artículos 23 y 24, prevén que, salvo otra cosa ordene el Tribunal Arbitral, las partes podrán acompañar a la demanda o contestación todos los documentos que consideren pertinentes, o referirse a los documentos u otras pruebas que vayan a presentar. Por otra parte, el artículo 29.2 del reglamento de arbitraje de *CANACO*, establece que el Tribunal Arbitral podrá requerir a las partes que entreguen un resumen de los documentos y otras pruebas que vayan a presentar en apoyo de los hechos en litigio, expuestos en su demanda o contestación de demanda, lo que nos lleva a la conclusión que, de no haberlos acompañado a su demanda o contestación, los documentos pueden ser presentados durante el procedimiento.

Al respecto, el artículo 3.1 de las *Reglas de la IBA* establece que los documentos deberán presentarse dentro del plazo fijado por el Tribunal Arbitral.

En el procedimiento arbitral, es común que los documentos sean presentados en copia simple y sólo en el caso de que alguna de las partes objete su autenticidad, se requerirá de la presentación del original, lo que es acorde a lo previsto por las *Reglas de la IBA*, que en su artículo 3.12, al referirse a la forma de presentación de los documentos, establece que las copias de los documentos deberán coincidir con los originales y, a petición del Tribunal Arbitral, cualquier original deberá ser presentado para su cotejo.

El artículo 3.12 de las *Reglas de la IBA* también establece los siguientes lineamientos respecto a la forma de su presentación: (i) los documentos que una parte conserve en formato electrónico deberán ser presentados o exhibidos en la forma que resulte más económica para ella y que, a su vez, sea razonablemente utilizable por los receptores, salvo que las partes acuerden otro modo o, en ausencia de tal acuerdo, que el Tribunal Arbitral así lo decida; (ii) una parte no está obligada a exhibir múltiples copias de documentos esencialmente idénticos, salvo que el Tribunal Arbitral decida lo contrario; y (iii) las traducciones de los documentos deberán ser presentadas junto con los originales e identificadas como traducciones con una indicación del idioma original.

Por otra parte, para el caso en que el documento que pueda servir como prueba, no esté en las manos o a disposición de la parte que la requiere, ésta puede solicitar al Tribunal Arbitral que ordene su presentación, facultad que le reconocen diversas leyes y reglamentos, pero que carece de sanción expresa, por lo que se podría pensar

poco eficaz, pero según diversos tratadistas si tiene una sanción *de facto*, dado que el Tribunal Arbitral puede advertir “inferencias adversas”, derivadas del cuestionamiento que podría generar su negativa en el Tribunal Arbitral, como lo menciona Francisco Gonzalez de Cossío, ¿porqué habría una parte de negarse a exhibir un documento si no es porque le fuera adverso su contenido?.

Con fines muy similares, puede acordarse en el procedimiento arbitral una etapa de *Discovery*, institución regulada por el derecho de los Estados Unidos de Norteamérica, que otorga a las partes de un proceso que va a dar inicio, la oportunidad de tener acceso a la información que tenga su contraparte o incluso terceros, que le sea de utilidad para preparar su caso.

Las *Reglas de la IBA* prevén en su artículo 3.3, la “Solicitud de Exhibición de Documentos”, conforme a las cuales se permite a las partes, dentro del plazo fijado por el Tribunal Arbitral, presentar una solicitud de exhibición de documentos⁴⁰:

Ante la solicitud de exhibición de documentos, las *Reglas de la IBA* establecen que, si el Tribunal Arbitral ordena la exhibición de los documentos, la parte a la cual se dirija la orden deberá presentarlos, salvo tuviera alguna objeción al respecto⁴¹, la cual deberá hacer saber al Tribunal Arbitral y a las otras partes dentro del plazo concedido para exhibir los documentos.

Asimismo, las *Reglas de la IBA* prevén la posibilidad para que las partes puedan solicitar al Tribunal Arbitral que tome las medidas legales disponibles o pidan permiso para adoptar las medidas por sí mismas, para obtener documentos de una persona u organización, que no sea parte en el procedimiento y respecto de la cual la parte solicitante no pueda obtener los documentos por sí misma.

Por último, las *Reglas de la IBA* prevén que cualquier documento presentado o exhibido en el arbitraje por una parte o por un tercero, que no sea del dominio público, deberá ser tratado como confidencial por el Tribunal Arbitral y por las otras partes y sólo podrá usarse en relación con ese arbitraje, requisito que será aplicado salvo y en la medida que su revelación sea exigida a una parte en cumplimiento de una obligación legal, para proteger o ejercer un derecho, o ejecutar o pedir de buena fe la revisión de un laudo en procedimientos legales ante un tribunal estatal u otra autoridad judicial.

Respecto a la prueba documental, la *CANACO* sugiere, entre otras cosas, establecer: (i) que las partes presenten los documentos con aquellos escritos que se refieran expresamente a ellos, que, en casos excepcionales, de resultar apropiado tomando en cuenta todas las circunstancias, el tribunal pueda permitir la presentación de documentos adicionales en fechas posteriores; (ii) que todos los documentos sean presentados en

⁴⁰ La solicitud deberá contener: (i) una descripción de cada documento cuya exhibición solicite, suficiente para identificarlo, o una descripción suficientemente detallada de los documentos que razonablemente crea que existen; (ii) una declaración de por qué los documentos requeridos son relevantes para el caso y sustanciales para su resolución; (iii) una declaración de que los documentos requeridos no se encuentran en poder, custodia o control de la parte que los solicita o una declaración de las razones por las cuales sería irrazonablemente gravoso para el solicitante exhibir tales documentos; y (iv) una declaración sobre las razones por las cuales el solicitante supone que los documentos requeridos están en poder, custodia o control de la otra parte.

⁴¹ Solamente podrán aducirse como objeciones las razones mencionadas en el Artículo 9.2 de las *Reglas de la IBA* o el incumplimiento de alguno de los requisitos prescriptos en el Artículo 3.3 de las mismas reglas.

El artículo 9.2 de las *Reglas de la IBA* señala: “El Tribunal Arbitral podrá excluir, a instancia de parte o de oficio, la prueba o la exhibición de cualquier Documento, declaración, testimonio oral o inspección por cualquiera de las siguientes razones: (a) Falta de relevancia suficiente o utilidad para la resolución del caso; (b) existencia de impedimento legal o privilegio bajo las normas jurídicas o éticas determinadas como aplicables por el Tribunal Arbitral; (c) onerosidad o carga excesiva para la práctica de las pruebas solicitadas; (d) pérdida o destrucción del Documento, siempre que se demuestre una razonable probabilidad de que ello haya ocurrido; (e) confidencialidad por razones comerciales o técnicas que el Tribunal Arbitral estime suficientemente relevantes; (f) razones de especial sensibilidad política o institucional que el Tribunal Arbitral estime suficientemente relevantes (incluyendo pruebas que hayan sido clasificadas como secretas por parte de un gobierno o de una institución pública internacional); o (g) consideraciones de economía procesal, proporcionalidad, justicia o igualdad entre las Partes que el Tribunal Arbitral estime suficientemente relevantes.”

Por su parte, el artículo 3.3 de las *Reglas de la IBA* establece los requisitos para la solicitud de la exhibición de documentos, a los que referidos en el pie de página anterior.

el idioma en el que originalmente fueron redactados y, si lo estimare necesario, el propio Tribunal Arbitral pida a las partes la traducción de las partes específicas pertinentes; (iii) que todos los documentos presentados, incluidos originales y copias, se tengan por auténticos y completos, salvo que sean objetados sin dilación por la otra parte; (iv) que a petición de una de las partes, o por su propia iniciativa, el Tribunal Arbitral pueda ordenar a cualquier parte la presentación de un documento que se halle en su posesión, bajo su poder o control, petición que deberá identificar el documento con precisión, además de establecer su relevancia, para lo cual el Tribunal Arbitral deberá gozar de la discreción de decidir sobre dicha petición, atendiendo a los legítimos intereses de la otra parte, incluido el relativo a la confidencialidad y a las circunstancias concurrentes al caso.

ii.- Prueba Testimonial.

La prueba testimonial, como su propio nombre lo indica, es el medio de prueba mediante el cual los árbitros pueden acceder al conocimiento de los hechos materia de la litis, por medio de la declaración de los testigos, es decir de quienes tienen conocimiento directo de los hechos por haberlos presenciado o advertido a través de los sentidos.

La forma de desahogar la prueba testimonial, nuevamente atendiendo al principio rector del procedimiento arbitral, la autonomía de la voluntad de las partes, corresponde a éstas o, a falta de acuerdo, al Tribunal Arbitral el determinar la forma en que deberá hacerse.

El desahogo de la prueba testimonial puede realizarse de diferentes formas, ya sea que el testigo presente una declaración escrita o por interrogatorio en audiencia, entendiendo que cuando se presente la declaración por escrito, la contraparte y el Tribunal Arbitral tendrán derecho a interrogar al testigo en audiencia, si así lo requirieren.

En cualquier caso, se acostumbra que se presenten por escrito los testimonios de los testigos que pueden ser obtenidos por las partes, ya sea mediante la narración de los hechos que le constan o a través de un cuestionario, pudiendo las partes y el Tribunal Arbitral interrogarlos posteriormente en audiencia, cuando así se haya requerido.

Las *Reglas de la IBA* prevén la presentación de las declaraciones de los testigos por escrito, para lo cual establece que, previo a la presentación de las declaraciones, las partes deberán identificar a los testigos en cuyo testimonio pretendan basarse, así como el objeto de los testimonios, debiendo después presentar ante el Tribunal Arbitral y las demás partes, las declaraciones dentro del plazo concedido para tal efecto, en los términos establecidos en el artículo 4.5 de dichas reglas⁴², teniendo las partes la oportunidad de presentar declaraciones testimoniales adicionales o corregidas e, incluso, declaraciones de personas no designadas previamente como testigos, sólo respecto a cuestiones puestas en manifiesto en las declaraciones testimoniales de otra parte, dictámenes periciales u otras pruebas que no hubieran sido previamente presentadas en el procedimiento.

Las *Reglas de la IBA* prevén la posibilidad de que el Tribunal Arbitral, a petición de alguna de las partes o por propia convicción, requiera a las partes la comparecencia de los testigos en audiencia, a efecto de ser interrogados ya sea por el propio Tribunal Arbitral o por alguna de las partes. Es importante destacar que las *Reglas de la IBA* aclaran que el hecho de que ninguna de las partes solicite la comparecencia de algún testigo en audiencia, no quiere decir que, por ello, hayan aceptado la veracidad de su testimonio.

