

**ICC** MEXICO

# PAUTA

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



## Arbitraje.

No. 79 SEPTIEMBRE 2016

No. 79 Septiembre 2016

### ICC México PAUTA

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

### Consejo Editorial

#### Presidente ICC México

Lic. María Fernanda Garza Merodio

#### Vicepresidentes ICC México

Dr. Claus von Wobeser

Lic. Rodrigo Quintana Kawage

Lic. Alberto Espinosa Desigaud

#### Tesorero ICC México

Lic. Luis Fernando Mendoza Arroyo

#### Directora General ICC México

Lic. Yesica González Pérez

#### Directora de Comisiones y Grupos de Trabajo

Lic. Laura Altamirano López

(Editor responsable de Pauta)

#### Gerente de Comisiones y Grupos de Trabajo

Lic. María Fernanda David González

#### Coordinador de Comunicación Interna y Externa

Lic. Rolando Almada Reyes Couret

#### Creación en formato Electrónico

Lic. Rafael Rios Kunkel

Pauta Boletín Informativo del Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio.- Es una publicación de análisis educativo, social, comercial, financiero, económico e internacional, exclusivo para socios del Capítulo Mexicano de la Cámara

Internacional de Comercio. Las ideas expuestas por nuestros colaboradores no corresponden necesariamente al pensamiento de ICC México. Su distribución es exclusivamente para socios activos de ICC México.

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

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

Editor Responsable: Lic. Rosa Laura Altamirano López

Número de certificado de reserva otorgado por el Instituto Nacional del Derecho de Autor Abril 2003: 04-2003-040217502100-106

Número de Certificado de Licitud de Título: 11518

Número de Certificado de Licitud de Contenido: 8105

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

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

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

Género: Difusiones Periódicas

Especie: Difusión vía red de computo

web: www.iccmex.mx

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

**5 APUNTE SOBRE LA TRANSPARENCIA EN LA ACTUACIÓN DE LA CORTE INTERNACIONAL DE ARBITRAJE DE LA ICC**

Carlos Leal-Isla Garza

**10 BREVE REFLEXIÓN EN TORNO A LAS DILIGENCIAS PARA MEJOR PROVEER EN EL ARBITRAJE COMERCIAL PRIVADO EN MÉXICO**

Luis Ernesto Peón Barriga, Erick Emmanuel Clavel Benitez

**22 DISPUTE RESOLUTION UNDER THE NEW MEXICAN ENERGY LAWS**

Claus Von Wobeser

**33 LA ACCIÓN PRO FORMA Y EL ACUERDO DE ARBITRAJE COMERCIAL**

Gustavo Morante Aguirre

**47 LA PRODUCCIÓN DE DOCUMENTOS EN EL ARBITRAJE DE LA ICC**

Andrea Rivera Ríos, Guillermo Coronado Aguilar

**52 LAS MiPyMEs Y LA INCORPORACIÓN DE CLÁUSULAS ARBITRALES A ESTATUTOS SOCIALES, ASÍ COMO LA INCORPORACIÓN DE PARTES ADICIONALES EN EL ARBITRAJE BAJO EL REGLAMENTO DE ARBITRAJE 2012**

Guillermo Coronado Aguilar

**59 LOS CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL**

José Antonio Álvarez Méndez

**68 LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO DEL ARBITRAJE**

James A. Graham

**80 PROPICIANDO MEDIACIÓN: UNA PROPUESTA, SUS CRÍTICAS Y OBSERVACIONES**

Francisco González de Cossío

## Carta del Presidente

Estimados socios:

En los últimos 20 años, el uso del arbitraje comercial internacional y de otros medios alternativos de solución de controversias se ha disparado de manera exponencial en América Latina y Europa. De todas las organizaciones que brindan servicios de arbitraje internacional, la International Chamber of Commerce (ICC) es la organización preferida en todo el mundo para servicios de resolución de controversias y sin lugar a dudas la institución más recurrida para el arbitraje internacional.

De 1923 a la fecha, la Corte Internacional de Arbitraje de la ICC ha administrado más de 20 mil casos, y tan sólo en 2015, la Corte recibió 800 casos de diversas partes del mundo. Por otra parte, nuestro Centro Internacional de Solución Alternativa de Controversias (ICC International Centre for ADR) ofrece otras opciones y medios alternativos de solución de controversias con medios adecuados a cada caso.

Por esta razón, dedicamos nuestro Boletín Informativo de ICC México Pauta 79 al arbitraje internacional. En este número contamos con valiosas contribuciones hechas por nuestros miembros de la Comisión de Arbitraje de ICC México.

A lo largo de su existencia, la ICC ha sido una organización que promueve el fortalecimiento de los vínculos comerciales para lograr un mayor crecimiento económico, mejores estándares de vida y relaciones más armónicas y pacíficas entre las naciones. Para garantizar la consecución de estos objetivos, la ICC México se trabaja todos los días para ofrecer al sector empresarial de nuestro país, diversas opciones y herramientas para hacer más ágil, neutral y profesional la solución de controversias comerciales.

Confío en que este número sea de su interés y reiteramos nuestra invitación de participar en la Comisión de Arbitraje y ADR de nuestra organización a todos nuestros socios.

Saludos Cordiales,



María Fernanda Garza Merodio  
Presidente



**Carlos Leal-Isla Garza**

Vicepresidente del Comité de Arbitraje Nuevo León de la ICC México, por un periodo de 2 años. Socio fundador de Leal Isla & Horváth S.C. Es Licenciado en Derecho por la Universidad de Monterrey; tiene maestría y doctorado en derecho por la Universidad de París II, así como una maestría (LL.M.) en Solución de Controversias Internacionales por la Escuela de Derecho de la Universidad Fordham, en Nueva York.

Recientemente fueron emitidas nuevas reglas en relación con el proceso de escrutinio que realiza la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional a los proyectos de laudos elaborados por los árbitros. Se trata de un tema trascendente para el arbitraje ICC, pues se integran más elementos para fortalecer la transparencia y en última instancia la seguridad que esperan las partes de los arbitrajes que son administrados por esta institución.

Las referidas reglas vienen a sumarse a otras que ha venido implementando la Corte para mejorar sus prácticas tendientes a la transparencia en su actuación como institución administradora de arbitrajes<sup>1</sup>. Sin duda la transparencia constituye un elemento favorable por múltiples razones. Aunque desde luego encuentra límites naturales en la expectativa de confidencialidad que tienen las partes en el procedimiento arbitral.

## I. Reglas de transparencia adoptadas por la ICC

Existen diversos momentos en que interviene la institución a lo largo de un procedimiento de arbitraje. No en todos es fundamental que exista transparencia. De hecho, existen actuaciones en las que la transparencia no es esperable, como por ejemplo cuando se tramita la designación de un árbitro de emergencia.

Sin embargo, destacan dos aspectos en los cuales la Corte ha implementado mecanismos tendientes a fortalecer la transparencia: en torno al proceso de designación o destitución de árbitros (A) y en cuanto al proceso de escrutinio de los laudos (B).

### A. Transparencia en la designación de árbitros

Durante el año 2015 la Corte implementó la política de comunicar las razones por las que tomaba ciertas decisiones de carácter administrativo, en especial vinculadas con la designación de los árbitros.

Específicamente el 8 de octubre de 2015 la ICC anunció que si las partes en un arbitraje lo solicitan, la Corte debe comunicar las razones por las cuales ha tomado decisiones en cuanto a solicitudes de recusación o de remplazo de árbitros, conforme a los artículos 14 y 15(2)<sup>2</sup> de su reglamento, así como respecto a la competencia prima facie en términos del artículo 6(4) del propio Reglamento, y finalmente respecto a la

<sup>1</sup> Accesibles en el sitio de la ICC: <http://www.iccwbo.org/Products-and-Services/Arbitration-and-ADR/Arbitration/Practice-notes,-forms,-checklists/>.

<sup>2</sup> Vigente a partir del 1 de enero de 2012.

consolidación de procedimientos arbitrales bajo el artículo 10 del mismo .<sup>3</sup>

Con esto, la ICC siguió una tendencia que había establecido la International Bar Association a través de sus lineamientos en cuanto a Conflictos de Interés en el Arbitraje Internacional, de 2014<sup>4</sup>, aunque sin llegar al nivel de exigir que los árbitros revelen si existe un tercero que esté fondeando al tribunal o a alguna de las partes.

La obligación de los árbitros de revelar cualquier vínculo se mantiene durante todo el procedimiento, por lo que no pueden valerse de una eventual autorización emitida por las partes para que continúe con su cargo, si las circunstancias cambian. Por ejemplo, si durante el curso del procedimiento el árbitro acepta la invitación a integrarse a la firma de una las partes, es un hecho que debe ser revelado por el árbitro. Como lo dispone la nota de la ICC, y ha sido una regla bien entendida en arbitraje, la declaración de una circunstancia como la expuesta no necesariamente conllevará a la destitución del árbitro en cuestión.

La forma en que la Corte resuelve sobre las recusaciones planteadas a los árbitros es a través de un voto de sus integrantes durante las sesiones mensuales. Destaca el hecho de que la decisión tomada por los miembros de la Corte es registrada por el secretariado de la ICC, y que si las partes lo solicitan entonces se debe proporcionar un informe sobre las razones por las cuales se llegó a la decisión de admitir la recusación y entonces remover al árbitro en cuestión, o bien de rechazarla y permitir que el procedimiento arbitral siga su curso. Esta medida adoptada por la ICC conlleva un gran reto, puesto que la exposición de los motivos considerados en la decisión podría generar inconformidad, tanto del árbitro en cuestión como de la parte que lo propuso. Sin embargo, la exposición de las razones permite justificar la decisión de una mejor manera. Como es de esperarse, no se prevé en la nota la posibilidad de cuestionar la decisión de la Corte, por lo que en caso de recusación debe procederse al nombramiento de un nuevo árbitro, de conformidad con lo establecido en el Reglamento de Arbitraje<sup>5</sup>.

Otro de los ámbitos en los cuales la ICC ha ampliado la transparencia es con relación a los árbitros. En particular, el 17 de diciembre de 2015 la ICC implementó la decisión de publicar los nombres y la nacionalidad de los árbitros, quién de ellos fue designado presidente, y si fueron nombrados por la Corte o bien propuestos por las partes. Esta regla es aplicada a los casos iniciados a partir del 1 de enero de 2016. La información se publica cuando ha quedado integrado el tribunal y desde luego es actualizada si se presenta algún cambio durante el curso del procedimiento arbitral. La información se pone a disposición del público a través del sitio de la ICC, aunque los datos de las partes o el número del caso no son revelados, con el fin de proteger la confidencialidad<sup>6</sup>.

<sup>3</sup> "Nota para las Partes y Tribunales Arbitrales en la Conducción de un Arbitraje bajo el Reglamento de Arbitraje ICC", de fecha 1 de octubre de 2015.

<sup>4</sup> [http://www.ibanet.org/Publications/publications\\_IBA\\_guides\\_and\\_free\\_materials.aspx](http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx).

<sup>5</sup> Artículo 15 del Reglamento de Arbitraje de 2012.

<sup>6</sup> Aunque se prevé la posibilidad de que las partes acuerden sobre la revelación de dichos datos o incluso de otros que estimen de interés.

El objetivo de esta medida de revelación es brindar mayor certidumbre sobre el nivel de los árbitros pero también fomenta que haya una mayor apertura en el número de personas que pueden ser nombrados árbitros, así como en cuanto a la nacionalidad y el género de dichas personas. Esto sin duda genera un impacto positivo en el proceso de designación de los árbitros.

## B. Transparencia en el escrutinio de los laudos

En la nota emitida por la Corte en junio de 2016 se incluyen diversos pasos para que la ICC notifique, tanto a las partes como a los tribunales arbitrales, sobre el estatus que guardan los laudos en cuanto a escrutinio se refiere.

Como es sabido, la Corte hace observaciones -a través de sus expertos- sobre aspectos que de otra forma podrían llegar a trascender en el valor y la eficiencia procesal del laudo. En efecto, uno de los factores que distinguen a los arbitrajes ICC frente a la gran mayoría de las instituciones que administran arbitraje consiste precisamente en el escrutinio de los laudos. El artículo 33 del reglamento de arbitraje de la ICC dispone que *“[a]ntes de firmar un laudo, el tribunal arbitral deberá someterlo, en forma de proyecto, a la Corte. Esta podrá ordenar modificaciones de forma y, respetando la libertad de decisión del tribunal arbitral, podrá llamar su atención sobre puntos relacionados con el fondo de la controversia. Ningún laudo podrá ser dictado por el tribunal arbitral antes de haber sido aprobado, en cuanto a su forma, por la Corte”*.

Así, la Corte Internacional de Arbitraje asume un reto adicional, consistente en verificar que el laudo que habrá de dirimir una disputa seguida bajo los auspicios de la ICC, cumpla con ciertos requerimientos mínimos indispensables, formales pero también técnicos. En última instancia el objetivo de este servicio que ofrece la Corte es asegurar que el tribunal arbitral que haya llevado un arbitraje de conformidad con las reglas de la ICC, y por tanto bajo la administración de la Corte, sea un producto de excelente calidad, jurídicamente hablando. Ello debe traducirse en que el laudo sea menos susceptible de ser atacado con éxito en un procedimiento de nulidad, o bien al momento en que la parte perdedora busque que un juez deniegue el reconocimiento y/o la ejecución de dicho laudo, por algún defecto inherente al contenido del laudo.

Si bien existe debate sobre si la revisión de la Corte constituye una intromisión a la misión jurisdiccional del tribunal arbitral<sup>7</sup>, diversos criterios han establecido que dicha revisión tiene un alcance de redacción más que de verdadera alteración al fondo<sup>8</sup>.