⁴² Cada Declaración Testimonial deberá contener: (a) el nombre completo y la dirección del testigo, una declaración concerniente a su relación pasada y presente (si la hubiere) con las Partes, y una descripción de sus antecedentes, cualificaciones, capacitación y experiencia, si dicha descripción pudiera ser relevante para el conflicto o para el contenido de su declaración; (b) una descripción completa y detallada de los hechos así como de la fuente de información del testigo sobre tales hechos suficiente para constituir la prueba testimonial aportada sobre la materia controvertida. Los Documentos en los que los testigos se basen y que no hayan sido presentados anteriormente, deberán acompañarse; (c) una manifestación sobre el idioma en el que la Declaración Testimonial fue originalmente preparada y el idioma en el cual el testigo prevé declarar en la Audiencia Probatoria; (d) una declaración sobre la veracidad de la Declaración Testimonial; y (e) la firma del testigo, así como la fecha y el lugar.

Para el caso en que un testigo que haya rendido su dictamen y haya sido citado por el Tribunal Arbitral, no comparezca a la audiencia sin justificación suficiente, las *Reglas de la IBA* prevén como sanción que no será tomada en cuenta su declaración, salvo que, en circunstancias excepcionales, el Tribunal Arbitral estime lo contrario.

Asimismo, estipulan la posibilidad de solicitar al Tribunal Arbitral que adopte cualesquiera medidas legalmente disponibles para obtener la declaración de una persona que no vaya comparecer voluntariamente, a la solicitud de alguna de las partes.

En términos de lo anterior, las reglas permiten al Tribunal Arbitral ordenar a cualquier parte, facilite o emplee sus mejores esfuerzos para hacer posible la comparecencia de cualquier persona para declarar en la audiencia probatoria, incluso una cuyo testimonio aún no haya sido ofrecido, teniendo la parte requerida la posibilidad de objetar el requerimiento por las mismas razones que fueron señaladas al referirnos a la solicitud de exhibición de documentos.

Cabe mencionar que el hecho de que el testigo tenga una relación cercana con alguna de las partes, como lo podría ser un empleado o funcionario, no invalida por ello su declaración, sino que tal circunstancia solo deberá ser considerada por el Tribunal Arbitral al valorarla.

Al respecto, tanto las *Reglas de la IBA*, como las sugerencias para la redacción de reglas procesales de la *CANACO*, reconocen expresamente los testimonios de los directivos, empleados, asesores legales u otros representantes de las partes.

A diferencia de lo que puede suceder en diversos sistemas jurídicos, en el arbitraje no está prohibido, ni es mal visto, que los abogados de las partes tengan comunicaciones previas con los testigos, respecto a lo que las *Reglas de la IBA* prevén expresamente en su artículo 4.3, que no será considerado impropio que una parte, sus directivos, empleados, asesores legales u otros representantes, entrevisten a sus testigos o potenciales testigos y discutan con ellos posibles testimonios.

Las sugerencias de la *CANACO* respecto a la elaboración de reglas procesales, son muy similares a lo establecido en las *Reglas de la IBA*, por lo que, atendiendo a la extensión que requeriría su puntual análisis, considero únicamente el señalar su existencia, ya que nada práctico nos traería el analizar lo dispuesto en ellas.

iii.- Prueba Pericial.

El peritaje consiste en el examen de personas, hechos u objetos, realizado por un experto en alguna ciencia, técnica o arte, con el objeto de ilustrar al Tribunal Arbitral sobre cuestiones que, por su naturaleza, requieran de conocimientos especializados que sean del dominio cultural de tales expertos, cuya opinión resulte necesaria en la resolución de una controversia.

Es importante precisar que la decisión de la controversia corresponde única y exclusivamente a Tribunal Arbitral, por lo que debe entenderse que el perito presta un servicio o auxilio al Tribunal Arbitral para conocer únicamente sobre cuestiones especializadas que escapen a los conocimientos de los árbitros. Es esos términos, la solicitud que haga un Tribunal Arbitral para la rendición de un dictamen o una opinión técnica, no constituye una delegación de sus facultades de decisión.

La forma de desahogar esta prueba, nuevamente queda a discreción de las partes o, en su defecto, del Tribunal Arbitral, pero en general pueden distinguirse dos formas para su desahogo, la primera, cuando se requiera de esta prueba, el Tribunal Arbitral designe un perito independiente; y, la segunda, que cada parte designe un perito, para después enfrentar ambos dictámenes y obtener una decisión al respecto, en este supuesto, es común

que cuando haya diferencias substanciales respecto al dictamen de los peritos de las partes, el Tribunal Arbitral designe un perito, como se le llama en el foro judicial “tercero en discordia”, reiterando que ninguno de los dictámenes, ni siquiera el del perito “tercero en discordia”, obliga a los árbitros, quienes deberán llegar a una conclusión propia.

En ambos casos, las partes y/o el Tribunal Arbitral estarán facultados para pedir la comparecencia de los peritos en la audiencia de pruebas, a efecto de ser examinados, incluso para ser enfrentados con los peritos de las otras partes, según lo prevé el artículo 1443 del Código de Comercio y correlativos de los reglamentos de arbitraje, a saber el artículo los artículos 25.3 y 25.4 del Reglamento de Arbitraje de la CCI, vigente a partir del 1° de enero de 2012, y los artículos 26.3 y 26.4 de las Reglas de Arbitraje del CAM.

Estos interrogatorios y enfrentamientos entre los peritos de las partes, pueden ser muy benéficos para la debida valoración de los dictámenes por éstos presentados, incluso, es común que los árbitros puedan disponer de los servicios de algún experto que los ayude a analizar los dictámenes de los peritos de las partes.

No obstante que son las partes quienes, en principio, deben ofrecer la prueba pericial para acreditar sus afirmaciones, también el Tribunal Arbitral está facultado para pedir la prueba en términos de lo dispuesto por el artículo 1442 del Código de Comercio y los correlativos de los reglamentos de arbitraje, como lo pueden ser los artículos 25.4 y 25.5 del Reglamento de Arbitraje de la CCI, los artículos 26.4 y 26.5 de las Reglas de Arbitraje del CAM o el artículo 29.3 del Reglamento de Arbitraje de CANCO.

Para el desahogo de esta prueba, las partes están obligadas a proporcionar a los peritos acceso a la información o los documentos que posean, que tengan relación con la materia de análisis, cuando así se los requiera el Tribunal Arbitral, como lo ordena el artículo 1442 del Código de Comercio.

El Tribunal Arbitral deberá ser muy cauto en el uso de la facultad antes apuntada, ya que podría ser que la información requerida sea información confidencial de la parte, cuya divulgación pudiera causar daños a ésta, por lo que, no obstante la obligación profesional de los peritos y la posible firma de algún contrato de confidencialidad, algunos autores proponen que en casos donde se vaya a revisar información privilegiada o confidencial, se utilice un solo perito a efecto de facilitar el control sobre los peritos.

Respecto a la designación de los peritos, según sea el modelo que se adopte, cuando corresponda la designación al Tribunal Arbitral, señala Francisco González de Cossío⁴³ que es importante la participación de las partes en los siguientes términos: (i) informar el nombre del experto y su misión; (ii) permitir a las partes comunicar al experto los elementos e información pertinente; y (iii) transmitir el reporte del experto para darles oportunidad de comentar al respecto.

Las *Reglas de la IBA* diferencian entre la prueba rendida por peritos designados por las partes y por peritos designados por el Tribunal Arbitral, y al respecto prevén:

a. Peritos designados por las partes:

El artículo 5.1 prevé que, dentro del término fijado por el Tribunal Arbitral, (i) cada parte deberá identificar a cualquier perito, en cuyo testimonio pretenda basarse, así como las materias sobre la que versará el peritaje y (ii) el perito designado por la parte deberá presentar su dictamen pericial, el cual deberá ser rendido en los términos precisados en el artículo 5.2⁴⁴.

⁴³ *Op cit.*

⁴⁴ El Dictamen Pericial deberá contener: (a) el nombre completo y la dirección del Perito Designado por la Parte, una declaración concerniente a su relación pasada y presente (si la hubiere) con cualesquiera de las Partes, sus asesores legales y el Tribunal Arbitral, y una descripción de sus antecedentes, cualificación, capacitación y experiencia; (b) una descripción de las instrucciones de conformidad con las cuales emitirá sus opiniones y conclusiones; (c) una declaración acerca de su independencia respecto a las Partes, sus asesores legales y el Tribunal Arbitral; (d)

Rendido el dictamen pericial, cualquier parte podrá, dentro del plazo fijado por el Tribunal Arbitral, presentar ante éste y las demás partes, dictámenes periciales corregidos o adicionales, incluyendo dictámenes o declaraciones de personas no designadas previamente como perito por la parte, siempre que tales correcciones o adiciones sólo correspondan a cuestiones puestas de manifiesto en el dictamen pericial o presentaciones de otra parte que no hayan sido previamente hechas valer en el arbitraje.

El Tribunal Arbitral podrá ordenar que los peritos que vayan a presentar o hayan presentado sus dictámenes respecto a los mismos asuntos o sobre asuntos conexos, se reúnan y deliberen acerca de tales asuntos, reunión en la cual deberán tratar llegar a un acuerdo sobre los asuntos que refieren en sus dictámenes y harán constar por escrito los acuerdos a que lleguen, así como los puntos de desacuerdo y las razones de ello.

De la misma manera en que lo disponen para la prueba testimonial, las *Reglas de la IBA* prevén la posibilidad de que el Tribunal Arbitral, a petición de alguna de las partes o por propia convicción, requiera a las partes la comparecencia de los peritos en audiencia, a efecto de ser interrogados ya sea por el propio Tribunal Arbitral o por alguna de las partes. De igual forma, las *Reglas de la IBA* aclaran que el hecho de que ninguna de las partes solicite la comparecencia de algún perito en audiencia, no quiere decir que, por ello, hayan aceptado la veracidad del contenido del dictamen pericial.

Para el caso de que un perito que haya rendido su dictamen y haya sido citado por el Tribunal Arbitral, no comparezca a la audiencia sin justificación suficiente, deberá descartarse el dictamen pericial rendido por éste, salvo que, en circunstancias excepcionales, el Tribunal Arbitral decida lo contrario.

b. Peritos designados por el Tribunal Arbitral.

El Tribunal Arbitral, previa consulta a las partes, podrá designar uno o más peritos independientes para que dictaminen sobre cuestiones específicas, determinadas por el mismo Tribunal Arbitral. Para ello, el Tribunal Arbitral, previa consulta de las partes, establecerá los términos de la tarea a desarrollar por el perito, debiendo remitir a las partes una copia de la versión final de esos términos.

Antes de aceptar su nombramiento, el perito designado deberá entregar al Tribunal Arbitral y a cada una de las partes una descripción acerca de su cualificación y una declaración de su independencia respecto a las partes, de sus asesores legales y del Tribunal Arbitral, a efecto de que las partes, dentro del plazo que conceda el Tribunal Arbitral, informen si tienen alguna objeción en relación a la cualificación o independencia del perito. El Tribunal Arbitral deberá resolver sin demora, si acepta o no las objeciones de las partes. Nombrado el perito, las partes únicamente podrán objetar su cualificación o independencia por razones que hayan conocido con posterioridad a su nombramiento, respecto a las cuales el Tribunal Arbitral deberá tomar las medidas que considere apropiadas.

Sujeto a los lineamientos establecidos en el artículo 9.2 de las mismas *Reglas de la IBA*, ya referido al analizar la prueba documental, el perito designado por el Tribunal Arbitral podrá solicitar a una parte que le facilite cualquier información o le permita el acceso a cualesquiera documentos, bienes, muestras, propiedades, maquinarias, sistemas, procesos o sitios para su inspección, en la medida en que

una declaración acerca de los hechos en que fundamenta sus opiniones y sus conclusiones como perito; (e) sus opiniones y sus conclusiones como perito, incluyendo una descripción de los métodos, pruebas e información utilizados para llegar a tales conclusiones. Los Documentos en los cuales el Perito Designado por la Parte se base que no hayan sido previamente presentados deberán ser acompañados; (f) si el Dictamen Pericial ha sido traducido, una declaración acerca del idioma en el cual ha sido originalmente preparado, y del idioma en el cual el Perito Designado por la Parte anuncia que declarará en la Audiencia Probatoria; (g) una afirmación de su auténtica convicción sobre las opiniones expresadas en el Dictamen Pericial; (h) la firma del Perito Designado por la Parte, así como la fecha y el lugar de emisión del Dictamen Pericial; y (i) si el Dictamen Pericial ha sido firmado por más de una persona, la atribución de él en su totalidad o de cada parte específica a cada autor.

sean relevantes para el caso y sustanciales para su resolución, contando éste con la misma autoridad que el propio Tribunal Arbitral para la solicitud. El artículo 6.3⁴⁵ de estas reglas establece los términos de las inspecciones, en las que la parte pudiera negar el acceso a lo requerido, lo que el perito deberá hacer constar en su dictamen y describir en él los efectos sobre la valoración del asunto a él encomendado.

El dictamen de los peritos designados por el Tribunal Arbitral deberá ser rendido en los términos establecidos en el artículo 6.4⁴⁶, muy similares a los términos establecidos en el artículo 5.2 para los dictámenes rendidos por los peritos designados por las partes, con las salvedades correspondientes a su calidad de perito independiente.

En términos del artículo 6.5 de las *Reglas de arbitraje de la IBA*, una vez rendido el dictamen del perito designado por el Tribunal Arbitral, dicho Tribunal deberá enviar una copia de éste a las partes, a efecto de contestar el dictamen ya sea mediante la presentación de un escrito, de una declaración testimonial o mediante un dictamen pericial de un perito designado por la parte, para lo cual la parte podrá examinar cualquier información, documentos, bienes, muestras, propiedades, maquinarias, sistemas, procesos o sitios que haya examinado el perito designado por el Tribunal Arbitral.

De ser requerido, ya sea por el propio Tribunal Arbitral o por alguna de las partes, el perito designado por el Tribunal Arbitral podrá ser comparecer en la audiencia de pruebas a efecto de ser interrogado por el Tribunal Arbitral, por las partes o por los peritos designados por las partes, respecto a las cuestiones tratadas en su dictamen pericial, o en la contestación que haya hecho alguna de las partes en términos del artículo 6.5, a que se refiere el párrafo inmediato anterior.

Cabe señalar que la CANACO ha expedido un documento denominado “Recomendaciones Para el Desahogo de la Prueba Pericial”, a la cual por razón del límite establecido para la extensión de este trabajo no se hace referencia, pero debe tomarse en consideración por ser una guía útil para regular los términos en que debe ofrecerse y desahogarse.

iv.- Prueba Confesional.

No es común en el arbitraje la prueba confesional como la conocemos o, cuando menos, no se le refiere por este nombre, ya que si bien nada impide que las propias partes presenten sus declaraciones, se acostumbra que estas se presenten en los mismos términos establecidos para la testimonial.

⁴⁵ El artículo 6.3 de las Reglas de la IBA establece: “Sujeto a lo dispuesto en el Artículo 9.2, el Perito Designado por el Tribunal Arbitral podrá solicitar a una Parte que le facilite cualquier información o que se le permita el acceso a cualesquiera Documentos, bienes, muestras, propiedades, maquinarias, sistemas, procesos o sitios para su inspección en la medida en que sean relevantes para el caso y sustanciales para su resolución. La autoridad del Perito designado por el Tribunal Arbitral para solicitar acceso a la información será la misma que la del Tribunal Arbitral. Las Partes y sus representantes tendrán derecho a recibir dicha información y a estar presentes en cualquier inspección. Cualquier desacuerdo entre un Perito Designado por el Tribunal Arbitral y una Parte sobre la relevancia, importancia o pertinencia de la petición será resuelta por el Tribunal Arbitral conforme a lo previsto en los Artículos 3.5 a 3.8. El Perito Designado por el Tribunal Arbitral hará constar en su Dictamen Pericial cualquier falta de cumplimiento por una Parte de la correspondiente petición o decisión del Tribunal Arbitral y describirá sus efectos sobre la valoración del asunto sobre el que debe dictaminar.”

⁴⁶ El artículo 6.4 de las Reglas de la IBA establece: “El Perito Designado por el Tribunal Arbitral informará por escrito al Tribunal Arbitral por medio de un Dictamen Pericial. El Dictamen Pericial deberá contener: (a) el nombre completo y la dirección del Perito Designado por el Tribunal Arbitral, y una descripción de sus antecedentes, cualificación, capacitación y experiencia; (b) una declaración acerca de los hechos en que fundamenta sus opiniones y sus conclusiones periciales; (c) sus opiniones y sus conclusiones periciales, incluyendo una descripción del método, pruebas e información utilizados para llegar a tales conclusiones. Los Documentos en los que el Perito Designado por el Tribunal Arbitral se base y que no hayan sido presentados anteriormente, deberán acompañarse; (d) si el Dictamen Pericial ha sido traducido, una declaración acerca del idioma en el cual ha sido originalmente preparado, y del idioma en el cual el Perito Designado por el Tribunal Arbitral anticipa que declarará en la Audiencia de Prueba; (e) una declaración ratificando su auténtica convicción acerca de las opiniones expresadas en el Dictamen Pericial; (f) la firma del Perito Designado por el Tribunal Arbitral, así como la fecha y el lugar en que fue realizado; y (g) si el Dictamen Pericial ha sido firmado por más de una persona, la atribución de él en su totalidad o de cada parte específica a cada autor.”

Por ejemplo, ni las *Reglas de la IBA* ni tampoco las sugerencias de la *CANACO* prevén disposición alguna al respecto.

En caso de que se pretenda ofrecer esta prueba, como sucede en todas las pruebas, serán las partes y/o el Tribunal Arbitral quienes establezcan los términos en que deba prepararse y desahogarse.

v.- Inspección.

Esta prueba tiene por objeto que el Tribunal Arbitral o un perito acuda a un lugar a revisar directamente un objeto, bien, o en general, cualquier cosa que por su naturaleza no pueda ser desplazada para su revisión.

De nuevo, serán las partes y/o el Tribunal Arbitral quienes decidan la forma en que deberá desahogarse esta prueba, cuidando siempre que ambas partes puedan estar presentes y manifestar lo que a su derecho convenga. Remarco la facultad de las partes, porque el Tribunal Arbitral podrá realizar la inspección solicitada aún y ante la incomparecencia de alguna o ambas de las partes.

Es común que la inspección del lugar en que haya de realizarse las inspecciones esté bajo el control de una de las partes, lo que hace usual que estén presentes empleados o representantes de la parte para servir de guía y dar explicaciones, al respecto debe precisarse que las manifestaciones que hagan las partes en el lugar de la inspección no podrán ser tratadas como prueba en el proceso⁴⁷.

Las *Reglas de la IBA* se limitan a señalar que el Tribunal Arbitral podrá, a instancia de parte o por iniciativa propia, inspeccionar o solicitar la inspección por un perito, de cualquier lugar, propiedad, maquinaria o cualesquiera otros bienes, muestras, sistemas, procesos o documentos que considere apropiados, debiendo, previa consulta a las partes, determinar el momento y las circunstancias de la inspección, teniendo las partes y sus representantes el derecho a estar presentes en cualquiera de las inspecciones.

vi.- Otros Medios de Prueba.

En general, el Tribunal Arbitral puede valerse de cualquier medio considere apropiado y, de la misma manera, las partes podrán ofrecer cualquier medio que consideren pueda crear convicción en el Tribunal Arbitral para demostrar sus pretensiones, para lo cual, las partes y/o el Tribunal Arbitral deberán determinar la forma de su presentación y desahogo.

V.- Auxilio Judicial en el Desahogo de Pruebas.

El artículo 1444 del Código de Comercio establece que el Tribunal Arbitral o cualquiera de las partes con la aprobación de éste, podrá solicitar la asistencia de un Juez para el desahogo de las pruebas.

Si bien por regla general el Órgano Jurisdiccional no debe intervenir en los procedimientos arbitrales, nuestro Código de Comercio prevé limitativamente los casos de excepción donde se puede solicitar su intervención.

Francisco González de Cossío⁴⁸ propone la siguiente clasificación: (i) la ejecución del acuerdo arbitral; (ii) constitución del Tribunal Arbitral; (iii) medidas precautorias, que incluyen la asistencia con pruebas; (iv) costas; (v) nulidad; y (vi) reconocimiento y ejecución del laudo arbitral.

⁴⁷ *Manual de Arbitraje Comercial*, compiladora Cecilia Azar M., Editorial Porrúa, 1° ed., México, 2004.

⁴⁸ González de Cossío, Francisco, *El Arbitraje y la Judicatura*, Editorial Porrúa, 1° Ed, México, 2007.