La Corte Internacional consideró indispensable establecer reglas más concretas, a través de pasos a seguir, para que sean notificados tanto los árbitros como las partes, sobre si los laudos que se encontraban sujetos a

<sup>7</sup> Ver Seraglini C. y Ortscheidt J., *Droit de l'arbitrage interne et international*, Montchrestien, Paris, 2012, p. 789. Los autores remiten a estudios que discuten sobre la pertinencia de la revisión, incluyendo a favor: Loquin E., “L'examen du projet de sentence par l'institution et la sentence au deuxième degré. Réflexions sur la nature et la validité de l'intervention de l'institution arbitrale sur la sentence”, *Rev. Arb.* 1990, p. 427; y en contra: Kassis A., “Réflexions sur le Règlement de la Chambre de Commerce Internationale. Les déviations de l'arbitrage institutionnel”, *LGDJ*, 1988, num. 149-230.

<sup>8</sup> Ver por ejemplo la nota de Thomas Clay sobre el caso de la Sala Civil de la Corte de Casación francesa del 20 de febrero de 2001, en *Rev. Arb.* 2001, p. 511.

escrutinio fueron finalmente aprobados por la Corte, o bien si se estima necesario realizar un escrutinio más específico en una nueva sesión de la Corte<sup>9</sup>. Esta nota sigue una tendencia que ha venido desarrollando la Corte, al igual que otras instituciones enfocadas en la materia<sup>10</sup>. Sin duda la tendencia es positiva, aunque debe delimitarse su alcance.

## II. Alcance de la transparencia de la ICC

La transparencia es un componente indispensable para el éxito de una institución que, como la ICC, presta servicios de administración de procedimientos de arbitraje, por conducto de su Corte Internacional. No basta con que la actuación de la institución sea exacta y pulcra; debe además inspirar confianza en los usuarios del servicio, que en este caso son en un primer plano las partes en contienda, incluidos sus abogados, y también los árbitros que conocen de la controversia. Pero además se extienden hacia las empresas que ven en la cámara de comercio internacional a una alternativa para incorporar cláusulas de arbitraje bajo las reglas de la ICC en sus contratos.

Los beneficios de la transparencia son múltiples, comenzando por la generación de mayor confianza en el arbitraje, pero además fomenta árbitros más preparados que hagan mejor su trabajo, y en última instancia impulsa la credibilidad del arbitraje como un mecanismo idóneo para la resolución de controversias, especialmente en el ámbito internacional, donde las partes buscan la imparcialidad ligada a no estar conectadas a las cortes del país de su contraparte contractual.

Ahora bien, aunque la transparencia es deseable, ésta debe tener límites; su contraparte es la privacidad del proceso arbitral y la confidencialidad acordada por las partes. Todas las actividades desarrolladas por la Corte son confidenciales, por lo que ésta tiene la obligación de mantener en secreto su actuación, incluyendo los criterios para optar por destituir a un árbitro, o bien sobre el contenido del proyecto sujeto a escrutinio, entre otros aspectos<sup>11</sup>.

La transparencia no es necesariamente incompatible con la confidencialidad<sup>12</sup>. El reto para las instituciones arbitrales, como la ICC, consiste en encontrar un equilibrio. Los pasos que ha venido dando la Corte Internacional de Arbitraje constituyen una clara tendencia hacia la apertura.

Es posible que algunos encuentren en la transparencia una desventaja, tal vez porque se ponga en evidencia algún defecto en su actuación. Por ejemplo, si se anuncia que el laudo sigue estando sujeto a escrutinio, ello podría verse como que el trabajo del tribunal arbitral probablemente está siendo cuestionado (aunque no

<sup>9</sup> Destaca también el hecho de que la Corte haya aprobado consecuencias económicas cuando exista un retraso injustificado en el proceso de escrutinio. Estas sanciones van directamente en contra de la Corte, independientemente de las que pueden imponerse a los árbitros cuando el retraso obedezca a causas directamente atribuibles a ellos.

<sup>10</sup> Por ejemplo la London Court of International Arbitration, la IBA o el CIADI.

<sup>11</sup> Artículo 6 del Apéndice del Reglamento de Arbitraje de la ICC.

<sup>12</sup> Para una discusión sobre el tema ver: Rinaldo Sali, "Transparency and confidentiality: how and why to publish arbitration decisions", in "The rise of transparency in international arbitration", *Juris*, 2013, p. 75 y ss.

necesariamente sea el caso); o bien, si la Corte informa que un árbitro fue recusado por haberse demostrado que omitió proporcionar información que lo situaba en un claro conflicto de intereses con relación a las partes, ello podría afectar el prestigio del árbitro.

Sin embargo, no se trata de esconder los defectos y proteger a quienes erran; el interés mayor es asegurar que el arbitraje sea efectivo y que las partes puedan ver en las instituciones a un verdadero aliado. En última instancia, la transparencia beneficia a las partes en contienda por igual, y no puede decirse que afecte a los árbitros, pues ellos también tienen interés en que no se incurra en circunstancias que pudieran afectar su desempeño, a través de una acción de nulidad o al momento de la ejecución.

En todo caso, consideramos que los pasos que ha dado la Corte en torno a la transparencia, tanto respecto a la designación o destitución de árbitros, como en cuanto al proceso de escrutinio, deben ser bienvenidos; y los mismos no constituyen una afectación a la confidencialidad que esperan las partes del contenido de la sentencia<sup>13</sup>, puesto que lo que se revela es únicamente el estado que guarda la revisión que se realiza sobre el proyecto, y los datos de los árbitros, o en su caso los motivos por los cuales se resuelve en torno a la permanencia o no de algún árbitro.

Quizá cabría preguntarse si no debería promoverse la transparencia en otros aspectos del procedimiento arbitral en los que interviene la Corte. No necesariamente pensaríamos en hacer públicos los laudos, tema por demás discutido y discutible<sup>14</sup>, pues además en realidad la emisión del laudo no corresponde propiamente a la Corte, sino al tribunal arbitral. Aunque sí se podría aspirar a una más amplia publicidad de los contenidos, siempre cuidando la confidencialidad de las partes y de datos que pudieran permitir identificarlas a ellas o al caso en cuestión. Pero podría evaluarse la implementación de mayor transparencia en otros ámbitos, como por ejemplo en la propuesta de árbitros, o en la asignación de casos a los secretarios; o como ha sido propuesto, mediante una mayor información sobre los procedimientos, en especial respecto a la forma en que se implementan medidas para el adecuado funcionamiento del arbitraje, como por ejemplo a través de reducción a los honorarios de los árbitros por retrasos, o bien sobre las medidas tomadas para reducir costos, la duración de los procedimientos, etc.<sup>15</sup>

Ello contribuiría a continuar con la línea positiva de apertura que ha mostrado la Corte, y finalmente seguiría impulsando al arbitraje como la vía natural para resolver controversias en el comercio. Como lo expresó el Presidente de la Corte, Alexis Mourre, al emitirse la nota, “es imperativo que la ICC predique con el ejemplo y tome medidas para mejorar la transparencia y la rendición de cuentas en donde sea apropiado.” Seguramente la Corte continuará emitiendo notas y modificaciones en esta dirección.

<sup>13</sup> Ver Fouchard, Gaillard, Goldman, “Traité de l’arbitrage commercial international”, Litec, 1996, París, p. 786.

<sup>14</sup> Está claro que uno de los motivos por los cuales muchas de las partes prefieren el arbitraje es por la confidencialidad y secrecía que lograrán de su laudo. Aunque dicha expectativa es vulnerada cuando el mismo es sometido a un proceso judicial, como es el caso de la petición de medidas cautelares, o al plantearse una nulidad o al solicitarse el reconocimiento o la ejecución.

<sup>15</sup> Ver M. McIlWraith y R. Schroeder, “Users need more transparency in international arbitration” in “The rise of transparency in international arbitration”, Juris, 2013, p. 88 y ss.



**Luis Ernesto Peón Barriga**

Es Asociado Senior en el área de litigio y arbitraje comercial internacional en Hogan Lovells BSTL, en la Ciudad de México. Abogado con amplia experiencia en arbitraje nacional e internacional. Es Licenciado en Derecho por el Instituto Tecnológico Autónomo de México y tiene una Maestría (LL.M.) en Derecho por la Universidad de Sheffield en Reino Unido.



**Erick Emmanuel Clavel Benitez**

Es Asociado en las áreas de litigio, arbitraje comercial internacional y competencia económica en Hogan Lovells BSTL, en la Ciudad de México. Es Licenciado en Derecho por el Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey.

## Posturas Encontradas

La sabiduría popular dicta que en la mesa no hay que hablar de política, fútbol o religión. En el enorme espectro de temas a tratar, pareciera ser que estos tres se llevan la corona de polarizadores máximos. Como nadie se pone de acuerdo en la polémica, evitarlos es la solución. Un fenómeno similar sucede en las sobremesas de abogados. En el mundo jurídico existe una infinidad de temas que dividen opiniones; hay tantos que ninguno se lleva la corona. No obstante, en el mundo legal los temas complejos no deben ser rehuidos. Sus implicaciones demandan que los mismos sean abordados, analizados y consensuados. Evitarlos no los soluciona, sólo enquistas el disenso.

Un candidato al trono de los polarizadores jurídicos, en el contexto de los procesos de naturaleza privada, es el uso de diligencias para mejor proveer. En voz unísona, la doctrina ha dado por referirse a las diligencias para mejor proveer, como aquel instrumento probatorio de naturaleza extraordinaria que se ordena oficiosamente por los jueces o tribunales arbitrales, para hacerse de mayores elementos –distintos a los aportados por las partes– a fin de nutrir su acervo racional para emitir el fallo.

El debate enfrenta a juzgadores, postulantes y teóricos por igual. Si se usan, mal: el juzgador es un inquisidor; si no se usan, también mal: el juzgador es un espectador. En su más pura esencia, el debate se centra en nociones confrontadas sobre los principios que subyacen a los procedimientos adversariales, cuestión que no es ajena al arbitraje. En una esquina están los deontológicos que llevan la verdad (en su acepción material por la búsqueda de la verdad histórica) como estandarte. El impartidor de justicia tiene el deber de buscar la verdad y decir el derecho con base en ella –o en lo más cercano posible a ella-. En la otra esquina, están los “dispositivos” llevando la instancia de parte y la carga de la prueba como blasones. Las partes exponen sus pretensiones, los hechos sobre los que las sostienen y sus pruebas; sobre esa base y sólo sobre ella, el juzgador debe aplicar el derecho y en ello hacer descansar su función. En aquél, las diligencias para mejor proveer tienen una justificación genética. En éste, son casi una malformación genética.

En efecto, la cuestión resulta de total importancia en estos días, pues con la constante confrontación y reemplazo de paradigmas varios en que descansa la impartición de justicia, el arbitraje se enfrenta en la actualidad ante una coyuntura cuya atención merece una reflexión profunda: ¿el árbitro debe resolver a partir de lo alegado y probado por las partes? O, en la misión que se le delega para hacerse de la verdad para resolver un conflicto, tiene la facultad (¿si no es que la obligación?) de hacerse de medios de convicción que no hayan sido propuestos a instancia de parte interesada.

La función de impartición de justicia estatal, y más en lo que atañe a la anquilosada cultura judicial mercantil, demanda al impartidor de justicia a comportarse como un operador casi mecánico del sistema, cuya encomienda se restringe a normas procedimentales limitativas que le imponen estándares mínimos exigibles. Contrario a la tendencia que se observa en la materia arbitral, que en el contexto globalizado y con la influencia de sendos sistemas jurídicos, el cumplimiento de los deberes cognitivos y resolutores del árbitro, proponen una constante hacia un esfuerzo interpretativo mayor, que movido en una relación de origen y destino, procure como propósito la máxima convicción posible sobre la verdad de los hechos. Lo anterior, bajo la acepción más integral, incluso deontológica de un deber de justicia.

El debate está claramente enraizado y lejos del consenso. La escasez y parquedad de normas, jurisprudencia y doctrina al respecto provocan que el tema o sólo se mire de reojo o únicamente se debata en discusiones pírricas. Desde luego, esta pieza no pretende ser el puente que reconcilie el cisma, sino sólo la expresión de un punto de vista que frontalmente atienda el tema e invite al debate tomando la ruta que, en opinión de estos autores y como lo justifican más adelante, se mira más recta: las diligencias para mejor proveer en procedimientos arbitrales.

En el curso de esta reflexión haremos una disección del principio dispositivo, su relación con el arbitraje, de las facultades y limitaciones de los árbitros, de la regulación y utilización de las diligencias para mejor proveer y de las consecuencias de su uso en procedimientos arbitrales. Como el lector podrá apreciar tan sólo unas cuantas líneas dentro, la opinión aquí expresada lleva el sesgo de los “dispositivos” en donde, si bien no son satanizadas, las diligencias para mejor proveer se estiman una herramienta de ultimísimo recurso, siendo que el mecanismo entraña un verdadero ejercicio justificativo de quien lo emplea.

### **El principio dispositivo no es ajeno al Arbitraje, se encuentra en su misma concepción**

En materia de sistemas procesales dos son los sistemas históricamente prevalecientes: el inquisitivo y el dispositivo (los que atienen a la materia sustantiva que buscan tutelar). El inquisitivo es el sistema bajo el cual el juzgado puede –como su nombre lo indica– inquirir más allá de lo que las partes han hecho de su conocimiento. Lo anterior, en aras de proteger a una parte, que por ministerio de ley se le atribuye una posición de mayor vulnerabilidad, para lo cual el brazo protector del Estado, habilita la suplencia en la deficiencia de la queja del órgano resolutor. En razón de ello, el juzgador marca el paso del procedimiento,

interviene con claro propósito de tutelar un bien jurídico superior y se le permite su intervención activa en la identificación de los hechos constitutivos de la acción y la materia de la sentencia. Por el contrario, el principio dispositivo –como también lo indica su nombre– es el sistema bajo el cual el juzgador decide exclusivamente sobre lo que los contendientes han puesto a su disposición, hermano al principio de impulso procesal, obedecen tales máximas procesales, a la deber y carga de las partes de proponer el pleito. El procedimiento avanza conforme al estímulo de las partes y son sus postulados los que restringen la aptitud del órgano jurisdiccional para resolver el pleito. El universo fáctico, bajo esta concepción, descansa en lo alegado y probado por las partes.

Sin ahondar de más en la historia de cada uno de ellos, vale la pena mencionar un brevísimo antecedente histórico de cada uno de los sistemas procesales para poner en contexto las conclusiones que aquí se vierten y, de hecho, el punto de partida de esta reflexión. El sistema inquisitivo es el más longevo. Data de la Inquisición en el siglo XIII y de las cortes penales de Europa occidental.<sup>1</sup> El Estado (con sus juzgadores incluidos) es plenipotenciario y expende esos poderes a discreción y sin reserva. Con la Ilustración decimonónica, se genera una corriente reaccionaria que pugna porque la intervención del Estado se reduzca al mínimo en cuanto aspecto sea posible. Al cabo de algunos años, esta corriente termina por eclosionar en un nuevo modelo de Estado en donde los particulares deben ver por sus propios intereses dentro de un delgado marco legal cuyo parámetro son los mínimos exigibles. Cuando se trata de relaciones entre particulares, el Estado se repliega y restringe confiando que los particulares verán por y para sí. La normatividad sobre los procedimientos contenciosos navega esta misma ruta y así nace el sistema procesal dispositivo que hoy conocemos.

Pero el sistema inquisitivo no desapareció por completo. Las diligencias para mejor proveer son, sin duda alguna, sus reminiscencias.<sup>2</sup> Si bien aceptó un grado de intervención reducido, el Estado dejó una rendija por la cual sus juzgadores pudieran cumplir su misión ideal de impartir justicia con base en la verdad. Esto es una postura comprensible e incluso encomiable cuando se piensa en el encargo de los impartidores de justicia del Estado. Sin embargo, este vestigio no deja de ser sólo un poro en la piel del sistema procesal y –sobre todo– del modelo que salió adelante.

La noción de que los individuos pueden y deben procurarse por sí mismos siguió permeando el marco jurídico de la actividad jurisdiccional hasta el punto en que los medios alternos de solución de controversias llegaron a tener un peso específico en ese contexto. El arbitraje es el ejemplo por antonomasia del nuevo modelo de Estado. Que un Estado permita que cierto tipo de disputas se resuelvan entre y por particulares, es –paradójicamente– la máxima expresión de la mínima intervención. En consecuencia, si el principio dispositivo precede al arbitraje y ambos son resultado de esta limitación en la función del Estado, se colige entonces que el arbitraje no puede ser otra cosa que el zenit del principio dispositivo.

<sup>1</sup> Lara Chagoyán, R. 2011. Motivación de los hechos: reflexiones sobre las diligencias para mejor proveer. Ciudad de México.

<sup>2</sup> Los autores somos de la opinión que las diligencias para mejor proveer no pueden dejar de ser consideradas medidas inquisitivas. Después de reflexionar sobre su cariz, el obstáculo siempre enfrentado y nunca superado es que estas pruebas están más allá de las partes. Una vez ordenadas y aunque sean objetadas por las partes, el juzgador tiene la última palabra sobre su práctica ya que goza de la facultad irrestricta en la norma procesal.

De esta primera gran conclusión surge también la primera gran pregunta: ¿qué cabida tiene una figura procesal de corte inquisitivo como lo son las diligencias para mejor proveer en la forma más pura del principio dispositivo?

Para responder a esta pregunta es necesario primero analizar las facultades que tienen los árbitros en un proceso arbitral tanto en lo general como en lo que se refiere específicamente a diligencias para mejor proveer.

## **Los Linderos de la Omnipotencia Arbitral: Mitos y Realidades**

En esta sección analizaremos las facultades generales de los árbitros en cuanto al procedimiento se refiere y cómo es que el principio dispositivo las subyace y las limita. Por considerar que son ejemplos representativos de reglamentos arbitrales alrededor del mundo, para efectos ilustrativos, los autores decidimos utilizar el Reglamento de Arbitraje de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara Internacional de Comercio vigente desde el 1 de enero de 2012 (en adelante “Reglamento CCI”) y el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI o UNCITRAL por sus siglas en inglés) en su versión revisada de 2010 (en adelante “Reglamento UNCITRAL”).

Ambos reglamentos establecen que el tribunal arbitral puede dirigir el procedimiento discrecionalmente. El Reglamento CCI en sus artículos 22.2 y 22.4 establecen:

Artículo 22. Conducción del Arbitraje

[...]

2 Con el fin de asegurar la conducción efectiva del caso, el tribunal arbitral, previa consulta a las partes, podrá adoptar las medidas procesales que considere apropiadas, siempre que éstas no vulneren ningún acuerdo de las partes.

[...]

4 En todos los casos, el tribunal arbitral deberá actuar justa e imparcialmente y asegurarse de que cada parte tenga la oportunidad suficiente para exponer su caso.

Por su parte, el artículo 17 del Reglamento UNCITRAL prevé:

Sección III. Procedimiento arbitral

Disposiciones generales

Artículo 17

1. Con sujeción a lo dispuesto en el presente Reglamento, el tribunal arbitral podrá dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado, siempre que se trate a las partes con igualdad y que en una etapa apropiada [sic] del procedimiento se dé a cada una de las partes una oportunidad razonable de hacer valer sus derechos.

En la experiencia de los autores hay una falsa apreciación sobre las facultades de los árbitros con relación al verdadero significado de este tipo de disposiciones en reglamentos y sobre lo cual estimamos necesario externar nuestra opinión para los fines de esta reflexión.

Si bien es cierto que las normas asignan discrecionalidad al tribunal arbitral para conducir el procedimiento, esto no significa que el tribunal sea amo y señor del mismo, y que sea deseable su expresa separación del acuerdo de voluntades que supone su función. Los verdaderos dueños son las partes.<sup>3</sup> El procedimiento surge, transita e incluso se extingue con su voluntad. Quien sostiene el cetro procesal, en realidad, es la voluntad unísona de las partes; no el tribunal. Consideramos que, es una invitación a la vulnerabilidad del laudo, que bajo la bandera de la globalización de la práctica contenciosa que vive en nuestra ocupación cotidiana en el arbitraje, el Tribunal emplee, en sistemas jurídicos de corte civilista y particularmente los cuales se eligen como sede del arbitraje, instituciones procesales que no tienen regulación en el foro interno, incluso que su uso pudiese ser interpretado, en el control judicial, una clara provocación a figuras de recio abolengo en nuestra propia Constitución Política (v.gr. las pesquisas). La experiencia reciente en México, invita a prescindir del empleo de facultades implícitas e inherentes de los árbitros, distinto a lo que sucede en otras latitudes.<sup>4</sup> Estimamos que ello cobra mayor trascendencia cuando al Tribunal Arbitral se le faculta para resolver en estricto derecho.

Particularmente, la falsa apreciación a la que nos referimos surge cuando, ante la frecuente ausencia de concierto entre las partes, el tribunal arbitral toma el timón generando la percepción errada que, con base en estas disposiciones, éste siempre está al mando. Pero no hay que confundirse: fueron las partes quienes en primera instancia conjuntamente facultaron al tribunal a emitir una decisión (procesal o sustantiva) ante su falta de acuerdo. Cuando las partes están de acuerdo en algo, sea lo que sea, el tribunal está desarmado incluso cuando tienen las disposiciones citadas de su lado.

Y es que caer en esta trampa puede derivar a un malentendido aún más grave: creer que la encomienda del árbitro o del tribunal se extiende a que éste puede (y debe) llegar a los extremos que sean necesarios para conocer la verdad de los hechos y no solamente a resolver la disputa fijada por los interesados que se pone frente a sí. Éste es el verdadero sofisma a desbancar porque incide directamente en la naturaleza dispositiva que es propia del arbitraje. No son poco comunes las audiencias arbitrales en las que el árbitro –erigido en parte sin advertirlo– se siente con la libertad de inquirir al experto o testigo, sin el más mínimo filtro crítico del acta de misión, a los puntos controvertidos y al impulso del oferente de la prueba. A ello subyace la pregunta, que si el abogado de la parte quien ofreció la prueba –incluso su contrario–, y resiente la extralimitación del órgano, estaría en facultad para solicitarle in situ se abstenga de seguir cuestionando en cierta línea, con el

3 Sobre este punto hay autores que disienten argumentando que el tribunal arbitral sí es dueño del procedimiento porque, en esencia, es dicho cuerpo quien dicta el laudo. Ver, por ejemplo, Veeder, V.V. "Chapter 15: Whose Arbitration is It Anyway – The Parties' or the Arbitration Tribunal's: An Interesting Question." *The Leading Arbitrators' Guide to International Arbitration*. Ed. Lawrence W. Newman y Richard D. Hill. Segunda ed. Nueva York: Juris, 2008. 337-357. Impreso. Los autores disintimos al tenor de lo explicado en el cuerpo de esta sección.

4 Sobre este tema, Alan Redfern y Martin Hunter señalan: "The parties may confer powers upon the arbitral tribunal directly or indirectly, but only within the limits of the relevant law. Any excess of power (that is to say, any power granted over and above that allowed by the relevant law) is invalid, even if it is contained in international or institutional rules of arbitration." Ver Blackaby, N., Hunter, A., Partasides, C. y Redfern, A. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. Quinta ed. Oxford: Oxford UP, 2009. 315. Impreso.

perjuicio de provocar en la audiencia (y en los demás integrantes del Tribunal) una percepción de resistencia a la labor arbitral, no obstante valga la redundancia, la arbitrariedad. La disyuntiva no es menor, pues ya se ha reflejado que el derecho a la objeción a la violación procesal durante el procedimiento arbitral si no se ejerce, se consiente.<sup>5</sup> La reflexión se hace evidentemente, en la medida en que la prueba recabada en la audiencia, con facultades ultrapetita, efectivamente trasciendan al resultado del laudo.

Pensemos en un escenario, en que el arbitraje se conduzca en rebeldía, y que no obstante la contumacia y ausencia de una de las partes, para controvertir los puntos del litigio, no le resulta suficiente al Tribunal Arbitral, resolver lo planteado con lo propuesto por el Demandante. ¿Es lícito el ejercicio que al efecto conduzca el Tribunal Arbitral para aclarar algún punto sobre el cual el interesado fue impreciso?

Hagamos el ejercicio de las suposiciones ahora más preciso: cuál sería la posición judicial natural, en un procedimiento de control de laudos, cuando el revisor estatal de la judicatura, tratándose de una controversia arbitral que verse sobre el incumplimiento a un instrumento financiero de naturaleza compleja, que precisamente revista las características que arriba señalamos, constate cómo es que el Tribunal Arbitral empleó la práctica de pruebas periciales en materia financiera para mejor proveer por su propio impulso y que los hallazgos no sólo tuvieron por propósito esclarecer un punto de la demanda, sino replantear éstos y bajo tal enmienda, condenar al rebelde.

Consideramos que la misión del tribunal es resolver la disputa según la hayan planteado las partes, no perseguir la verdad histórica o material. Sin el ánimo de debatir filosóficamente en torno al concepto de verdad, todos los elementos considerados apuntan a que ése no es el destino del tribunal arbitral. Por principio de cuentas, el arbitraje es un procedimiento eminentemente comercial en donde los intereses disputados son de índole privada. Como tal, si los entes privados quieren deducir sus derechos –esto es, obtener sus prestaciones– deben satisfacer las correlativas obligaciones –esto es, satisfacer una carga de prueba.

Segundo, el patrón regular que sigue una controversia, es que las partes fijan un cúmulo de hechos que se convierten en el centro alrededor del cual gravitan las prestaciones que reclaman y demás hechos subsidiarios. Usualmente, cuando hay disenso entre las partes sobre un hecho toral, las partes lo debaten álgidamente y ofrecen tantos medios probatorios tengan a su disposición para acreditar su versión del hecho. Las partes harán todo el esfuerzo y agotarán todo recurso por presentar y acreditar los hechos constitutivos de su acción ante el tribunal. En pocas palabras, las partes regularmente asumen su carga probatoria a plenitud y la exposición de los hechos centrales –aunque sea en dos diferentes versiones– resulta exhaustiva y

<sup>5</sup> Al respecto la norma arbitral mexicana es clara. El artículo 1420 del Código de Comercio establece:

Si una parte prosigue el arbitraje sabiendo que no se ha cumplido alguna disposición del presente título de la que las partes puedan apartarse o algún requisito del acuerdo de arbitraje y no exprese su objeción a tal incumplimiento sin demora justificada o, si se prevé un plazo para hacerlo y no lo hace, se entenderá renunciado su derecho a impugnar.

Otros autores también han expresado su punto de vista al respecto. Ver, por ejemplo, Ortega, E. y Esparza, I. El caso Monitor/Radio Centro y el arbitraje en México, disponible en:

[http://www.ogrlaw.mx/publicaciones\\_pdf/caso\\_monitor.pdf](http://www.ogrlaw.mx/publicaciones_pdf/caso_monitor.pdf).

clara. Empero la institución procesal que aquí nos ocupa, no pudiese ser empleada cuando ya de por sí las probanzas carecen de pertinencia e idoneidad, y su utilización más que con el propósito de esclarecer, se emplea con el fin de replantear.

Tercero y último, aun cuando el tribunal quisiera indagar la verdad de los hechos, no hay mejor prueba para ello que la contemporánea y esa, seguramente, será ofrecida por las partes. En caso de que no lo fuera, la búsqueda de la verdad sería tanto como erigirse en parte para suplir eso que no estuvo al alcance de los litigantes al grado tal de, incluso, modificar la litis sin que se tenga garantizado que la búsqueda dará frutos en los hallazgos que la pretenden justificar.

Es por ello que sostenemos que la misión del tribunal arbitral es ceñirse al compromiso arbitral, a la litis planteada por las partes y las pruebas ofrecidas por las mismas.<sup>6</sup> El tribunal no es ministerio público que sustrae del derecho de contradicción de las partes para servir a “la verdad”. De hecho, debiera ser todo lo contrario, el tribunal es un garante de ese derecho de contradicción. Y ésta, estimamos, es la forma correcta de interpretar la norma que faculta al tribunal arbitral a conducir el procedimiento. Interpretar y aplicar adecuadamente estas normas implica que el tribunal arbitral deberá asegurarse que el procedimiento que conduzca en favor de las partes (porque es de las partes) sea idóneo para éstas puedan justamente ejercer su derecho contradictorio.