El mismo tratadista refiere, citando a Aron Broches, que la razón que motivó la disposición por la que se faculta a un Órgano Jurisdiccional a auxiliar al desahogo de pruebas en un procedimiento arbitral, fue evitar que éste se empantanara por la imposibilidad del Tribunal Arbitral de obligar (coaccionar) la comparecencia de un testigo, presentar documentos o para tener acceso a bienes para su inspección.

Es importante señalar que la labor del Juez se limita al ejercicio de los medios que tiene a su alcance para lograr el desahogo de la prueba, pero no al desahogo en sí mismo, a manera de ejemplo, no será el Órgano Jurisdiccional quien interroge a los testigos, ni realizará las inspecciones, etcétera.

En términos de lo dispuesto por el artículo 1466 del Código de Comercio, la solicitud de asistencia para el desahogo de pruebas deberá tramitarse en vía de jurisdicción voluntaria conforme a los artículos 530 a 532 y 534 a 537 del Código Federal de Procedimientos Civiles.

El Juez competente para conocer de esta solicitud atendiendo a lo ordenado por el artículo 1422 debería ser el Juez de primera instancia federal o del orden común del lugar donde se lleve a cabo el arbitraje, es decir, de la sede del arbitraje.

VI.- Audiencia de pruebas.

Siendo que este es tema de un tema diverso, que no corresponde desarrollar en este trabajo, pero atendiendo al importante vínculo con el tema que se trata, a continuación se refieren los principios que deben respetarse en la audiencia.

La dirección de la audiencia queda a cargo del Tribunal Arbitral, como lo reconocen expresamente el artículo 21.3 de las Reglas de la *CCI*, 28.3 del Reglamento de Arbitraje del *CAM*.

En todos los casos el Tribunal Arbitral, previa consulta con las partes, señalará la fecha y lugar donde habrá de celebrarse la audiencia. Lo anterior a efecto de privilegiar la comparecencia de las partes en ella, en aras de proteger los principios de igualdad procesal y debido proceso.

El Tribunal Arbitral siempre deberá tratar a las partes con de la misma manera, otorgándoles la debida oportunidad de presentar su caso, lo que ampara la oportunidad de interrogar a los testigos, peritos, alegar en audiencia y presentar los medios probatorios que al efecto haya aportado al procedimiento.

Si a pesar de haber sido debidamente convocada la audiencia, alguna de las partes se abstuviera de comparecer, el Tribunal Arbitral podrá proceder con su celebración aún sin la comparecencia de esa parte.

Por principio, las audiencias son confidenciales, por lo que no podrán acudir a éstas personas ajenas al procedimiento, salvo acuerdo de las partes y del Tribunal Arbitral, así lo reconocen los Reglamentos de Arbitraje de la *ICC*, *CAM* y *CANACO*⁴⁹.

Al respecto, debe señalarse que tanto las *Reglas de la IBA* en su artículo 8, como las sugerencias de la *CANACO*, prevén directrices para el desarrollo de la audiencia de pruebas, las cuales podrán ser adoptadas por el Tribunal Arbitral o, en su caso, consideradas para establecer las propias.

⁴⁹ Artículos 21.3 de las Reglas de Arbitraje de la *ICC*, 28.3 del Reglamento de Arbitraje del *CAM* y 30.4 del Reglamento de Arbitraje de *CANACO*.

VII.- Carga de la Prueba.

La carga de la prueba corresponde a quien asevera un hecho, esta es una máxima no propia del arbitraje, sino del derecho procesal en general.

VIII.- Admisibilidad de las Pruebas.

La admisibilidad de las pruebas será determinada por el Tribunal Arbitral.

Siendo que en el arbitraje no hay formalismos que cumplir en el ofrecimiento de las pruebas, es común que el Tribunal Arbitral admitan todas las pruebas ofrecidas por las partes, con la única limitante de que hayan sido ofrecidas dentro del plazo concedido para tal efecto, en el entendido que aún las ofrecidas extemporáneamente podrían ser admitidas en casos de excepción, a entera discreción del Tribunal Arbitral, salvo pacto en contrario.

Las *Reglas de la IBA* prevén en su artículo 9⁵⁰ los lineamientos que deberá seguir el Tribunal Arbitral para determinar la admisibilidad de las pruebas, atendiendo a la relevancia, importancia y valor de las pruebas.

IX.- Valoración de las Pruebas.

A diferencia del sistema de valoración utilizado en nuestro sistema jurídico, en el arbitraje no se utiliza el sistema tazado de la prueba, es decir que el valor de cada una de las pruebas queda a entera discreción del Tribunal Arbitral, quien únicamente está obligado a pronunciarse en el laudo respecto a cada una de las pruebas y exponer las razones por las que otorgó o negó valor a cada una de ellas, de manera que no se pueda argumentar que el laudo esta insuficientemente motivado.

⁵⁰ El artículo 9 de las *Reglas de la IBA* es del tenor literal siguiente: "Admisibilidad y Valoración de la Prueba 1. El Tribunal Arbitral determinará la admisibilidad, relevancia, importancia y valor de las pruebas. 2. El Tribunal Arbitral podrá excluir, a instancia de parte o de oficio, la prueba o la exhibición de cualquier Documento, declaración, testimonio oral o inspección por cualquiera de las siguientes razones: (a) Falta de relevancia suficiente o utilidad para la resolución del caso; (b) existencia de impedimento legal o privilegio bajo las normas jurídicas o éticas determinadas como aplicables por el Tribunal Arbitral; (c) onerosidad o carga excesiva para la práctica de las pruebas solicitadas; (d) pérdida o destrucción del Documento, siempre que se demuestre una razonable probabilidad de que ello haya ocurrido; (e) confidencialidad por razones comerciales o técnicas que el Tribunal Arbitral estime suficientemente relevantes; (f) razones de especial sensibilidad política o institucional que el Tribunal Arbitral estime suficientemente relevantes (incluyendo pruebas que hayan sido clasificadas como secretas por parte de un gobierno o de una institución pública internacional); o (g) consideraciones de economía procesal, proporcionalidad, justicia o igualdad entre las Partes que el Tribunal Arbitral estime suficientemente relevantes. 3. Al evaluar la existencia de impedimentos legales o privilegios bajo el artículo 9.2 (b), y en la medida en que sea permitido por cualesquiera normas jurídicas o éticas obligatorias cuya aplicación fuera determinada por el Tribunal Arbitral, éste puede tomar en consideración: (a) cualquier necesidad de proteger la confidencialidad de un Documento creado o de una declaración o comunicación oral realizada en relación con o al efecto de proporcionar u obtener asesoramiento jurídico; (b) cualquier necesidad de proteger la confidencialidad de un Documento creado o de una declaración o comunicación oral realizada en relación con y al efecto de negociaciones con el objeto de arribar a una transacción; (c) las expectativas de las Partes y de sus asesores el tiempo en que se alega que ha surgido el impedimento o privilegio legal; (d) cualquier posible dispensa de un impedimento o privilegio legal aplicable en virtud de consentimiento, revelación anterior, uso favorable del Documento, declaración, comunicación oral o recomendación contenida en ella, o de cualquier otro modo; y (e) la necesidad de mantener la equidad e igualdad entre las Partes, particularmente si ellas estuvieran sujetas a normas jurídicas o éticas diferentes; 4. El Tribunal Arbitral podrá, cuando considere apropiado, adoptar las medidas necesarias para permitir que la prueba sea presentada o considerarla sujeta a una adecuada protección de confidencialidad. 5. Si una Parte no suministrare, sin explicación satisfactoria, un Documento requerido en una Solicitud de Exhibición de documentos que ella no hubiera objetado en debido tiempo o no presentara un Documento que el Tribunal Arbitral hubiera ordenado aportar, el Tribunal Arbitral podrá inferir que ese Documento es contrario a los intereses de esa Parte. 6. Si una Parte no cumpliera, sin explicación satisfactoria, con poner a disposición cualquier otra prueba relevante (incluyendo testimonios) solicitada por una Parte frente a la cual la Parte requerida no hubiera objetado en debido tiempo o no cumpliera con poner a disposición cualquier prueba, incluyendo testimonios, que el Tribunal Arbitral haya ordenado practicar, el Tribunal Arbitral podrá considerar que esa prueba es contraria a los intereses de esa Parte. 7. Si el Tribunal Arbitral determina que una Parte no se ha conducido de buena fe en la práctica de la prueba, el Tribunal Arbitral podrá, adicionalmente a cualquiera otra medida que estuviera a su disposición bajo estas Reglas, tomar en cuenta ese incumplimiento al tiempo de distribuir los costos del arbitraje, incluyendo los costos resultantes o relacionados con la práctica de prueba."

Bibliografía

1. González de Cossío, Francisco, Arbitraje, Editorial Porrúa, 2° ed., México, 2008.
2. González de Cossío, Francisco, El Arbitraje y la Judicatura, Editorial Porrúa, 1° ed, México, 2007.
3. Manual de Arbitraje Comercial, compiladora Cecilia Azar M., Editorial Porrúa, 1° ed., México, 2004.
4. Ovalle Favela, José, Teoría General del Proceso, Editorial Oxford University Press, 5° ed., México, 2002.
5. Pereznieto Castro, Leonel y Graham, James A., Tratado de Arbitraje Comercial Internacional Mexicano, Editorial Limusa, 1° ed., México, 2009.



El Arbitraje Fiscal Internacional

Rafael Martínez Rosas

1. Introducción.

En el mundo de los negocios internacionales es ampliamente aceptado el arbitraje como medio de solución de diferencias, debido al grado de especialización de los árbitros, la flexibilidad en el procedimiento, la transparencia y la celeridad de la resolución, amén de representar un foro más neutral, política y procedimentalmente hablando, que el de las cortes nacionales.

Consecuentemente, la mayoría de los países han modernizado sus leyes arbitrales. De igual forma, la mayoría de los tratados comerciales que se negocian contemplan el arbitraje como la principal forma de solución de controversias, buscando acotar en la medida de lo posible la intervención de las cortes nacionales.

Además, se han creado centros arbitrales especializados como la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara Internacional de Comercio, la Corte de Arbitraje de Londres, la Asociación Americana de Arbitraje (AAA), el Centro de Arbitraje de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, etc.

No obstante lo anterior, en el ámbito tributario los Estados han sido renuentes a la implementación del arbitraje como un método de solución de diferencias. Esto es entendible porque el establecimiento de contribuciones es la principal vía con que cuentan los Estados para allegarse de recursos y una resolución final vinculante en materia tributaria, como podría ser la interpretación o aplicación de un tratado para evitar la doble imposición, puede traducirse en la disminución de los ingresos de las administraciones involucradas.