## **Las Diligencias para Mejor Proveer tienen límites en el Arbitraje**

Con el principio dispositivo sosteniendo todo el andamiaje arbitral y con claridad sobre la misión del tribunal arbitral, estimamos que las diligencias para mejor proveer tienen muy poco espacio para florecer exitosamente en un procedimiento. No obstante, la mayoría de los reglamentos arbitrales expresamente prevén la posibilidad que un tribunal arbitral ordene las pruebas. Por ejemplo, el Reglamento CCI señala:

Artículo 25. Instrucción de la causa.

[...]

En todo momento durante el proceso arbitral, el tribunal arbitral podrá requerir a cualquiera de las partes para que aporte pruebas adicionales.

Otro ejemplo patente, resulta del contenido del artículo 27.3 del Reglamento UNCITRAL establece:

Práctica de la Prueba

Artículo 27

En cualquier momento de las actuaciones, el tribunal arbitral podrá exigir, dentro del plazo que determine, que las partes presenten documentos u otras pruebas.

<sup>6</sup> Criterios judiciales de reciente emisión sugieren la misma postura. Ver, por ejemplo, tesis aislada número 162239 de rubro “Acta de misión. Fija la litis y las reglas del procedimiento arbitral”; y tesis aislada número 162031 de rubro “Principio de congruencia en el procedimiento arbitral. Se limita por la cláusula arbitral y el acta de misión.”

El lenguaje de ambas normas no deja margen a la interpretación. Las diligencias para mejor proveer revisten un carácter potestativo en su acepción más amplia por cuanto a que constituye una prerrogativa del tribunal arbitral, la que no es susceptible de ser exigida de forma imperativa. Un árbitro o un tribunal arbitral “tiene el poder” de ordenar la práctica de diligencias para mejor proveer a placer. Nótese que en el Reglamento CNUDMI incluso se utiliza el vocablo “exigir”; es decir, no hay escapatoria de una orden arbitral.

A esta consideración subyace el debate si, por causas no imputables al interesado, el tema probandum no fue suficientemente acreditado al tiempo en que tuvo lugar el procedimiento arbitral, y si ello pudiere importar una afectación al equilibrio entre las partes, si lo suple inquisitorialmente el órgano resolutor en aras de una tutela cognitiva efectiva. Lo cierto es que también, al menos desde la perspectiva doméstica en México, al arbitraje comercial, por el adjetivo que le califica, no deberían serle ajenos los principios dispositivos de que fijan un pleito. La salvedad que se apunta no es menor, si nos estamos a los nuevos umbrales que ya sea en la justicia ordinaria o en la convencional debe estimarse el paradigma de la pronta, completa y expedita impartición de justicia.

Al margen de lo anterior, en la experiencia de los autores, el empleo de las diligencias para mejor proveer en procedimientos arbitrales, si acaso tal nomenclatura pudiere atribuírsele a los preceptos citados, es excepcional y residual, y su impacto no necesariamente siempre se ve reflejado en el laudo, al menos no en los procedimientos en los que hemos participado. Independientemente, esta opinión busca iniciar el debate sobre la conveniencia o no de su empleo.

Como se anticipó en la parte introductoria de esta pieza y se puede inferir del desarrollo de postulados hasta este punto, los autores somos de la opinión que un tribunal arbitral debe ser extremadamente cauto si desea ordenar la práctica de diligencias para mejor proveer so pena de estar poniendo en peligro el procedimiento y el laudo mismo.

En primera instancia, hay que recordar que una de las obligaciones inherentes a la función arbitral es procurar que el laudo dictado sea ejecutable. Esto significa que el árbitro debe tener siempre presentes las causales de nulidad o inejecutabilidad y contrastar sus acciones con dichas causales. Cierto es que visualizar todos los posibles argumentos de nulidad de ingeniosos litigantes resulta imposible. Sin embargo, los que con la experiencia y el conocimiento se puedan divisar, deben ser superados anticipadamente.

En materia de diligencias para mejor proveer, es fácil advertir que en su uso el árbitro está exponiendo una hebra de donde un argumento de nulidad pudiera pender: trato desigual a las partes e imposibilidad de hacer valer un medio de defensa con base en el artículo V fracción 1 inciso b) de la Convención de Nueva York de 1958 y sus correlativos en las leyes arbitrales domésticas. En consecuencia, la mera idea de ordenar una prueba en este sentido debe ser ponderada cuidadosamente para no vulnerar el resultado del procedimiento.

Si bien los autores nos decantamos porque antes de ordenar una prueba para mejor proveer el árbitro haga todo esfuerzo, lógico, jurídico y de apreciación, posible con los elementos que tenga a la mano para resolver la controversia a razón de los postulados propuestos por las partes, si aun así se ve en la necesidad de ordenar la prueba para mejor proveer haciendo uso de la facultad que las partes le confirieron al pactar un determinado reglamento, estimamos que él mismo debe imponerse requisitos a satisfacer con el propósito de no vulnerar el derecho de las partes, el procedimiento y el laudo.

Consideramos que un tribunal que ordene diligencias para mejor proveer debe justificar tal orden mediante un test de al menos los siguientes parámetros:

1. ¿La prueba es complementaria? Esto es, ¿estaba disponible la prueba para las partes?
2. Sin la prueba, ¿sería imposible aplicar el derecho de forma adecuada?
3. ¿Existe la posibilidad de que una de las partes esté omitiendo intencionalmente presentar la prueba por el efecto adverso que conllevaría a su causa?
4. ¿Hubo un proceso de producción documental en el que se solicitó la prueba? o ¿estaba dentro de una categoría de pruebas?

La conducción de este instituto procesal, en el contexto arbitral, debe ser restringida a puntos sometidos al pleito y fijados por las partes, y no puede introducir hechos novedosos. Consideramos esto debe ser así, en el ánimo de no conculcar la igualdad de partes, y la naturaleza dispositiva y de impulso que la actividad de los interesados debe revestir.

La prueba no puede estar encaminada a introducir nuevos hechos a la controversia porque ello implicaría que el tribunal se estuviera erigiendo en parte y, peor aún, que la litis pudiera resentir un impacto sustancial casi irremediable. En un escenario regular de procedimiento y de prudencia arbitral, la prueba no podría ser ordenada sino hasta que las partes hayan intercambiado sus respectivos memoriales y hayan acompañado sus pruebas. En consecuencia, para ese momento las partes ya han expresado sus posturas conforme a la litis que se fijó al inicio del procedimiento. Si pasadas estas etapas –llámese al final de la instrucción– se introducen nuevos hechos, el marco bajo el cual las partes estuvieron conteniendo pudiera verse alterado al grado tal que habría que dar nuevamente oportunidad a las partes para fijar sus posturas, ofrecer nuevas pruebas y argumentar sobre esta nueva base. No hacerlo, sería un argumento de nulidad o no ejecutabilidad presto para el consumo de un juez a cuyo control no escaparía la resolución.

En segundo término, y el más importante en la opinión de estos autores, es el umbral contractual. El árbitro o tribunal deben preguntarse, ¿estoy en aptitud de aplicar el derecho de la forma que considero correcta con los hechos y pruebas que las partes han producido? (frecuentemente se habla “de conocer la verdad”, de “resolver el fondo”). En este punto es en donde se debe hacer el mayor esfuerzo posible para que con lo

ya aportado en el procedimiento, el derecho pueda ser aplicado y la controversia sea resuelta. El tribunal, entonces, debe llevar a cabo un análisis directo, inductivo, deductivo, abductivo, cognoscitivo, empírico o de cualquier otra naturaleza sobre las pruebas ya aportadas y definir si a pesar de todo ello, le hacen falta elementos para aplicar la norma en la forma que considere debida.

Debido a la falta de precedentes públicos en la materia arbitral mexicana sobre diligencias para mejor proveer, sirva como ejemplo, un asunto de índole diversa, en el que la Suprema Corte de Justicia de la Nación —el máximo tribunal en México— utilizó las diligencias para mejor proveer en su función jurisdiccional. Desde este momento se reconoce y aclara que en el asunto a comentar se trataba de determinar la inconstitucionalidad de una norma y, por lo tanto, una cuestión de interés público y no privado como en el arbitraje. En consecuencia, algunas premisas y variables pudieran cambiar; sin embargo, el ejemplo es útil para efecto de ilustrar la utilidad del test que aquí se propone como eje rector a los árbitros, el que seguramente no escapará —y precisamente busca— la crítica y la ignición de una dialéctica que enriquezca al foro.

En el amparo en revisión 2146/2005 resuelto por el pleno de la Corte, se declaró la inconstitucionalidad de un par de disposiciones en la Ley del Instituto de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas. Estos preceptos establecían que una causa de baja del servicio militar era tener condición de “seropositivo”; es decir, ser portador del virus de la inmunodeficiencia humana (VIH). Los quejosos argumentaban que, entre otras cosas, dichas disposiciones eran contrarias al artículo 1° de la Constitución por ser discriminatorias pues no por el hecho de ser portadores de un virus debían de ser dados de baja del servicio mientras pudieran desempeñar sus funciones.

El asunto llegó a la Suprema Corte de Justicia de la Nación sin claridad sobre aspectos clave de la condición de seropositividad. La Suprema Corte de Justicia decidió entonces ordenar una prueba para mejor proveer<sup>7</sup> en la que envió un cuestionario sobre el padecimiento y sus efectos a la Academia Mexicana de Ciencias. Ésta devolvió el cuestionario, la Corte lo valoró y, con base en ello, decidió declarar la inconstitucionalidad de la norma.

En este ejemplo es en donde se aplican los dos requisitos que aquí se proponen. Primero, el cuestionario propuesto a la Academia Mexicana de Ciencias, no introduciría nuevos hechos ni tampoco modificaría la litis. El propósito del cuestionario era complementar lo aportado por las partes pues sin él —y aquí es donde se debe acudir a los demás parámetros— no hubiera sido posible determinar si la norma era discriminadora o no. Sólo conociendo el verdadero efecto de ser portador del VIH se podía aplicar el derecho al hecho según lo propusieron los quejosos en su amparo. Sin la prueba, la Suprema Corte de Justicia no habría podido

<sup>7</sup> La ejecutoria del amparo en su página 106 la Corte establece que solicitó la prueba con base en el artículo 79 del Código Federal de Procedimientos Civiles (en aplicación supletoria a la Ley de Amparo) que expresamente prevé:

“Para conocer la verdad, puede el juzgador valerse de cualquier persona, sea parte o tercero, y de cualquier cosa o documento, ya sea que pertenezca a las partes o a un tercero, sin más limitaciones que las que de las pruebas estén reconocidas por la Ley y tengan relación inmediata con los hechos controvertidos.

Los tribunales no tienen límites temporales para ordenar la aportación de las pruebas que juzguen indispensables para formar su convicción respecto del contenido de la litis, ni rigen para ellos las limitaciones y prohibiciones, en materia de prueba, establecidas con las partes.”

Como nota adicional, según se observa del propio artículo, a diferencia de los tribunales arbitrales, entre las funciones del juez sí se encuentra la búsqueda y conocimiento de la verdad motu proprio y es en esa tesitura que se hizo la aclaración que el ejemplo es para meros efectos ilustrativos del test propuesto.

hacerlo o, en todo caso, su fallo –irónicamente– tendría dejos de inconstitucionalidad por ser una sentencia emitida con motivación deficiente.

Este ejemplo prueba cómo es que los autores proponen la justificación material del uso de diligencias para mejor proveer en un determinado procedimiento. Y se dice material porque creemos que también debe haber una justificación procedimental en el sentido que el tribunal tendrá que explicar a las partes el porqué del momento en el que se ordena la prueba, la forma en que la misma se desahogará, el grado de intervención y objeción que tendrán las partes en su desahogo y cualquier otro aspecto que impacte directamente al procedimiento.

El empleo de esta figura procesal por un tribunal arbitral debe ser de naturaleza restrictiva, complementaria y eminentemente subordinada a la actividad y cargas de prueba que corresponden a las partes contendientes. En efecto, su alcance y eficacia debe estar plenamente justificado (limitado a los supuestos que ya apuntábamos); complementarias, pues su utilización debe ceñirse a la aclaración o corroboración de los hechos controvertidos; y subordinada, en la medida en que deben descansar sobre hechos sobre los cuales a instancia de parte haya tenido lugar una actividad de naturaleza probatoria. Por supuesto, sostenemos que esta facultad no importa la aptitud para suplir la deficiencia de la queja, la apatía, negligencia o falta de impulso de los contendientes.

En defecto de estas justificaciones sustantivas y adjetivas –opinamos–, el tribunal que emplee sus facultades para mejor proveer, estará vulnerando el laudo e, indefectiblemente, invitando a las partes a una batalla extendida en el foro judicial con ello fracasando en el objeto mismo de su misión.

Provocación a la dialéctica sobre el sano uso de las diligencias para Mejor Proveer

Este artículo no es ni pretende ser el encumbramiento del principio dispositivo ni tampoco la estigmatización de las diligencias para mejor proveer, en el contexto de dispositivos en ordenamientos reglamentarios arbitrales que las tutelan. Lo que este artículo pretende es ser una aportación al foro sobre el uso de las diligencias para mejor proveer y cómo es que el intérprete del derecho puede traerlas a la realidad en sana coexistencia con el principio dispositivo.

El arbitraje en México es una institución que, aunque con tropiezos, ha prosperado en las últimas décadas. Sin embargo, pese a la cultura en pro del arbitraje que mayoritariamente se percibe en el gremio nacional, también están los estoicos disidentes que no dudarán en boicotear los procesos arbitrales (y con ello a la institución misma) con cuanta maniobra legal pase por su frente. Las diligencias para mejor proveer son un arma que, en malas manos, puede llevar a la hecatombe procesal y que –como instrumento procesal que son– deben ser reservadas como último recurso frente a otras alternativas al alcance de las partes en los procedimientos dispositivos. Sólo el entendimiento claro de la misión del tribunal arbitral y la restricción en

el uso o el uso plenamente justificado de las diligencias para mejor proveer son la vacuna que –aunque no 100% efectiva– puede fortalecer al laudo para aguantar los embates de los artífices de las nulidades o inejecutabilidades.