Algunos tratadistas opinan que la solución privada de temas fiscales amenaza la soberanía de los Estados. No obstante lo anterior, debemos recordar que argumentos similares se esgrimieron en temas como competencia económica, patentes, nacionalización o expropiación, regulación ambiental, entre otros. Sin embargo, se han superado esas críticas y actualmente el arbitraje es utilizado en áreas otrora no arbitrales.

El arbitraje fiscal es una realidad, aunque por el momento prácticamente sólo se utiliza para resolver diferencias relativas a la interpretación o aplicación de los tratados para evitar la doble tributación.

2. La doble tributación internacional

Una de las consecuencias de la globalización es que actualmente exista una gran movilidad de los factores de la producción (bienes, capital y trabajo). Sin embargo, desde el punto de vista impositivo, esta movilidad o libre circulación, sobre todo de capitales, puede tener como implicación la superposición de dos o más soberanías tributarias. Por ejemplo, puede acontecer que el gobierno de Estados Unidos de América grave las utilidades de una filial de una empresa estadounidense establecida en México, y al mismo tiempo dichas utilidades estar gravadas por el gobierno mexicano. Estaremos entonces en presencia de lo que en la doctrina se conoce como doble tributación o imposición internacional.

En palabras de Norberto P. Campagnale *“la doble o múltiple imposición internacional consiste en la superposición de las potestades tributarias de distintos Estados o jurisdicciones sobre la renta obtenida por un sujeto, debido a la aplicación de criterios jurisdiccionales diferentes. De esta manera, un mismo contribuyente o ingreso se ve sometido a tributación en más de un país”*.⁵¹

Cabe mencionar que, en principio, no existe ninguna limitante para que cada Estado, en ejercicio de su soberanía y potestad tributaria, respetando ciertos principios, como el de legalidad o reserva de ley, establezca las contribuciones que crea convenientes, sin importar que se pueda dar el fenómeno de la doble tributación. Empero, precisamente en el contexto de la globalización e interdependencia de las economías, es necesario que los Estados lleguen a acuerdos que redunden en la competitividad de las empresas globales. Ante tal escenario, se han establecido diversas medidas para evitar o eliminar la doble tributación internacional, entre las que destaca la celebración de tratados bilaterales.

A pesar de la existencia de diversos modelos de convenciones para evitar la doble tributación, como el de Holanda y el de Estados Unidos, el de la ONU y el de la OCDE son los más utilizados como guía para la celebración de tratados bilaterales.

3. Procedimiento Amistoso de Solución de Diferencias

3.1. Comentario preliminar

El objetivo principal de la celebración de tratados para evitar la doble tributación o imposición internacional es precisamente su eliminación o la reducción de sus efectos, habida cuenta de que este fenómeno inhibe la libre circulación de bienes, servicios y capitales, debido a la alta carga impositiva que de suyo implica, así como a la falta de seguridad jurídica para los inversionistas.

Sin embargo, dichos tratados –como cualquier norma jurídica- no están exentos de problemas, sobre todo en lo que a su interpretación y aplicación se refiere. Ante dicho escenario, es muy importante que se establezcan los mecanismos idóneos para dirimir las controversias que pudieran surgir.

Como se ha mencionado, existen diversas Convenciones Modelo en las que los países se basan para la celebración de tratados para evitar la doble tributación, y en cada una de ellas se estipula el procedimiento a seguir en caso de que surjan desavenencias en cuanto a la interpretación o aplicación de los tratados.

3.2. El procedimiento amistoso o de mutuo acuerdo

El artículo 25 de la Convención de la OCDE establece el mecanismo de solución de diferencias derivadas de la aplicación de la misma, en los siguientes términos:

⁵¹ CAMPAGNALE, Norberto, CATINOT, Silvia, et al., *El impacto de la tributación sobre las operaciones internacionales*, Fondo Editorial de Derecho y Economía, Argentina, 2000.

“1. Cuando una persona considere que la acción de uno o de ambos Estados contratantes ha resultado o resultará para él en imposición no conforme con las disposiciones de esta Convención, él puede, independientemente de las medidas disponibles en la legislación doméstica de esos Estados, presentar su caso ante la autoridad competente del Estado contratante del cual es residente o, si el caso se presenta según el párrafo 1 del artículo 24, ante el Estado contratante del cual es nacional. El caso debe ser presentado dentro de tres años, a partir de la primera notificación o de la acción resultante en imposición no conforme con las disposiciones de la Convención.

2. La autoridad competente debe tratar, si la objeción parece justificada, si no es capaz de llegar ella misma a una solución satisfactoria, de resolver el caso mediante acuerdo común con la autoridad competente del otro Estado contratante, con vistas a evitar la imposición no conforme con la Convención. Cualquier acuerdo deberá ser implementado sin importar cualquier límite de tiempo en la legislación doméstica de los Estados Contratantes.

3. Las autoridades competentes de los Estados contratantes deberán tratar de resolver mediante acuerdo mutuo cualquier dificultad o duda acerca de la interpretación o aplicación de la Convención. También pueden consultar conjuntamente sobre la eliminación de doble imposición en casos no provistos en la Convención.

4. Las autoridades competentes de los Estados contratantes pueden comunicarse entre ellas directamente, incluso formar una comisión conformada por ellas mismas o por sus representantes, con el propósito de llegar a una acuerdo en el sentido del párrafo anterior.”

El numeral transcrito regula de una manera deficiente el proceso de solución de controversias derivadas de la aplicación de los tratados para evitar la doble tributación, lo que se han ido resolviendo casuísticamente, aunque desafortunadamente no se han logrado resultados uniformes.

En este orden de ideas, y ante la falta de criterios unívocos, resulta indispensable acudir a métodos diversos de interpretación como los comentarios a la Convención realizados por el Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE.

3.3. Ámbito de aplicación

El ámbito de aplicación del Procedimiento Amistoso o de Mutuo Acuerdo, en adelante MAP, es bastante amplio, de modo que pueden identificarse tres supuestos:

- Una imposición no acorde con las disposiciones de la Convención, que puede acaecer por las siguientes razones: una aplicación o interpretación equivocada de las disposiciones del tratado, una incorrecta aplicación de la legislación interna y por una clasificación inapropiada de los supuestos de hecho.
- La solución de dificultades o dudas derivadas de la interpretación o aplicación de la Convención (artículo 25.3 de la Convención)
- Para evitar la doble imposición en los casos no previstos por el tratado⁵².

Por lo anterior, es evidente que la doble imposición no es requisito *sine qua non* para el inicio del procedimiento amistoso, pero la mayoría de los casos se inician precisamente por la *existencia real o potencial de la doble imposición jurídica y/o económica*.

⁵² SERRANO ANTÓN, Fernando, “La Cláusula de Procedimiento Amistoso de los Convenios para Evitar la Doble Imposición Internacional. La Experiencia Española y el Derecho Comparado” en *Crónica Tributaria*, Num. 114/2005 (141-171), España.

El comentario once al artículo 25 de la Convención Modelo establece que el acuerdo amistoso también es aplicable ante la ausencia de doble imposición contraria a la Convención, siempre que la imposición en disputa contravenga directamente alguna disposición de la Convención.

3.4. Inicio del procedimiento amistoso

Existen dos formas de iniciar el procedimiento amistoso:

- a) A solicitud de un contribuyente afectado por la imposición no conforme con el tratado.
- b) Por iniciativa de la administración del país del que el contribuyente es residente.

Esto es, si un contribuyente afirma que se le está gravando o que es inminente que se le gravará en contravención a lo dispuesto en el tratado para evitar la doble tributación, puede acudir ante las autoridades competentes del Estado del cual es residente con el fin de que resuelva el problema planteado. Únicamente si dicha autoridad no es capaz de solucionar el conflicto planteado será factible iniciar el MAP, que dicho sea de paso, es una procedimiento entre las administraciones tributarias de los Estados.

Sería altamente recomendable que el contribuyente pudiera presentar su caso ante la autoridad competente de cualquiera de los Estados implicados, y no necesariamente ante la autoridad del Estado del cual es residente.⁵³

Es importante puntualizar que el contribuyente puede solicitar el inicio del MAP ante un acto de doble imposición o ante una potencial doble tributación. Por lo tanto, no tiene que esperar a que la imposición haya sido liquidada o se le notifique el acto que, en su opinión, daría lugar a la doble imposición. En otras palabras, para el contribuyente, el MAP puede representar una solución o un medio preventivo de la doble imposición.

Aunque el contribuyente es quien solicita el inicio del MAP, no forma parte del proceso, su participación termina con la presentación de dicha solicitud, misma que puede dar lugar al procedimiento amistoso si la administración tributaria correspondiente lo juzga conveniente.

Sin embargo, como ya se mencionó, el procedimiento también puede comenzar a solicitud de la administración del país del que el contribuyente es residente.

La cuestión es que sólo en caso de que la administración tributaria coincida con el contribuyente en que la imposición no es acorde con el tratado iniciará el procedimiento amistoso, que se lleva a cabo entre los Estados.

Como acertadamente señala el Dr. Fernando Serrano⁵⁴, la administración tributaria nunca está obligada a iniciar el procedimiento amistoso. Es más, tiene total libertad para rechazar la solicitud a la administración extranjera para alcanzar un acuerdo siguiendo el procedimiento. Aunque el contribuyente podría impugnar la negativa de incoar el procedimiento ante los órganos administrativos o jurisdiccionales en tanto que exista un acto que pueda ser recurrido en vía administrativa o judicial.

3.5. Los requisitos temporales para el inicio del procedimiento amistoso

El procedimiento está sujeto a los plazos siguientes: *el de solicitud de inicio del MAP y el de ejecución del acuerdo llegado en el marco del procedimiento.*

De conformidad con el artículo 25.1 de la Convención, la reclamación debe presentarse dentro de los *tres años* siguientes a la fecha de la primera notificación del acto que implique una imposición no conforme con la Convención.

⁵³ Comentario dieciséis al artículo 25 de la Convención Modelo de la OCDE.

⁵⁴ SERRANO ANTÓN, Fernando, *Op.cit.* p. 149.

Por su parte, el comentario diecisiete del artículo 25 de la Convención determina que el período de tres años debe considerarse como un mínimo, siendo los Estados libres de establecer un período mayor o, incluso, no establecer plazo alguno, en favor de los contribuyentes.

Ahora bien, en lo relativo a la ejecución del acuerdo alcanzado por las administraciones tributarias, en principio no hay límite para su ejecución. De hecho, el artículo 25.2 de la Convención prescribe que debe ser implementado sin importar cualquier límite de tiempo establecido en la legislación doméstica de los Estados contratantes. Sin embargo, los Estados pueden establecer un plazo, por ejemplo, pueden sujetar la ejecución de desgravaciones o devoluciones en virtud de un acuerdo amistoso a los plazos previstos en la legislación interna.⁵⁵

Por ejemplo, el artículo 26.2 del tratado para evitar la doble tributación celebrado entre México y Estados Unidos de América estatuye que cualquier acuerdo alcanzado se implementará dentro de los *diez años* contados a partir de la fecha en que se presentó o debió haberse presentado la declaración en el otro Estado, lo que ocurra posteriormente, o en un período más largo cuando lo permita el Derecho interno de ese otro Estado.

3.6. El procedimiento amistoso y los recursos o reclamaciones internas.

De la lectura e interpretación del primer párrafo del artículo 25 de la Convención se colige que el procedimiento amistoso y los recursos domésticos contra la doble imposición no son excluyentes y, por el contrario, pueden coexistir. Dicha disposición prescribe que el interesado puede, independientemente de los remedios contenidos en la legislación doméstica de los Estados contratantes, presentar el caso ante la autoridad competente del Estado del cual es *residente*.

El contribuyente puede presentar el caso ante la autoridad competente con independencia de que haya o no iniciado un litigio en su Estado de residencia. En caso de que esté pendiente de resolver el litigio, el Estado de residencia no tiene que esperar a que se dicte sentencia, sólo tiene que determinar si el caso es elegible para resolverse mediante el acuerdo amistoso⁵⁶. Además, la solicitud de inicio de un MAP no puede ser rechazada sin una buena razón⁵⁷. Desafortunadamente, no existen parámetros para determinar cuál sería una buena razón para rechazar la solicitud.

Por otra parte, si ya se ha dictado sentencia o resolución definitiva por la corte del Estado de residencia, aún así el contribuyente puede presentar su caso para que sea resuelto mediante el acuerdo amistoso. En algunos Estados la autoridad competente puede llegar a una solución sin observar la determinación de la corte, pero en otros, la autoridad competente estará obligada por dicha determinación⁵⁸.

También puede acontecer que se establezca en el tratado, como un requisito previo al procedimiento amistoso, que el contribuyente haya comenzado la reclamación interna argumentando el hecho de que el gravamen no es conforme con las disposiciones del tratado.⁵⁹

3.7. Desarrollo del procedimiento amistoso

El artículo 25.4 de la Convención establece que las autoridades competentes pueden comunicarse entres sí directamente, incluida la posibilidad de crear una comisión conformada por ellas mismas o por sus representantes.

⁵⁵ SERRANO ANTÓN, Fernando, *Op.cit.* p. 153.

⁵⁶ Cfr. Comentario veinticuatro al artículo 25 de la Convención Modelo de la OCDE.

⁵⁷ Comentario veintitrés al artículo 25 de la Convención Modelo de la OCDE.

⁵⁸ Cfr. Comentario veinticinco al artículo 25 de la Convención Modelo de la OCDE.

⁵⁹ SERRANO ANTÓN, Fernando, *Op. cit.* P. 154.

Como puede observarse, la cuestión procedimental en la Convención es por demás escueta. Por lo tanto, el desarrollo del procedimiento es bastante informal. Sin embargo, es aceptado que las autoridades se comuniquen mediante cartas, fax, teléfono, juntas o cualquier otra forma.⁶⁰

No obstante lo anterior, es deseable que se eliminen los formalismos y cualquier requisito que entorpezca el procedimiento, pero los Estados tienen el deber de otorgar básicamente dos garantías a los contribuyentes, a saber:

- a) El derecho de presentar argumentos por escrito u oralmente, directamente o por medio de su representantes.
- b) El derecho de ser asistidos por un abogado o asesor.

Es bastante común y recomendable que se forme una comisión para que conduzca el desarrollo del procedimiento, teniendo los Estados libertad absoluta para determinar tanto el número de integrantes como las reglas de procedimiento, siendo adecuado que la presidencia sea ejercida por un alto funcionario o magistrado con amplia experiencia en la materia.

Otro tema relevante es el de suministro de información, que está garantizado, en principio, por el artículo 26 de la Convención. El problema se presenta con la información confidencial, por tal razón muchos tratados prohíben el uso de la misma.

En lo atinente al papel del contribuyente en el MAP, creemos conveniente, siguiendo las recomendaciones del MEMAP⁶¹, que éste tenga la oportunidad de presentar su postura ante las dos autoridades competentes al mismo tiempo, previo al inicio de las discusiones.

3.8. La terminación del procedimiento amistoso

El procedimiento amistoso puede concluir, y es deseable que así sea, con un acuerdo entre las administraciones para eliminar la doble tributación. Sin embargo, también puede acontecer que no haya acuerdo o que el que alcanzado no satisfaga la posición del contribuyente, bien porque no elimine la doble imposición o sólo lo haga parcialmente.

Debemos recordare que el artículo 25.3 de la Convención únicamente prescribe que la autoridades competente **deben intentar**, si la objeción parece justificada y si no es capaz de llegar ella misma a una solución, **resolver el caso mediante el MAP con la autoridad competente del otro Estado contratante**.

Luego, no pasa nada si las administraciones tributarias no llegan a un acuerdo para evitar la doble tributación internacional, siempre que hayan hecho su mayor esfuerzo por alcanzarlo. Por lo tanto, en caso de que las autoridades no lleguen a un acuerdo, el contribuyente no tiene más remedio que acudir a los recursos internos disponibles, siempre que no haya precluido el plazo para su interposición.

Ante tal deficiencia, algunos tratados incluyen una cláusula de arbitraje en los artículos del MAP, como el artículo 26.5 del Convenio entre los Estados Unidos Mexicanos y los Estados Unidos de América para evitar la doble imposición en materia de impuesto sobre la renta y el patrimonio y prevenir el fraude y la evasión fiscal⁶². En este aspecto es indispensable analizar las disposiciones de la Convención de Arbitraje de la Unión Europea de 1995.

⁶⁰ Comentario cuarenta del artículo 25 de la Convención Modelo de la OCDE.

⁶¹ Best practice 13, *Manual on Effective Mutual Agreement Procedures*.

⁶² Cuando una dificultad o duda respecto de la interpretación o aplicación del presente Convenio no pueda resolverse por las autoridades competentes de conformidad con los párrafos anteriores del presente artículo, el caso podrá someterse a arbitraje si las autoridades competentes y los contribuyentes involucrado así lo acuerdan, siempre que los contribuyentes involucrado acepten por escrito obligarse a la decisión de la junta. La decisión de la junta de arbitraje en un caso particular será obligatoria para ambos Estados respecto a dicho caso. Los

Para el contribuyente la consecuencia principal del acuerdo sería la redefinición de la base imponible o la devolución de los impuestos pagados con el interés de demora correspondiente.

Por otra parte, no es claro el carácter vinculante de la resolución del procedimiento amistoso, aunque la opinión de la mayoría de la doctrina sostiene su obligatoriedad para los tribunales.

Ahora bien, el acuerdo al que lleguen las administraciones tiene como limitante las propias disposiciones del tratado para evitar la doble imposición, pues no puede dejarse sin contenido mediante dicho acuerdo.⁶³

Para llegar a un acuerdo, las administraciones deben determinar su postura de conformidad con sus disposiciones tributarias internas y con las disposiciones del tratado, pero también pueden, como última opción, acudir al recurso de la equidad.⁶⁴

La última etapa del procedimiento amistoso la constituye la notificación al contribuyente del acuerdo alcanzado. Aquí se pueden dar dos supuestos:

- i. El contribuyente acepta la solución.- Entonces ambas administraciones aplican el acuerdo alcanzado, siendo los efectos normales la exención o deducción para evitar la doble imposición o la devolución correspondiente.

Es común que se pida al contribuyente que renuncie a los recursos internos antes de hacer efectiva la decisión, con el fin de evitar una contradicción entre el acuerdo y la sentencia judicial. En caso contrario, a pesar de la decisión tomada por los tribunales, el acuerdo derivado del procedimiento amistoso subsiste, pero la administración debe tomar en cuenta el fallo del tribunal.

- ii. El solicitante rechaza la solución.- Desafortunadamente, y aunque el contribuyente no es parte en el procedimiento amistoso, su rechazo a la solución alcanzada representa la nulidad y/o ineficacia del mismo. Ante dicho escenario, lo único que resta es que las administraciones traten de solucionar el problema de conformidad con su legislación interna y con el tratado. Empero, el contribuyente puede recurrir la situación producida por la imposición no conforme con el tratado ante los tribunales, siempre que exista la vía legal atinente. Aquí resulta oportuno señalar que es responsabilidad del contribuyente tomar las medidas necesarias para evitar la prescripción de la acción por el transcurso del tiempo.⁶⁵

En esta tesitura, es importante revisar el comentario veintitrés el artículo 25 de la Convención.⁶⁶

En adición a lo anterior, el contribuyente puede suspender la aceptación del acuerdo alcanzado mediante el procedimiento amistoso hasta que los tribunales hayan dictado la sentencia en el juicio correspondiente.⁶⁷

Otro tema no menos importante es el de la publicación de los acuerdos derivados del MAP. Publicar cualquier acuerdo alcanzado de conformidad con el artículo 25.3 de la Convención, aplicable a todos o a una categoría general de contribuyentes, mejoraría sobremanera la forma de resolver las controversias⁶⁸. Empero, no es una práctica homogénea publicar dichos acuerdos. Por otra parte, no parece necesario o recomendable publicar los acuerdos derivados de un MAP iniciado con fundamento en el artículo 25.1 de la Convención.

procedimientos se establecerán entre ambos Estados a través de un intercambio de notas por la vía diplomática. Lo previsto en este párrafo surtirá sus efectos después de que los Estados lo acuerden por medio de un intercambio de notas diplomáticas.

⁶³ SERRANO ANTÓN, Fernando, *Op.cit.* p.157-159.

⁶⁴ Comentario veintisiete del artículo 25 de la Convención Modelo de la OCDE.

⁶⁵ SERRANO ANTÓN, Fernando, *Op.cit.* p.159-160.

⁶⁶ *Infra.*

⁶⁷ Comentario treinta y uno al artículo 25 de la Convención Modelo de la OCDE.