**Claus Von Wobeser**

Socio Fundador de Von Wobeser y Sierra S.C. Es abogado y árbitro reconocido por empresas y gobiernos internacionales en controversias internacionales de inversión o comerciales. Es Licenciado en Derecho por la Escuela Libre de Derecho y Doctor en Derecho Mercantil y Derecho Europeo por la Universidad de París II. Es presidente de la Comisión de Arbitraje y Vicepresidente de la ICC México.

## 1. Introduction

The energy industry is without doubt one of the principal engines of economic development. Activity generated by energy production and distribution is the biggest and most important economic sector in many countries. This industry is particularly important in Mexico, where oil and gas production is a major source of government income, accounting for a third of all federal revenue.<sup>2</sup> The industry's importance is reflected in the fact that revenue related to hydrocarbons constitutes a category apart in the federal budget, distinguished from other revenue.<sup>3</sup> Mexico's dependence on the oil and gas industry means that developments in that industry stimulate growth across the entire Mexican economy.

In order to maximize the benefits deriving from the energy sector,<sup>4</sup> the Mexican government recently reformed its law in order to increase energy production through private investment. In December 2013, the Political Constitution of the United Mexican States (Mexican Constitution) was amended to create a new legal regime specifically for the production and distribution of energy (hereinafter the 'Constitutional Amendment'). In particular, a fundamental change was made with respect to natural resources, such as hydrocarbons, in order to expressly allow and encourage private sector investment (including foreign investment) and participation in the energy sector, which the Constitution had prohibited since the 1940s.

The Constitutional Amendment is considered to be one of the most significant changes in Mexican law in the last hundred years. It is also marked by social and historical factors. Ever since the Mexican Revolution in the early years of the twentieth century, ownership of the country's natural resources has been an important issue for the Mexican people. Originally, the Constitution provided that the Mexican nation owned the country's hydrocarbons and that the exploration, extraction and production of those resources were strategic activities<sup>5</sup> reserved for the Mexican government. Hence, private investment (national or foreign) was not allowed in the sector. While ensuring that Mexico's hydrocarbons remained under the ownership of the Mexican nation, the Constitutional Amendment opened the sector to investment by allowing agreements between the government and private entities.

<sup>2</sup> See Nota informativa, Ley de Ingresos 2015, Centro de Estudios de las Finanzas Públicas, Cámara de Diputados, <http://www.cefp.gob.mx/publicaciones/nota/2014/octubre/notacefp0602014.pdf> (last accessed 22 June 2015).

<sup>3</sup> Ibid.

<sup>4</sup> In this article, 'energy sector' denotes the production and distribution of electrical energy and the exploitation of hydrocarbons.

<sup>5</sup> According to Article 28 of the Mexican Constitution there are certain activities that only the government can develop. The Mexican Constitution states that these activities are 'strategic areas', the most important of which are the production of electricity and the use of hydrocarbons.

The sixth paragraph of Article 27 of the Mexican Constitution, as amended, reads:

In the case of petroleum and solid, liquid or gaseous underground hydrocarbons, national ownership is inalienable and perennial. No concessions regarding hydrocarbons will be granted. In order to raise revenue for the state, to contribute to the nation's long-term development, the exploration and extraction of oil and other hydrocarbons shall be carried out through assignments to state-owned productive enterprises or through contracts with them or the private sector, in accordance with the terms of the relevant regulation. To meet the objectives of such assignments or contracts, state-owned productive enterprises may contract with the private sector. In any event, subsurface hydrocarbons are the property of the nation and this must be stated in the assignments and contracts.

These provisions reconcile historical and social considerations with the need to increase the yield of the energy industry through private investment.

The implementation of the Constitutional Amendment led to the enactment or amendment of over twenty laws and regulations (which, together with the Constitutional Amendment, we shall refer to as the Energy Reform).<sup>6</sup> However, these new or amended statutes modified certain aspects of the legal regime in a way that may in time undermine the purpose of the Energy Reform, which is to encourage investment in the sector.

This article discusses the different dispute resolution mechanisms provided in Mexico's new energy laws and their impact on the Energy Reform as a whole.

## 2. Purpose of the Energy Reform

According to the federal government, the overall purpose of the Energy Reform was to maximize the benefits deriving from natural resources by encouraging private investment in the sector and to ensure that those benefits can be enjoyed by future generations. The immediate aim was to promote competition, so as to achieve a reduction in oil and electricity prices through open market conditions rather than a state monopoly. The Energy Reform was built around the following premises, announced by Mexico's President in his declaration on the purpose of the Constitutional Amendment:

- i. Strengthening of the government's steering role by giving regulatory bodies new legal and administrative tools allowing them to define and pursue energy policies through appropriate and careful administration of Mexico's resources;

<sup>6</sup> Newly enacted statutes: Hydrocarbons Law, Electricity Industry Law, Geothermic Energy Law, Hydrocarbons Revenue Law, Law of the Mexican Oil Stabilization and Development Fund, Law on Governmental Regulatory Entities for the Energy Sector, Law on Organization of National Agency for Industrial Security and Environmental Protection in the Energy Sector, PEMEX Law, CFE Law. Amended statutes: Foreign Investment Law, Mining Law, Public-Private Partnership Law, National Seas Law; Federal Government Fees Law, Tax Coordination Law, Law on Organization of Federal Public Administration, Law on Government-Controlled Entities, Law on Public Sector Acquisitions, Leases and Services, Law on Public Works and Related Services, Law on Federal Budget and Accountability, Public Debt Law. Enactment of ordinances relating to the Hydrocarbons Law and the Electricity Industry Law. Amendment of the ordinance relating to the Mining Law and the internal ordinance of the Agrarian, Territorial and Urban Development Secretariat.

- ii. Economic growth through investment, the creation of new employment opportunities and a reduction in raw material prices as a result of competition and a larger supply;
- iii. Improvement in the quality of life and equal opportunities for the Mexican population through better access to energy;
- iv. Continuous and affordable supply of energy for present and future generations;
- v. Greater public information and transparency in the administration of the energy sector and natural resources;
- vi. Education in the negative impact of fossil fuels by encouraging clean and renewable sources of energy.

### 3. Status of PEMEX and CFE before and after the Energy Reform

One of the most important changes brought about by the Energy Reform was the complete transformation of the nature and governance of the entities previously in charge of exploiting the energy sector. Prior to the Energy Reform, the sector was entirely under the control of the government, which acted through two agencies, PEMEX (Petróleos Mexicanos) and the Federal Electricity Commission, CFE (Comisión Federal de Electricidad). PEMEX had a monopoly over the exploration and extraction of hydrocarbons, while the CFE had a monopoly over the generation, sale and distribution of electricity.<sup>7</sup> Both entities were organized in accordance with administrative laws and managed as part of the federal government. Hence, their legal relations were governed by administrative law and the principles of public law. The involvement of private enterprises was limited to certain activities outsourced through administrative agreements between PEMEX or CFE and the private sector. Private enterprises did not participate directly in the energy sector as competitors of PEMEX or CFE, but only as private contractors assisting PEMEX and CFE in the development of certain activities. Now, however, private sector enterprises are no longer limited to outsourced work in support of the activities of PEMEX and CFE, but may participate as competitors of PEMEX and CFE, although in the electricity sector their participation is limited to the generation of electric energy and does not extend to the supply and distribution of electricity to the final consumer, which still remains the preserve of the CFE.

In order to achieve proper competition between private investors and government entities (PEMEX and CFE), it was necessary to modify the legal status of those entities. No longer are they government agencies regulated by administrative laws and managed by Mexico's federal government, but instead have a status more akin to that of private companies. They are now referred to as state-owned productive enterprises (Empresas Productivas del Estado), which situates them midway between a government entity and a private corporation. In other words, they belong to the government but participate in the market as

<sup>7</sup>Article 28 of Mexican Constitution forbids monopolies in Mexico. However, prior to the Energy Reform it described the use of hydrocarbons and production of electric energy by the government as a 'strategic area' that did not constitute a monopoly.

private competitors. Hence, they are administered independently of the government and their assets are not subject to government decisions. They are also managed along the lines of a private company rather than a state-owned entity.<sup>8</sup>

This is a welcome change. In practice it means that these entities can now enter into all kinds of agreements with the private sector, and those agreements will be governed by commercial laws and principles rather than administrative law and the principles of public law.<sup>9</sup> It also has a very positive effect on the applicability of ADR mechanisms in disputes related to the energy sector. Previously, all agreements executed by the federal government and entities under its control (including PEMEX and CFE) were governed by administrative laws, in particular the Law on Government Procurement, Leasing and Services and the Law on Public Works and Related Services. Both of these laws excluded the arbitration of disputes over termination by public authority of any agreement with the federal government or an entity under its control.<sup>10</sup> Now, fortunately, neither of these laws is applicable to agreements entered into by state-owned productive enterprises, so the arbitration of disputes over the unilateral termination of such agreements is no longer prohibited, except, as will be described below, where those agreements concern the exploration or extraction of hydrocarbons.

#### 4. Hydrocarbon exploration/extraction agreements

Private participation in the energy sector can be achieved, broadly speaking, in one of two ways: either through an agreement with a state-owned productive enterprise or by authorization from the government bodies that regulate the sector. When a private investor wishes to participate in the exploration and extraction of hydrocarbons, the investment presupposes an agreement with either PEMEX or the National Hydrocarbons Commission<sup>11</sup> which is the government body responsible for allocating exploration and extraction contracts to private parties. The Mexican Constitution and the Hydrocarbons Law do not specify the regulations governing those contracts. The Constitution simply states that the agreements between the National Hydrocarbons Commission and private parties are regulated by the Mexican Congress and shall include production sharing agreements, profit sharing agreements, licence agreements and service agreements.<sup>12</sup> Each type of agreement provides for a different kind of consideration, as defined in the Hydrocarbons Revenue Law.

In production sharing contracts, the consideration consists of a percentage of the product obtained from performing the contract; in profit sharing contracts it consists of a percentage of the profits obtained from performing the agreement; in licence contracts it is the transmission of ownership of the hydrocarbons obtained from performing the contract, against payment; and in services contracts the federal government or PEMEX pays the private party in cash for the services outsourced to it.

<sup>8</sup> Articles 11–58 of the PEMEX Law (Ley de Petroleos Mexicanos) and Articles 10–57 of the Federal Electricity Commission Law (Ley de la Comisión Federal de Electricidad) regulate the corporate governance of these state-owned productive enterprises.

<sup>9</sup> Articles 7 and 80 of the PEMEX Law; Articles 7 and 82 of the CFE Law. It is important to point out that only the legal relationships of these entities with the private sector are subject to the application of private law; all their other legal acts and relations continue to be regulated by administrative law.

<sup>10</sup> Article 80 of the Law on Government Procurement, Leasing and Services; Article 98 of the Law on Government Procurement, Leasing and Services and the Law on Public Works and Related Services.

<sup>11</sup> Article 27, para. 6, and Article 28, para. 8, of the Mexican Constitution.

<sup>12</sup> Transitory Article 4 of the Constitutional Amendment.

## 5. Dispute resolution under the Energy Reform

The new laws enacted as part of the Energy Reform do not provide for a single unified method of dispute resolution. This is perhaps due to the different legal situations covered and the diverse interests to which they give rise. The Energy Reform foresees two main systems of dispute resolution: (i) alternative dispute resolution independent of the state, such as institutional or ad hoc arbitration; and (ii) dispute resolution before a Mexican state authority, which may be part of either the executive or the judicial branch of government.

### 5.1. Private ADR mechanisms

As a general rule, the application of private commercial law to the agreements made with state-owned productive enterprises opens up the possibility for parties to agree on the use of alternative dispute resolution (ADR) mechanisms. The Mexican Constitution recognizes, moreover, that this possibility is a human right deriving directly from the human right of access to justice.<sup>13</sup> In practice, it means that agreements with state-owned productive enterprises can provide for any kind of ADR mechanism, allowing parties to choose whichever ADR mechanism best suits their situation, unless it is expressly excluded by a regulation. Unfortunately, as will be seen below, an exception has been created for agreements relating to the exploration and extraction of hydrocarbons.

### 5.2. Arbitrability of energy-related disputes

Although recourse to alternative dispute resolution was an obvious consequence of the applicability of private commercial law, the Mexican Congress chose to make it doubly clear by including in Article

115 of the PEMEX Law and in Article 118 of the CFE Law wording that confirms that PEMEX, CFE and their subsidiaries can agree to alternative dispute resolution mechanisms, arbitral clauses and arbitral agreements in accordance with applicable commercial legislation and international treaties to which Mexico is a party. These statutes also state that parties to deeds or agreements that have effects, or have to be executed, outside Mexico may agree on the application of foreign law and the submission of disputes to foreign courts or to an arbitral tribunal seated outside Mexico.

The Hydrocarbons Law also expressly authorizes parties to submit disputes to ADR mechanisms<sup>14</sup> within the limits of the subject matter of the law, i.e. the regulation of hydrocarbons. The act states that any disputes arising from agreements relating to the exploration or extraction of hydrocarbons can be subject to ADR, which includes arbitration pursuant to the Mexican Code of Commerce, or to any other ADR mechanisms foreseen in international treaties to which Mexico is a party.

<sup>13</sup> Article 17, para. 4, of the Mexican Constitution states that: 'Laws shall provide the applicability of alternative dispute resolution mechanisms ...'.

<sup>14</sup> Article 21 the Hydrocarbons Law.

Allowing disputes to be submitted to any ADR mechanisms represents a significant advance over the former regime, under which the only ADR mechanism available to PEMEX and the CFE was arbitration and even then it was limited to certain types of disputes. In other words, before the Energy Reform, energy-related disputes with government entities could be settled by state courts or, in some cases, by arbitration,<sup>15</sup> but could not be submitted to any other ADR mechanism.

The acceptance of ADR as a normal means of resolving energy disputes could only help to achieve the objectives of the Energy Reform, for it is likely to be an important consideration for many potential private investors contemplating agreements with the state-owned productive enterprises. However, while this development applies without qualification in the electricity industry, when it comes to hydrocarbons there are unfortunately several problems and inconsistencies, as explained in the following sections.

### 5.3. Impediment to arbitration of disputes arising out of agreements on hydrocarbon exploration and extraction

The Achilles' heel of the ADR provisions in the new Mexican energy laws is, without doubt, the unjustified exclusion of arbitration for disputes over the unilateral termination of agreements for the exploration and extraction of hydrocarbons (*rescisión administrativa de contratos para la exploración y extracción de hidrocarburos*). As mentioned earlier, the National Hydrocarbons Commission is a government entity which, among other things, is in charge of the allocation, execution and termination of contracts relating to the exploration and extraction of hydrocarbons. The Hydrocarbons Law contains a provision authorizing parties to submit disputes to any ADR mechanisms. At the same time, however, it excludes the use of arbitration for disputes related to contract termination by public authority (*rescisión administrativa*). It also states that the application of Mexican laws to the substance of the dispute cannot be waived, that arbitration must be conducted in Spanish and that arbitration in equity is forbidden.<sup>16</sup>

One possible reason for placing the unilateral termination of hydrocarbon exploration and extraction agreements outside the scope of arbitration is that under the Constitutional Amendment<sup>17</sup> the ownership of hydrocarbons remains unchanged, i.e. they continue to belong to the Mexican nation. The unilateral termination of an agreement for the exploration and extraction of hydrocarbons is intended to allow the government entity to recover rights given to the private sector. Were arbitration permissible, the immediate recovery of those rights would not be guaranteed. The approach taken by the Mexican government was to follow the principle of exclusive state ownership of hydrocarbons and the non-transferability of that ownership. In other words, the Mexican Congress can be said to have considered the ownership of hydrocarbons as a matter of public policy.

<sup>15</sup> Article 72 of the abrogated PEMEX Law and Article 45 of the amended Law on the Public Service of Electric Energy.

<sup>16</sup> Article 21 of the Hydrocarbons Law.

<sup>17</sup> See section 1 above.

The fact that arbitration (or other ADR mechanisms) is permitted in some situations but forbidden in others results in an unjustified lack of uniformity in the legal regime applicable to the energy sector and creates legal uncertainty which undermines the purpose of the Energy Reform. Given that this restriction may discourage potential investors, it should be eliminated, so as to create greater consistency and clarity with respect to rights and duties appertaining to investment in the energy sector in Mexico.

The right of the National Hydrocarbons Commission to terminate an agreement relating to the exploration or extraction of hydrocarbons is not discretionary, but may be exercised only in presence of one of the causes listed in the Hydrocarbons Law, all of which are considered to constitute breaches of the agreement justifying unilateral termination.

Nevertheless, private investors are not entirely without recourse against unilateral termination. Pursuant to Article 20 of the Hydrocarbons Law, once the National Hydrocarbons Commission has notified the contractor of the termination of the agreement, the contractor has 30 days to file a defence before the National Hydrocarbons Commission, which must decide whether termination is justified within 90 days. If it decides that there was due cause for terminating the agreement, the contractor can contest the decision in a federal court.<sup>18</sup>

#### 5.4. Scope of the arbitrability limitation

The Hydrocarbons Law would appear to be clear in its affirmation that disputes related to unilateral termination by the National Hydrocarbons Commission cannot be settled through arbitration. However, it does not specify what falls within the scope of this restriction, referring simply to Article 20 of the Hydrocarbons Law, which in turn refers to unilateral termination based on statutory or administrative grounds, or contractual grounds,<sup>19</sup> so it is not completely clear whether the restriction covers the arbitrability of termination only or its consequences, too.

If, as we explained above, the purpose of prohibiting ADR in exploration and extraction agreements is to protect public ownership of hydrocarbons as a matter of public policy, then it is arguable that the limitation on the use of arbitration should apply only when that ownership is in jeopardy. In other words, the restriction should be considered applicable only to the National Hydrocarbons Commission's act of terminating the agreement, and not to the consequences of that act, which may or may not be matters of public policy. For instance, it is reasonable to think that a dispute over damages caused to a private contractor by unjustified unilateral termination could be subject to arbitration or any other ADR mechanism.

<sup>18</sup> However, the jurisdiction of the federal courts is uncertain since the Hydrocarbons Law is silent on jurisdiction. It is the model dispute resolution clause (discussed below) that refers to their jurisdiction, yet the jurisdiction of courts should be established by statute, not in agreements, so the legal validity of the relevant provision in the model dispute resolution clause can be questioned.

<sup>19</sup> Exploration and extraction agreements may also include other grounds for unilateral termination (i.e. contractual grounds). Although in such cases termination will be grounded in the contract rather than a statute, there has been discussion over whether such termination lies outside the scope of ADR and thus whether it is arbitrable.

In summary, we believe that the exclusion of ADR for disputes over unilateral termination should not prevent other issues related to unilateral termination being submitted to arbitration, so long as they do not endanger national ownership of the hydrocarbons. Unfortunately, there is as yet no case law in support of this interpretation. On the other hand, a decision has been rendered in which the non-arbitrability of disputes over unilateral termination extended to the causes and effects of termination, preventing disputes over these matters from being settled through arbitration, too.<sup>20</sup> This case reached the conclusion that the unilateral termination of the contract renders the arbitration clause ineffective.

#### 5.5. ADR clause in current hydrocarbon exploration/extraction agreements

At the time of writing,<sup>21</sup> the National Hydrocarbons Commission has already started performing its duties under the Energy Reform. It is currently negotiating several production sharing contracts and licence agreements with private bidders. The agreements that are being negotiated are available online<sup>22</sup> and, although they are frequently being modified, they all contain a model dispute resolution clause,<sup>23</sup> which provides for conciliation and arbitration as the standard dispute resolution mechanisms.

The first component of the dispute resolution clause is voluntary conciliation, to which the parties can submit any disputes (other than those relating to unilateral termination) prior to arbitration. The conciliation provision in the production sharing contracts is very different from that in the licence agreements. The production sharing contracts foresee a completely voluntary conciliation proceeding that will take place only if all the parties involved agree. The licence agreements, on the other hand, foresee a mandatory conciliation proceeding that constitutes a necessary step prior to arbitration. Conciliation under the production sharing contracts shall be conducted in accordance with UNCITRAL Conciliation Rules with a sole conciliator appointed either by the parties or by an undefined appointing authority agreed by the parties.<sup>24</sup> The conciliation proceeding provided in the licence agreements consists simply of enquires made directly to the other party. A time limit of three months is set for conciliation in the production sharing contracts, whereas no time limit is set in the licence agreements.

As for the part of the model dispute resolution clause that provides for arbitration, it is flawed by inconsistencies and errors in all agreements that might make its application complicated and inefficient.

First, it provides for ad hoc arbitration under the UNCITRAL Arbitration Rules, not institutional arbitration. This may cause difficulties in the early stages of an arbitration because there will be no institution to manage initial communications between the parties and the constitution of the tribunal. Also, provisions on arbitrators' fees and procedural costs will be lacking.

20 Amparo en Revisión No. 358/2010, 11th Administrative Collegiate Court, 25 Aug. 2011, pp. 412–416.

21 This article was written in August 2015 and reflects the state of the law at that time.

22 The agreements are available at <http://ronda1.gob.mx/> (last visited 8 July 2015).

23 All the agreements are substantially identical; any relevant differences between them will be mentioned below.

24 The lack of a predefined appointment authority is a clear defect in the conciliation provision.

The clause does not contemplate the possibility of multiparty arbitrations. The clause states that one arbitrator shall be appointed by the National Hydrocarbons Commission and another by the contractor. However, it is not uncommon for contractors that form part of a large consortium to have conflicting interests, so the consortium or the contractor may find itself at a disadvantage. This could be avoided if institutional arbitration were allowed as institutions have specific rules governing the appointment of tribunals in multiparty arbitrations.

The clause states that the place of arbitration shall be The Hague, Netherlands, which will almost certainly create logistical, economic and practical difficulties. For instance, the Hydrocarbons Law requires the arbitration to be conducted in Spanish, so any proceedings brought in the Dutch courts in relation to the arbitration will necessitate translations into Dutch, which risk being complex and expensive. Furthermore, the location of the seat may lead to costly travel for the parties, their counsel and the tribunal.

The clause states that any disputes related to unilateral termination are not arbitrable, despite the fact that this is already foreseen in the Hydrocarbons Law and the PEMEX Law. It would have been preferable not to mention this in the arbitration clause because it thereby also excludes the arbitrability of disputes over damages arising from unilateral termination or other consequences of unilateral termination, which, as discussed above, is unjustified.<sup>25</sup> This exclusion is particularly worrying in the case of one of the production sharing contracts that is currently being negotiated, where it is stated not only that unilateral termination of the agreement cannot be submitted to arbitration, but also that 'all disputes arising from or related to unilateral termination by public authority or arising or related to any act of authority must be settled by the federal courts' (emphasis added). This wording excludes the arbitration of any dispute that arises from an act of authority or a sovereign decision, which ultimately means that it is impossible to arbitrate any dispute caused by the conduct of the National Hydrocarbons Commission, as this body is an authority.

In sum, there are several defects in the arbitration component of the model dispute resolution clause, which will very likely generate problems in the future. Investors in the hydrocarbons sector need to be aware of these defects and should endeavour to correct them in future negotiations.

## 5.6. Resolution of hydrocarbon-related disputes before Mexican authorities

Below we provide an overview of procedures for resolving hydrocarbon-related disputes that cannot be submitted to ADR but have to be settled by means other than court litigation.

### 5.6.1. Disputes related to the tender of hydrocarbon exploration/ extraction agreements

The Hydrocarbons Law establishes a special regime for resolving disputes arising from the tender process relating to hydrocarbon exploration and extraction agreements. Such disputes must be decided by a federal

<sup>25</sup> See section 5.4 above.

court in a procedure designed to protect constitutional rights, the juicio de amparo indirecto. As stated in the Hydrocarbons Law, all acts related to tender processes and the allocation of hydrocarbon exploration and extraction contracts are matters of public policy and social interest, and it is for this reason that they are given this exceptional treatment.<sup>26</sup>

#### 5.6.2. Disputes related to the use and occupation of land

The Energy Reform allows agreements to be made that provide for the use and occupation of land in order to develop hydrocarbon-related projects without having to acquire the land.<sup>27</sup> Agreements of this kind have been particularly controversial<sup>28</sup> in light of the Mexican Constitution's provisions on land ownership. Article 27 of the Mexican Constitution sets out the general principles and forms of land ownership and private property. There are two forms of property – the ejido and communal land, which date from the Mexican Revolution and were among the first social rights ever to be created – that are subject to strict conditions in order to ensure that the owner will remain owner so as to be able to obtain sustenance from the land.<sup>29</sup>

The Hydrocarbons Law provides for three methods of resolving disputes arising from agreements relating to the use and occupation of such land:

- (i) Litigation in the federal civil courts when the plaintiff is the contractor that uses the land and the defendant is the owner;<sup>30</sup>
- (ii) Litigation in a Unitary Agrarian Court, a judicial body for agrarian disputes that is part of the executive branch of government;<sup>31</sup>
- (iii) Mediation before the Agrarian, Territorial and Urban Development Secretariat, which is a government body (the mediation can cover only the acquisition, use and legal regime of the land to which the agreement relates).<sup>32</sup>

It is pleasing to see ADR present in this list in the form of mediation, but should be noted that, although the draft law allowed any kind of mediation, the Mexican Congress, when passing the law, limited it to government-controlled mediation as described above.<sup>33</sup>

<sup>26</sup> Article 25, para. 2, of the Hydrocarbons Law.

<sup>27</sup> Article 109 of the Hydrocarbons Law describes this as an easement (Servidumbre Legal de Hidrocarburos).

<sup>28</sup> See M.T. Venegas Cruz, 'Los Métodos de Resolución de Controversias en la Reforma Energética', Von Wobeser y Sierra, Mexican Legal News, [http:// www.vonwobeserysierra.com/assets/files/PDF/news/nota-2014-agosto4.pdf](http://www.vonwobeserysierra.com/assets/files/PDF/news/nota-2014-agosto4.pdf) (last visited on 26 June 2015).

<sup>29</sup> Article 27 of the Mexican Constitution; Articles 43–51 of the Agrarian Law.

<sup>30</sup> Article 106 I of the Hydrocarbons Law.

<sup>31</sup> Ibid.

<sup>32</sup> Article 106 II of the Hydrocarbons Law.

<sup>33</sup> M.T. Venegas Cruz, supra note 28.

## 6. Conclusion

The Energy Reform is undoubtedly a positive development in Mexican law, which will allow greater benefit to be drawn from Mexico's natural resources. It is also encouraging to see that the new energy laws are favourable to ADR. However, this aspect of the Energy Reform has several downsides. As has been explained, there is a lack of uniformity caused by unjustified differences in implementation. Of course, there is nothing to prevent a law establishing different treatment for a certain situation when it is justified by the particularity of the situation. However, the Mexican Congress has created unjustified differences of treatment for situations that are similar, and several issues have been regulated in a particular way for no legal or practical reason, which is counterproductive and detrimental to the purpose of the Energy Reform.



**Gustavo Morante Aguirre**

Es Vicepresidente del Comité de Arbitraje Jalisco de la ICC México y Socio en Torres Morante S.C. Es Licenciado en Derecho y cuenta con una Maestría en Derecho de la Empresa, ambas por la Universidad Panamericana, campus Guadalajara.