⁶⁸ Best practice 1, *Manual on Effective Mutual Agreement Procedures.*

3.9. Los efectos de los acuerdos alcanzados mediante el procedimiento amistoso.

En este punto, vale la pena preguntarnos si los acuerdos alcanzados mediante el MAP son vinculantes. En principio, son vinculantes para las administraciones implicadas, siempre que las autoridades competentes no modifiquen ni rescindan el acuerdo amistoso⁶⁹.

Sin perjuicio de lo anterior, no existe medio alguno para forzar la ejecución del acuerdo alcanzado por los Estados. Esto es, la ejecución se deja a la buena fe de los países, lo que representa una de las principales desventajas del MAP, pues de nada sirve un procedimiento y solución impecables si al final no se puede ejecutar el acuerdo alcanzado.

No obstante, tales acuerdos no son vinculantes para los tribunales u órganos jurisdiccionales, salvo que así se estatuya en la legislación interna de los países.

Por otra parte, dichos acuerdos pueden ser objeto de recursos ante los tribunales domésticos en caso de extralimitación o violación del tratado para evitar la doble imposición.

Finalmente, los efectos de un acuerdo pueden ser: *dictar una nueva liquidación, desistir de la correlativa reclamación o recurso, o bien realizar una devolución*. Este acuerdo sólo es aplicable al caso concreto, por lo que no afecta en manera alguna los casos que se susciten con planteamientos similares.⁷⁰

3.10. Deficiencias del MAP

Aunque el MAP representa un instrumento aceptable de solución de diferencias, de conformidad con los argumentos previamente expuestos, así como los comentarios al artículo 25 de la Convención Modelo y el artículo del Dr. Fernando Serrano Antón⁷¹, este mecanismo tiene, entre otras, las siguientes deficiencias:

- 1) El MAP no es satisfactorio para el contribuyente principalmente porque las autoridades competentes sólo están obligadas a tratar de solucionar el problema.
- 2) No garantiza la eliminación de la doble imposición.
- 3) Excesiva duración del procedimiento cuando es indeterminado.
- 4) El contribuyente no es parte del MAP, por lo que su participación se encuentra bastante acotada.
- 5) En algunas legislaciones existen límites para la ejecución del acuerdo alcanzado.
- 6) No existen medios que garanticen la ejecución del acuerdo, ya que depende de la legislación interna de los Estados.
- 7) No existe una práctica homogénea para la publicación de los criterios que las administraciones tributarias siguen en el desarrollo del procedimiento, ni de las soluciones alcanzadas mediante acuerdos amistosos.

Ante tales deficiencias, hay voces que proponen el mejoramiento del MAP, y otras que consideran mejor opción emplear otros medios de solución de diferencias. Algunos autores sugieren que en vez de instrumentar un acuerdo amistoso se solicite la opinión de un tercero que sea imparcial, como el Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE, aunque la decisión final la tomarían los Estados.⁷² El problema es que tal opinión no sería vinculante para los Estados involucrados.

Otras personas se inclinan por el arbitraje como la mejor forma de solución de controversias, teniendo como parámetro la Convención de Arbitraje de la Unión Europea. Esta parece ser la mejor forma de solución de diferencias, el problema es determinar la manera de implementar el arbitraje en materia tributaria.

⁶⁹ Cometario treinta y seis al artículo 25 de la Convención Modelo de la OCDE.

⁷⁰ SERRANO ANTÓN, Fernando, *Op.cit.* p.164-165.

⁷¹ *Ibidem*.

⁷² Cometario cuarenta y seis al artículo 25 de la Convención Modelo.

4. El arbitraje fiscal en la actualidad

Actualmente un número considerable de tratados para evitar la doble imposición contienen cláusulas arbitrales, aunque muchas son deficientes. Por ejemplo, el artículo 26.5 del tratado para evitar la doble imposición celebrado entre México y Estados Unidos prescribe lo siguiente:

“Cuando una dificultad o duda respecto de la interpretación o aplicación del presente Convenio no pueda resolverse por las autoridades competentes de conformidad con los párrafos anteriores (MAP) del presente Artículo, el caso podrá someterse a arbitraje si las autoridades competentes y los contribuyentes involucrados así lo acuerdan, siempre que los contribuyentes involucrado acepten por escrito obligarse a la decisión de la junta. La decisión de la junta de arbitraje en un caso particular será obligatoria para ambos Estados respecto a dicho caso. Los procedimientos se establecerán entre ambos Estados a través de un intercambio de notas por la vía diplomática. Lo previsto en este párrafo surtirá sus efectos después de que los Estados lo acuerden por medio de un intercambio de notas diplomáticas.

La mayoría de las cláusulas arbitrales contenidas en los tratados para evitar la doble imposición son similares a la previamente transcrita. Esto es, el arbitraje es precedido por una controversia no solucionada por el MAP; no es obligatorio someter el caso a arbitraje y, en su caso, se requiere del consentimiento de las administraciones y contribuyentes involucrados para iniciar el procedimiento arbitral; el laudo es vinculante, aunque no se prevé el medio para asegurar su ejecución y la sanción ante su inobservancia; las reglas procedimentales son establecidas por las administraciones involucradas en base a cada caso concreto.

Se pretende suplir las deficiencias del MAP mediante una cláusula arbitral, pero no se establece la obligación de las autoridades de someter el caso a arbitraje, salvo casos excepcionales, como el del tratado entre Austria y Alemania⁷³. Para someter el caso a arbitraje se requiere del consentimiento de las autoridades y de los contribuyentes implicados. En otras palabras, si una autoridad o contribuyente no está de acuerdo automáticamente se bloquea el procedimiento arbitral, y se tiene que **intentar resolver** la controversia mediante el MAP.

Por otra parte, se establece el carácter vinculante del laudo, pero no existen mecanismos para garantizar que sea efectivamente cumplido. En el arbitraje comercial internacional esto se ha logrado a través de convenciones como la Convención para la Ejecución y Reconocimiento de Laudos Arbitrales de Nueva York de 1959, en la que se contemplan limitativamente los supuestos en los que se puede declarar nulo el laudo⁷⁴.

Amén de lo anterior, la cláusula arbitral no contiene las reglas procedimentales del arbitraje, éstas son fijadas por los Estados interesados una vez que han decidido someter el conflicto a arbitraje. Esta situación resta celeridad y certeza jurídica al arbitraje. Sería mejor que en la cláusula se encontraran dichas reglas o que se remitiera a las reglas de arbitraje de alguna institución arbitral.

4.1. La Convención Europea sobre Precios de Transferencia.

Esta Convención fue publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea el 23 de julio de 1990, pero entró en vigor cinco años después. Se trata de una Convención multilateral, aplicable a las controversias derivadas del ajuste de utilidades entre empresas (en un sentido amplio) relacionadas, ubicadas en dos Estados contratantes diversos. Es decir, su objeto es proporcionar herramientas para resolver controversias relacionadas con precios de transferencia, únicamente se aplica a este tipo de conflictos.

⁷³ Ver el reporte de Ines Hofbauer y Züguer en *Proceeding to Conference on Arbitration Procedures in Tax Treaty Law*.

⁷⁴ Cfr. Artículo V de la Convención de Nueva York.

El artículo 5 de la Convención establece que cuando un Estado pretenda hacer un ajuste a las utilidades de una empresa está obligado a informar a esta última de su intención. La empresa puede notificar dicha situación a la otra involucrada en los precios de transferencia, para que esta última se lo haga saber a las autoridades de su Estado de residencia.

Si el segundo Estado y las empresas interesadas consienten el ajuste de precios entre las partes y, consecuentemente, de las utilidades, el problema de la potencial doble tributación estará solucionado.

Sin embargo, si las autoridades no llegan a un acuerdo en cuanto al ajuste de precios y utilidades, deberán hacer su mejor esfuerzo para solucionar el problema mediante el MAP, que es muy similar al contenido en los tratados bilaterales para evitar la doble tributación internacional.

Esto es, la empresa que considere que los principios del artículo 4 no han sido respetados puede presentar el caso ante las autoridades del Estado del cual es residente o en donde tenga un establecimiento permanente. El plazo para la presentación del caso es de tres años contado a partir de la notificación o del primer acto que resulte o pueda resultar en doble imposición.

Si han transcurrido dos años desde que el caso fue presentado y no ha sido resuelto mediante el MAP, el conflicto deberá someterse a arbitraje. Para tal efecto se establece una Comisión, que se compondrá por dos representantes de cada Estado, dos personas independientes seleccionadas por acuerdo mutuo o mediante votación, y un presidente, seleccionado de una lista de personas independientes por los demás integrantes de la Comisión.

La Comisión tiene seis meses para emitir su opinión, la cual es adoptada por la mayoría de sus miembros. Si transcurridos otros seis meses las autoridades no han solucionado el problema, entonces deberán aceptar la decisión de la Comisión. En otras palabras, las autoridades pueden dar una solución distinta, pero siempre que no transcurran seis meses desde que la Comisión haya emitido su opinión.

La Convención de Arbitraje de la Unión Europea ha sido objeto de diversas críticas, entre las que destaca su estatus legal. El fundamento de la Convención se localiza en el artículo 220⁷⁵ del Tratado de Roma, que prescribe que de ser necesario los Estados deberán entrar en negociaciones con el fin de eliminar la doble imposición en la Comunidad.

Inicialmente la Comisión de las Comunidades Europeas propuso implementar el arbitraje mediante una directiva, pero los Estados parte no accedieron, sobre todo por el temor de ceder parte de su soberanía tributaria en problemas de precios de transferencia en los que no había reglas claras⁷⁶. Esto habría dado un carácter supranacional al procedimiento arbitral y competencia a la Corte de Justicia Europea para monitorear e interpretar los términos del procedimiento arbitral; asimismo, habría otorgado a la Comisión Europea la posibilidad de iniciar procedimientos de incumplimiento o violación ante la Corte Europea en contra de cualquier Estado que no aplicara el procedimiento arbitral o no cumpliera con los laudos arbitrales.

4.2 El arbitraje en la Convención Modelo de la OCDE

Los comentarios al artículo 25 de la Convención⁷⁷ reconocen que el MAP no es satisfactorio desde el punto de vista del contribuyente, porque las autoridades deben tratar de solucionar la controversia, pero no están obligadas a encontrar una solución. Por lo tanto, si las autoridades no solucionan la controversia mediante el MAP, es factible que subsista la doble imposición aunque sea contraria al sentido y propósito del tratado.

⁷⁵ En el Tratado de Ámsterdam le corresponde el número 293.

⁷⁶ SCHELPE, D., *The Arbitration Convention: its origin, its opportunities and its weaknesses*, EC Tax Review, 1995/3, at 71.

⁷⁷ Comentarios 45 a 49 de la Convención Modelo de la OCDE.