## 1. Introducción.

La tendencia actual en materia de arbitraje parece privilegiar el consensualismo sobre el formalismo en tratándose de acuerdos de arbitraje; sin embargo, gran parte de los sistemas jurídicos domésticos arbitrales y las convenciones más relevantes (Convención de Nueva York y Convención de Panamá) exigen que el acuerdo de arbitraje conste por escrito.

Como se abundará más adelante, la doctrina y la lógica confirman que el requisito de que el acuerdo conste por escrito y firmado por las partes, responde a la necesidad de tener certeza jurídica, pues se ha visto tradicionalmente al arbitraje como una renuncia a la tutela judicial ordinaria del Estado.

La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) enmendó su Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional y en una de las enmiendas más importantes previó como opción la posibilidad de que el acuerdo de arbitraje fuera consensual y no formal, lo que sugiere la tendencia internacional hacia el abandono de las posturas formalistas.

Sin embargo, en México hoy aún se exige que el acuerdo conste por escrito y firmado por las partes, tanto por la legislación doméstica arbitral, como por la internacional.

De ahí que considerando al acuerdo de arbitraje como un acto jurídico para el derecho mexicano, nos parece pertinente analizar la aplicabilidad de la acción pro forma como una herramienta que permita dotar de eficacia plena a los acuerdos arbitrales que carecen de la forma exigida por la ley, así como determinar quién sería el competente para conocer de dicha acción: el árbitro – cuyas facultades dependen de un acuerdo nulo relativamente – o el juez, cuya competencia está excluida por la producción provisional de efectos de un acuerdo de arbitraje nulo relativamente.

El alcance de este artículo se limita a la posibilidad de plantear una demanda ejerciendo la acción pro forma desde un enfoque teórico. Por cuestiones de extensión no se abordaron ciertos aspectos prácticos como la solución que debe adoptar un juez en el caso de solicitud de remisión al arbitraje ante un acuerdo que no conste por escrito, ya que se trataría de un acuerdo notoriamente nulo, así como la postura que debe adoptar una institución arbitral que como en el caso del artículo 6.4 del Reglamento de Arbitraje de la CCI pueda la institución no proseguir con el curso de un arbitraje cuando *a priori* no esté convencida de la posible existencia del acuerdo.

## 2. La validez formal de los contratos.

La doctrina mexicana es uniforme al clasificar los actos jurídicos desde el punto de vista de su validez formal en actos solemnes, formales y consensuales.

En tratándose de los contratos, Rojina Villegas define a los contratos formales como *“aquellos en los que el consentimiento debe manifestarse por escrito, como un requisito de validez, de tal manera que si el consentimiento no se manifiesta en escritura pública o privada según el caso, el contrato estará afectado de nulidad relativa”*<sup>1</sup>. Asimismo, define el mismo autor a los contratos consensuales, en oposición a los formales, como aquéllos en los que no es necesario manifestar el consentimiento mediante la escritura como requisito de validez<sup>2</sup>. La distinción que hace la doctrina respecto de los actos solemnes es que la forma en dichos contratos constituye un requisito esencial o de existencia, de modo que sin las formalidades exigidas, el acto jurídico no existe (o está afectado por nulidad absoluta). La doctrina es también uniforme en sostener que en México los únicos actos jurídicos solemnes son el matrimonio y el testamento<sup>3</sup>.

El Código Civil Federal regula la forma como un elemento de validez en el artículo 1795, fracción IV, que se complementa con el artículo 1833 del mismo código que establece que cuando la ley exige determinada forma para un contrato, éste no será válido hasta en tanto no revista dicha forma.

Por otra parte, el artículo 2228 del Código Civil Federal establece que la consecuencia de la falta de forma es la nulidad relativa del contrato en cuestión:

**Artículo 2228.- La falta de forma establecida por la ley, si no se trata de actos solemnes, así como el error, el dolo, la violencia, la lesión, y la incapacidad de cualquiera de los autores del acto, produce la nulidad relativa del mismo .**

De ahí que de acuerdo con el derecho mexicano, cuando estamos ante un contrato o acto jurídico formal que carezca de la forma exigida por la ley, la consecuencia será la nulidad relativa de dicho acto jurídico, es decir, una nulidad superable que se puede convalidar de forma expresa o tácita.

Finalmente, como criterio orientador de interpretación en cualquier análisis que se realice sobre la validez formal de los actos jurídicos, conviene tener presente lo dispuesto en el artículo 1832 del Código Civil Federal:

**Artículo 1832.-** En los contratos civiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, sin que para la validez del contrato se requieran formalidades determinadas, fuera de los casos expresamente designados por la ley.

<sup>1</sup> ROJINA Villegas, Rafael. “Derecho Civil Mexicano” Libro 10, Obligaciones. Tomo I. Ed. Antigua Librería Robredo. 2ª edición. México, 1960. Página: 423.

<sup>2</sup> *Idem*.

<sup>3</sup> ROBLES Farías, Diego. “Teoría General de las Obligaciones”. Ed. Oxford University Press. 1ª Edición. México, 2011. Página: 328.

Dicho precepto establece el principio consensualista como regla general, aunque el propio artículo limita la regla general cuando la ley disponga que los contratos deben revestir una forma determinada. Diversos autores han sostenido que dicho precepto es incongruente con la regulación particular de los contratos típicos, pues la regla general consensualista se convierte en realidad en la excepción, ya que la mayoría de los contratos típicos son formales<sup>4</sup>.

No obstante la regulación particular de los contratos que prefiere el formalismo, nos parece que el principio general consensualista sirve como sustento de interpretación que sugiere evitar posicionamientos rigoristas cuando se analice la validez formal de los actos jurídicos.

### 3. La validez formal del acuerdo de arbitraje.

En materia de arbitraje, el artículo 1423 del Código de Comercio, dispone que:

“Artículo 1423.- **El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito, y consignarse en documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, télex, telegramas, facsímil u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo, o en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por la otra.** La referencia hecha en un contrato a un documento que contenga una cláusula compromisoria, constituirá acuerdo de arbitraje siempre que dicho contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato.”

Una interpretación gramatical del texto de dicho artículo, permite obtener las siguientes ideas en relación con la formalidad del acuerdo de arbitraje:

- a) Conforme al derecho doméstico mexicano, el acuerdo de arbitraje es un contrato formal, ya que se exige que conste por escrito.
- b) En adición al requisito de que “conste por escrito”, el Código de comercio añade como requisito que el acuerdo se consigne en un documento firmado por las partes, o bien, en un intercambio de comunicaciones que dejen constancia del acuerdo. Hasta aquí, el código prevé que el consentimiento obre de manera expresa y por escrito.
- c) Asimismo, dicho artículo dispone como alternativa la posibilidad de que se afirme la existencia del acuerdo de arbitraje que no conste por escrito en una demanda, sin que la otra parte lo niegue en su contestación.

Nos parece relevante reparar en la última de las ideas, pues revela la posibilidad de tener un acuerdo tácito de arbitraje, es decir, el propio Código de Comercio admite la posibilidad de tener un acuerdo informal de arbitraje. Ello nos sugiere que a pesar del formalismo dispuesto en la primera parte del artículo en cuestión,

<sup>4</sup> RICO Álvarez, Fausto, *et al.* “Compendio de Derecho de Obligaciones”. Ed. Porrúa. 1ra edición. México, 2014. Página: 122.

el legislador ordinario en México – siguiendo la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional – previó el requisito formal como un requisito *formalitat*is causa y no *solemnitat*is causa, y, en consecuencia, asumir una postura rigorista en la interpretación de dicho requisito contravendría el espíritu de dicha disposición. En otras palabras, el hecho de que nuestra ley de arbitraje autorice que sin tener acuerdo por escrito se considere válido un acuerdo que se afirme en una demanda sin ser negado por la otra parte, confirma que el elemento formal es un requisito *ad probationem* y no *ad solemnitem*.

Por su parte, el derecho internacional aplicable en México también establece como requisito de validez formal la forma escrita del acuerdo de arbitraje. Así lo exigen la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales y Extranjeras (Convención de Nueva York) y la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (Convención de Panamá, artículo 1°).

La Convención de Nueva York, establece en su artículo II lo siguiente:

## ARTICULO II

1. Cada uno de los Estados Contratantes reconocerá **el acuerdo por escrito** conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o pueda surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje.
2. **La expresión “acuerdo por escrito” denotará una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, firmados por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas.**
3. El tribunal de uno de los Estados Contratantes al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo, remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable.”

Una interpretación literal de dicho artículo permite concluir que sin duda alguna la Convención de Nueva York establece como requisito de validez formal que el acuerdo conste por escrito. El Profesor Albert Jan van der Berg en un artículo publicado en la página web de International Council for Commercial Arbitration (ICCA) en el año 2008 advertía que el texto del párrafo segundo del artículo en cita “*appears to be rather restrictive in the sense that it does no longer seem to correspond fully with the needs of international trade today*”<sup>5(6)</sup>; sin embargo, el propio autor afirma que los problemas causados por tal formulación restrictiva, “*may be overcome to a certain extent by an appropriate interpretation*”<sup>7(8)</sup>. Así las cosas, el Profesor van der Berg se inclina a preferir una interpretación más extensa o flexible de los formalismos con la finalidad de satisfacer las necesidades que presenta el comercio internacional en la actualidad.

5 VAN DER BERG Albert (2008). The New York Convention of 1958: An Overview. International Council for Commercial Arbitration (ICCA) webpage. Página 6. Disponible para consulta en (última consulta el 14 de julio de 2016 a las 09:22 horas):

[http://www.arbitration-icca.org/media/4/69405158666624/media012125884227980new\\_york\\_convention\\_of\\_1958\\_overview.pdf](http://www.arbitration-icca.org/media/4/69405158666624/media012125884227980new_york_convention_of_1958_overview.pdf)

6 Traducción libre: “parece ser limitado en el sentido de que no parece hoy corresponder totalmente a las necesidades del comercio internacional”.

7 *Idem*.

8 Traducción libre: “podría ser superada hasta cierto punto mediante una interpretación apropiada”.

La propia CNUDMI en su recomendación relativa a la interpretación del párrafo 2 del artículo II y del párrafo 1 del artículo VII de la Convención de Nueva York, aprobada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional el 7 de julio de 2006, en su 39º período de sesiones, recomendó a los países una interpretación más flexible del párrafo en cuestión, tomando en consideración las novedades de las reformas al artículo 7 de la Ley Modelo de la CNUDMI del año 2006 – precisamente la flexibilización en el requisito formal <sup>9</sup>.

Martin Hunter y Alan Redfern, en su obra Teoría y Práctica del Arbitraje Comercial Internacional, sostienen que:

*“El motivo que justifica la imposición [del requisito formal en cuestión] es obvio. Todo acuerdo válido de arbitraje excluye la jurisdicción de los tribunales nacionales y significa que toda diferencia entre las partes deberá resolver mediante un método privado de resolución de controversias, a saber, el arbitraje. Se trata de un paso serio, si bien es cierto que su utilización es cada vez más habitual. Por ende, existen buenas razones para asegurarse de que la existencia de este acuerdo quede claramente establecida. La mejor forma de lograrlo es aportar pruebas por escrito si bien, como ya se señaló en el capítulo 1, la tendencia en las leyes nacionales modernas parece favorecer la flexibilización de este requisito formal”<sup>10</sup>.*

De lo transcrito podemos también advertir que los autores advierten que la formalidad del acuerdo de arbitraje responde a la necesidad de tener certeza probatoria sobre su existencia, lo que abona a la conclusión consistente en que el requisito de que un acuerdo de arbitraje conste por escrito no condiciona de manera insuperable la validez del acuerdo.

Como lo sostienen dichos autores, es cierto que desde hace varios años se ha buscado flexibilizar el requisito formal. Prueba de ello son las enmiendas de 2006 al artículo 7 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, en la cual se planteó como alternativa una segunda opción que prescinde ya de tal formalidad:

## CAPÍTULO II. ACUERDO DE ARBITRAJE Opción II

### Artículo 7. Definición del acuerdo de arbitraje (Aprobado por la Comisión en su 39º período de sesiones, celebrado en 2006)

El “acuerdo de arbitraje” es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no.”

<sup>9</sup> Disponible en la siguiente liga (última consulta 28 de julio de 2016 a las 09:09 am):

<http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/NY-conv/A2S.pdf>

<sup>10</sup> HUNTER, Martin y Alan Redfern. Teoría y Práctica del Arbitraje Comercial Internacional. 4ta edición. Ed. La Ley. página: 222.

Así las cosas, la CNUDMI propone a los países la opción de adoptar la ley modelo sin prever un requisito formal en el acuerdo de arbitraje, decantándose entonces a favor del consensualismo.

Toda esta tendencia favorable a la flexibilización en el formalismo del acuerdo de arbitraje (o incluso su abandono para adoptar el consensualismo) es relevante para este trabajo porque abona a que la interpretación correcta del requisito formal en México no constituye un requisito de existencia, sino de validez formal del acuerdo.

Esta postura encuentra mayor sustento con la reforma Constitucional de 2008 al artículo 17, en el que expresamente se mandó al legislador ordinario el prever mecanismos alternativos de solución de controversias. En efecto, como lo apuntan los profesores Martin Hunter y Alan Redfern, según se explicó en párrafos precedentes, la razón del formalismo la podemos encontrar en que se entiende que un acuerdo de arbitraje implica una renuncia al derecho de acudir a la tutela judicial. Sin embargo, si entendemos al arbitraje – en tanto mecanismo alternativo de solución de controversias – como un derecho constitucional y, por tanto, del mismo rango que la tutela judicial, podríamos ver al acuerdo de arbitraje más como una elección entre dos derechos constitucionales, que como una renuncia a la tutela judicial. Luego entonces, si entendemos al acuerdo arbitral como una elección que no implica necesariamente una renuncia, podremos aceptar con mayor facilidad el consensualismo sobre el formalismo en tratándose de la materia que nos ocupa.