Con el fin de evitar dicho escenario, se recomienda la posibilidad de solicitar la opinión de un tercero imparcial (tal vez del Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE), aunque la decisión final la tomarían los Estados. Esto es, no sería vinculante la opinión emitida por el tercero.

Otra alternativa sería la adopción del arbitraje, tomando como ejemplo la Convención de Arbitraje de la Unión Europea de 1990. En esta opción se ha trabajado arduamente, y los resultados se plasmaron inicialmente en el documento titulado “*Mejorando la Solución de Controversias de Tratados Fiscales*”. Posteriormente se adicionó el párrafo quinto al artículo 25 de la Convención, que prescribe lo siguiente:

“5. Cuando,

a) conforme al párrafo 1, una persona ha presentado un caso ante la autoridad competente de un Estado contratante, en base a que la acción de uno o ambos Estados ha resultado para esa persona en imposición disconforme con las provisiones de esta Convención, y

b) las autoridades competentes son incapaces de llegar a un acuerdo para resolver el caso conforme al párrafo 2 en un período de dos años contados desde la presentación del caso ante la autoridad competente del otro Estado contratante.

Cualquier asunto no resuelto proveniente del caso debe ser sometido a arbitraje si la persona lo solicita. Esos asuntos no resueltos no deben ser sometidos a arbitraje si una decisión ha sido emitida por la corte o tribunal administrativo de cualquiera de los Estados. A menos que una persona directamente afectada por el caso no acepte el acuerdo mutuo que implementa el laudo arbitral, esa decisión debe ser vinculante en ambos Estados y debe ser implementada sin importar cualquier límite de tiempo establecido en las leyes domésticas de esos Estados.”

Como podemos observar, las disposiciones contenidas en el nuevo párrafo del artículo 25 son prácticamente iguales a las de la Convención Europea de Arbitraje. Es decir, si transcurridos dos años desde que se solicitó el inicio del MAP las autoridades no han llegado a un acuerdo mutuo, el contribuyente puede solicitar el inicio del arbitraje, salvo que una corte o tribunal administrativo nacional hayan emitido una resolución en el asunto. El laudo arbitral será vinculante para los Estado interesados, siempre que el contribuyente lo acepte, debiendo implementarse sin importar los plazos establecidos en la legislación doméstica.

Sería práctico que en algunos ciertos supuestos el contribuyente no tuviera que esperar a que transcurrieran dos años para solicitar el inicio del procedimiento arbitral, porque seguramente hay casos en los que desde un inicio es claro que las autoridades no llegarán a un acuerdo, y no vale la pena esperar a que transcurran dos o más años. Además, sería sano que también los Estados involucrados pudieran solicitar el inicio del procedimiento arbitral.

El arbitraje no es un recurso adicional, si las autoridades competentes han llegado a un acuerdo mutuo que no deja asunto alguno sin resolver relativo a la aplicación de la Convención, no podrá iniciarse el procedimiento arbitral, incluso si el contribuyente considera que el acuerdo no provee una solución adecuada. Es decir, la solución del caso continúa supeditada al MAP, en tanto que la solución de un tema en específico que obstruye la adopción de un acuerdo mutuo se resolverá mediante el procedimiento arbitral. Esta es la diferencia fundamental del procedimiento establecido en el párrafo 5 del artículo 25 de la Convención con el arbitraje comercial internacional, porque en este último la jurisdicción del panel arbitral se extiende a la resolución integral del problema⁷⁸.

⁷⁸ OCDE, *Improving the Resolution on Tax Treaty Disputes*, February 2007, p. 7.

Por lo tanto, cualquier asunto resuelto mediante el MAP no podrá ser objeto de arbitraje. Si las autoridades han llegado al acuerdo de que la imposición ha sido de conformidad con el tratado, no habrá tema sin resolver, y el caso debe considerarse concluido.

Ahora bien, si se toma la determinación de iniciar un procedimiento arbitral, bien valdría la pena que el panel resolviera el problema presentado en su totalidad, y no únicamente un tema aislado.

Resulta impráctico requerir la aceptación del acuerdo mutuo que implementa el laudo arbitral por parte del contribuyente para que sea vinculante para los Estados interesados.

Uno de los puntos determinantes para que se haya incrementado el uso del arbitraje comercial internacional es el carácter vinculante de los laudos. Sería deseable que los laudos arbitrales emitidos de conformidad con el párrafo 5 del artículo 25 de la Convención fueran vinculantes *per se*, sin estar supeditados a la aprobación del contribuyente.

Empero, ¿qué sentido tendría que el laudo arbitral fuera vinculante si el acuerdo mutuo que lo implementa no lo es? Tal vez sería más lógico que el caso se resolviera íntegramente mediante arbitraje y que el laudo fuera vinculante en automático, como acontece en el arbitraje comercial internacional.

Como sucede en la Convención Europea de Arbitraje, también se prevé la posibilidad de que las autoridades no observen lo establecido en laudo arbitral y que lleguen a un acuerdo diferente, siempre que lo hagan en un período de 6 meses posteriores a la notificación del laudo. En su defecto, el laudo será vinculante para ambos Estados.

La solicitud tiene que presentarse por escrito y los interesados deben asegurar que ninguna corte o tribunal administrativo ha emitido resolución en el tema que será sometido a arbitraje. Las autoridades tienen tres meses para ponerse de acuerdo en los temas que serán objeto de arbitraje, es decir, establecer el objeto del arbitraje.

El panel arbitral se compondrá por 3 árbitros, cada autoridad competente nombrará uno y el tercero, quien será el presidente, será nombrado por los dos ya designados. En caso de que las autoridades no hayan nombrado al árbitro que les corresponde, dicho nombramiento lo hará el Director del Centro de Política Fiscal y Administración de la OCDE.

El contribuyente que solicite el inicio del procedimiento arbitral podrá presentar sus argumentos ante el panel en condiciones similares a las del MAP. Cada parte soportará los costos inherentes a su participación, incluyendo la remuneración del árbitro designado por cada uno de ellos.

El laudo arbitral deberá basarse en las disposiciones del tratado y en las leyes domésticas de los Estados Contratantes. El tratado será interpretado de conformidad con los principios contenidos en el artículo 31 a 34 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, tomando en cuenta los comentarios a la Convención Modelo de la OCDE y los Lineamientos sobre Precios de Transferencia de la OCDE. La decisión se tomará por mayoría simple y deberá ser notificada en un plazo de 6 meses contados a partir de que el Presidente del panel haya notificado a las autoridades y al contribuyente que cuenta con la información necesaria para iniciar el análisis de la caso.

El laudo será vinculante, salvo que no pueda ejecutarse por las cortes debido a la violación del párrafo 5 del artículo 25 o a alguna regla procedimental incluida en los términos de referencia o en el acuerdo arbitral que pudiera haber afectado la resolución final.

Las autoridades deberán implementar el laudo mediante la adopción de un acuerdo mutuo en un plazo de 6 meses contado a partir de la notificación del laudo.

Pese a todo lo anterior, en caso de que se grave al contribuyente en forma diversa al acuerdo mutuo o de que no se implemente el laudo arbitral en dicho acuerdo, el contribuyente no tendrá más opción que acudir a las instancias domésticas, siempre que esté en tiempo de hacerlo. Cabe preguntarse ¿Es realmente vinculante el laudo arbitral emitido dentro de un MAP?

5. Reflexión final

Aunque en un principio había reticencia a utilizar el arbitraje en la materia tributaria, algunos tratados para evitar la doble tributación ya contienen cláusulas arbitrales, mediante las que se recomienda que los casos no resueltos a través del MAP en un período razonable –generalmente dos años- sean objeto de arbitraje. Sin embargo, en la mayoría de los tratados es optativo para las partes iniciar dicho procedimiento.

Adicionalmente, los laudos no son vinculantes a menos que el contribuyente lo acepte, lo cual reduce considerablemente la funcionalidad del arbitraje, porque uno de los puntos que distingue al arbitraje de otros medios alternativos de solución de diferencias como la negociación o la mediación, es el hecho de que la resolución es vinculante para las partes y pueden ser constreñidos a cumplirla en caso de que no lo hagan voluntariamente.

La Convención de Arbitraje de la Unión Europea, que ha recogido principios del arbitraje comercial internacional, representa un avance considerable en la implementación del *arbitraje obligatorio* en el ámbito tributario. Su aporte principal es obligar a las partes a someter el caso a arbitraje si no ha sido solucionado en un plazo de 2 años mediante el MAP. Las partes no tienen alternativa, solucionan la controversia mediante el procedimiento amistoso o lo tendrán que hacer mediante arbitraje. Aunque tienen la facultad de llegar a un acuerdo que se aparte del laudo, pero tienen que hacerlo en 6 meses, de lo contrario aquél será vinculante.

Por su parte, el artículo 25 de la Convención de la OCDE contempla el arbitraje como complemento del MAP, el problema es que el laudo no es vinculante para las partes, salvo que el contribuyente afectado así lo admita. El resultado puede ser un largo procedimiento arbitral cuyo laudo no se ejecute.

En mi opinión, las características principales del arbitraje en materia fiscal deben ser:

- Tanto el contribuyente afectado como los Estados involucrados deben estar facultados para solicitar el inicio del arbitraje;
- El arbitraje debe ser obligatorio si el caso no ha sido resuelto en un plazo prudencial –no necesariamente 2 años- mediante el MAP;
- En algunos supuestos debe existir la posibilidad de resolver el caso directamente mediante arbitraje, sin necesidad de agotar el MAP;
- Una vez que se inicie el arbitraje ya no habrá posibilidad de resolver el caso mediante el MAP;
- El laudo arbitral debe ser vinculante para el contribuyente y para los Estados, estableciendo el mecanismo adecuado para asegurar su ejecución;
- El objeto principal del arbitraje debe ser resolver casos de doble imposición jurídica o económica;
- Deben establecerse las reglas procedimentales desde la solicitud de inicio del arbitraje hasta la ejecución del laudo. En lo relativo a la constitución del panel es fundamental que se asegure su neutralidad;
- Podría sujetarse el arbitraje a reglas arbitrales ya establecidas como las de la Convención Modelo de UNCITRAL; incluso el procedimiento podría ser conducido por algún organismo internacional como la OCDE mediante su Comité de Asuntos Fiscales.
- El resultado del arbitraje debe ser indefectiblemente la eliminación de la doble imposición;
- Puede denegarse el reconocimiento y ejecución del laudo arbitral, pero en casos limitados, tomando como ejemplo el artículo V de la Convención de Nueva York.