Ahora bien, según la doctrina y la propia ley (artículos 1792 y 1793 del Código Civil Federal), un contrato es un acuerdo de voluntades que crea o transfiere derechos y obligaciones. Consecuentemente, el acuerdo de arbitraje, en tanto acuerdo de voluntades que crea derechos y obligaciones, constituye en esencia un contrato. Bajo esa lógica y con base en los artículos 1° y 1859 del Código Civil Federal, nos parece que un acuerdo de arbitraje que se rija por la ley mexicana le serán aplicables las disposiciones generales aplicables a los actos jurídicos previstas en el Código Civil Federal, de manera subsidiaria al Título IV del Libro V del Código de Comercio.

Al respecto, existe una tesis que afirma que la legislación arbitral doméstica mexicana no permite supletoriedad de ninguna otra disposición, al tratarse de una legislación autocontenida y restrictiva. Se transcribe dicha tesis:

Época: Novena Época  
Registro: 163413  
Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito  
Tipo de Tesis: Aislada  
Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta  
Tomo XXXII, Diciembre de 2010  
Materia(s): Civil  
Tesis: I.7o.C.150 C  
Página: 1734

ARBITRAJE COMERCIAL. SU LEGISLACIÓN ES ESPECIALIZADA Y POR ENDE, EXCLUYENTE DE NORMAS GENERALES.

La intención de la propuesta del Ejecutivo Federal de reformar el título cuarto, del libro quinto del Código de Comercio que regula el arbitraje comercial en México, adoptada en mil novecientos noventa y tres por el legislador, fue la de tener un sistema jurídico que acogiera al arbitraje como medio preferido de solución de las disputas en el comercio internacional, que fuera acorde con lo que el derecho y los tratados internacionales ya preveían. A virtud de ello, se buscó que el derecho arbitral estuviera diseñado bajo el principio de la no intervención o de la mínima intervención de un órgano jurisdiccional, privilegiando la voluntad de los particulares a través de un proceso más flexible, eventualmente más rápido y sobre todo en el que se contara con la posibilidad de escoger a las personas más preparadas y capacitadas para decidir un conflicto de intereses. Sobre esa cimentación, las normas arbitrales se eligieron herméticas, restrictivas, de autocontenido, constituyen un cuerpo que contiene todas sus piezas sin necesitar apoyarse en otros ordenamientos, a través de la supletoriedad, porque dentro del mismo están los elementos para resolver cualquier eventualidad que surja respecto de un procedimiento arbitral. Son en consecuencia, disposiciones creadas exclusivamente para regular esa forma de heterocomposición y por lo tanto, constituyen una legislación especializada, excluyente de toda regla general que, por ende, inhibe cualquier posibilidad de interpretación integral de las leyes, de aplicación supletoria de otras normas, incluso de las de orden común y de los principios generales de derecho.

SÉPTIMO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo en revisión 255/2010. Certificados Integrales Funcionales, S.A. de C.V. 7 de octubre de 2010. Unanimidad de votos. Ponente: Julio César Vázquez-Mellado García. Secretaria: Alicia Ramírez Ricárdez.

En realidad no compartimos en su integridad el criterio transcrito. Coincidimos en que la ley de arbitraje mexicana está cimentada sobre la base de la mínima intervención judicial, pero ello no implica, por sí mismo, que el régimen legal aplicable al arbitraje excluya de manera absoluta otras normas de derecho o, incluso, los principios generales de derecho. Por el contrario, pensamos que la ley de arbitraje mexicana no regula de manera exhaustiva todos los aspectos que podrían relacionarse con un acuerdo de arbitraje. Pensemos por ejemplo en el tema de capacidad de los contratantes, pues ello no está regulado en la ley de arbitraje mexicana. En el caso que nos ocupa, el Código de Comercio sí regula la validez formal del acuerdo de arbitraje, pero no regula las consecuencias de la falta de forma, es decir, no regula lo atinente a la nulidad del acuerdo. En otras palabras, la *lex arbitri* mexicana (incluyendo los tratados internacionales aplicables) no responden a preguntas como: ¿qué tipo de nulidad se genera con la falta de forma? ¿Cuáles son las consecuencias y particularidades de dicha nulidad?

De ahí que las normas generales de los contratos, siempre que se subordinen y respeten los principios y normas previstos en la *lex arbitri*, deben servir para complementar tales disposiciones. El artículo 1859 del Código Civil Federal, incluso subordina la aplicación de las reglas generales de los contratos a cualquier

otro acto jurídico, a la condición de que no se opongan a su naturaleza, ni a sus normas especiales. Así las cosas, la propia norma general acepta la existencia de normas especiales y para respetarlas subordina su aplicación a la condición de que no se contravengan. En cambio, no existe una sola norma en la *lex arbitri* que excluya expresamente la aplicación de las reglas generales.

En esa lógica, consideramos que las consecuencias de la falta de forma de un acuerdo de arbitraje, aplicadas de manera subsidiaria de los artículos 1423, 1424, 1457 y 1462 del Código de Comercio, serán las mismas que resultan del Código Civil Federal para cualquier otro acto jurídico. Es decir, la falta de forma de un acuerdo de arbitraje, al tratarse de un requisito *ad probationem*, provoca la nulidad relativa de dicho acuerdo con base en el artículo 2228 del Código Civil Federal y, por tanto, se trata de una nulidad subsanable.

#### 4. La acción pro forma.

Como se dijo anteriormente, de conformidad con el Código Civil Federal, la falta de forma de un acto jurídico provoca una causa de nulidad relativa, es decir, superable. A pesar de la aparente contradicción que existe entre el principio consensualista y la gran cantidad de contratos típicos formales, la ley prevé una herramienta que sin duda entraña un signo inequívoco de que el derecho mexicano se decanta a favor de privilegiar el fondo sobre la forma, salvo cuando se trata de actos solemnes. Esta herramienta es la que conocemos como acción pro forma, regulada en los artículos 1833, 2231 y 2232 del Código Civil Federal en los siguientes términos literales:

Artículo 1833.- Cuando la ley exija determinada forma para un contrato, mientras que éste no revista esa forma no será válido, salvo disposición en contrario; pero si la voluntad de las partes para celebrarlo consta de manera fehaciente, cualquiera de ellas puede exigir que se dé al contrato la forma legal.

Artículo 2231.- La nulidad de un acto jurídico por falta de forma establecida por la ley, se extingue por la confirmación de ese acto hecho en la forma omitida.

Artículo 2232.- Cuando la falta de forma produzca nulidad del acto, si la voluntad de las partes ha quedado constante de una manera indubitable y no se trata de un acto revocable, cualquiera de los interesados puede exigir que el acto se otorgue en la forma prescrita por la ley.

La acción pro forma es consistente con la consecuencia que la ley prevé para la falta de forma, pues el tipo de ineficacia es una nulidad relativa.

Un requisito de procedencia para la acción pro forma, según los artículos transcritos, es que la voluntad de las partes conste “de manera indubitable” (también lo sería que no se tratara de un acto revocable, pero tal requisito es irrelevante para el caso que nos ocupa al tratarse del arbitraje de un acuerdo irrevocable de manera unilateral).

En nuestra opinión, el exigir que la voluntad de las partes conste de manera indubitable no puede interpretarse en el sentido de que se requiera que conste por escrito, pues se relegaría la posibilidad de la acción pro forma únicamente a aquellos contratos en los que se trate de una formalidad agravada, es decir, cuando se exija escritura pública. Con tal interpretación se dejarían fuera todos los contratos cuya forma prevista es la escrita pero no en escritura pública. Tomando en consideración que la ley no distingue dicho supuesto, nos parece lógico concluir que la prueba que acredite la voluntad de las partes debe ser plena, pero de ninguna manera ello excluye, por ejemplo, a la prueba testimonial.

Por otro lado, también merece la pena comentar el primero de los artículos transcritos, pues una posible lectura podría sugerir que los actos afectados por falta de forma, no producen efectos hasta que se otorguen en la forma prescrita por la ley. Esto es así pues la primera parte de dicho artículo 1833 del Código Civil Federal está redactado en forma negativa: “mientras éste no revista esa forma no será válido”. Sin embargo, tal interpretación pugnaría con los artículos 2227 y 2228 del Código Civil Federal. Tales artículos plantean que la falta de forma – cuando se trata de actos formales – provoca la nulidad relativa del acto, y que este tipo de nulidad “[s]iempre permite que el acto produzca provisionalmente sus efectos”.

Así las cosas, una interpretación sistemática sobre este punto en particular, nos lleva a la conclusión de que cuando a un acto le falta la forma establecida por la ley, éste debe producir sus efectos provisionalmente y, a través de la acción pro forma si la voluntad consta de forma fehaciente, puede obtenerse vía acción que el otorgamiento por las partes del acto adquiera la forma legal.

## 5. Procedencia de la acción pro forma en arbitraje.

Ahora bien, cuando la ley aplicable al arbitraje sea la ley mexicana, no encontramos objeción alguna suficiente para no permitir la procedencia de la acción pro forma al acuerdo de arbitraje con base en las normas generales aplicables a los contratos.

En párrafos precedentes se sostuvo que las normas generales aplicables a los actos jurídicos previstas en el Código Civil Federal, le resultan aplicables a un acuerdo de arbitraje, siempre y cuando no se opongan a su naturaleza, ni a las normas especiales que lo rigen.

De ahí que consideramos que el acuerdo de arbitraje, regulado por la ley mexicana, en tanto que se trata de un acto jurídico formal (1423 del Código de Comercio), goza también de los beneficios de la acción pro forma.

Nos parece que la aplicación de la acción pro forma no contraviene en absoluto el espíritu que informa no sólo al requisito de validez formal, sino a los principios rectores de la *lex arbitri*, en cuanto a privilegiar la autonomía de la voluntad de las partes y el principio *in favor arbitri*.<sup>11</sup> Según lo sostuvimos en párrafos

precedentes, consideramos que la exigencia de validez formal no es un elemento de existencia, sino un elemento *ad probationem*. De ahí que la aplicación de la acción pro forma es compatible con dicha postura.

Aún más, del artículo 1465 del Código de Comercio y del propio espíritu de nuestra ley de arbitraje, se puede concluir que el derecho mexicano reconoce y respalda el principio *in favor arbitri*. En consecuencia, la aplicación en arbitraje de una institución, como la acción pro forma, que favorece la eficacia del acuerdo de arbitraje cuando carezca de la forma que le exige la ley, es una alternativa compatible con la *lex arbitri* en atención al principio referido.

En este mismo sentido, nos parece que negar la posibilidad de aplicar la acción pro forma al acuerdo de arbitraje, sí resulta una postura contradictoria con el espíritu de nuestra ley de arbitraje. Particularmente, consideramos que se desatendería el principio que está involucrado en el artículo VII.1 de la Convención de Nueva York. Dicho artículo establece que ninguna disposición de la Convención de Nueva York puede privar o perjudicar algún mejor derecho que le reconozca la legislación interna o algún otro tratado<sup>12</sup>. De ahí que la posibilidad de que exista una figura que beneficie a un acuerdo de arbitraje, es congruente con ese principio, en el sentido de que la especialidad de la ley arbitral mexicana, no debe afectar la posibilidad de que conforme a otras disposiciones se haga valer un derecho que apoye al arbitraje. Esta interpretación encuentra sustento en la recomendación de la CNUDMI que se citó anteriormente, en donde expresamente se estableció en relación con la interpretación de dicho artículo VII, lo siguiente:

*“Teniendo en cuenta el párrafo 1 del artículo VII de la Convención, uno de cuyos objetivos es permitir la ejecución de sentencias arbitrales extranjeras en la mayor medida posible, **en particular reconociendo el derecho de cualquier parte interesada a acogerse a las leyes o los tratados del país donde la sentencia se invoque, incluidos los casos en que dichas leyes o tratados ofrezcan un régimen más favorable que el de la Convención.**”<sup>13</sup>*

Así las cosas, consideramos que la figura de la acción pro forma es aplicable al acuerdo de arbitraje cuando se presenten las hipótesis normativas previstas en los citados artículos 1833, 2231 y 2232 del Código Civil Federal, es decir, que el acuerdo carezca de la forma que la ley exige para su validez (no conste por escrito), que el consentimiento pueda ser probado plenamente y que una de las partes exija que se le dé forma legal al acuerdo.

## 6. Competencia para el estudio de la acción pro forma de un acuerdo de arbitraje.

Una vez abordadas las razones fundamentales que nos llevan a concluir que la acción pro forma es aplicable al acuerdo de arbitraje, nos parece también importante hablar sobre la competencia para conocer de dicha acción.

<sup>11</sup> Otros principios generales de los contratos como el de conservación del contrato, también sirven de sustento para confirmar la procedencia de la acción pro forma para un acuerdo de arbitraje sujeto a ley mexicana.

<sup>12</sup> Aunque el artículo se refiera a la ejecución de laudos y no al acuerdo de arbitraje, nos parece que el principio implicado en dicho artículo es aplicable también al acuerdo de arbitraje.

<sup>13</sup> Ver pie de página número 9.

La tesis que queremos sostener es que quien resulta competente para conocer de la acción pro forma del acuerdo de arbitraje es el tribunal arbitral. Las razones que motivan esa conclusión son las siguientes:

- a) El principio *kompetenz-kompetenz*, también conocido como *compétence-compétence*, que ha sido reconocido como uno de los “pilares del arbitraje”<sup>14</sup>, y una “facultad intrínseca de los tribunales arbitrajes”<sup>15</sup>. El Código de Comercio acoge este principio fundamental en su artículo 1432 en los siguientes términos:

Artículo 1432.- **El tribunal arbitral estará facultado para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o validez del acuerdo de arbitraje.** A ese efecto, la cláusula compromisoria que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión de un tribunal arbitral declarando nulo un contrato, no entrañará por ese solo hecho la nulidad de la cláusula compromisoria.

La excepción de incompetencia del tribunal arbitral deberá oponerse a más tardar en el momento de presentar la contestación. Las partes no se verán impedidas de oponer la excepción por el hecho de que hayan designado a un árbitro o participado en su designación. La excepción basada en que el tribunal arbitral ha excedido su mandato, deberá oponerse tan pronto como se plantee durante las actuaciones arbitrales la materia que supuestamente exceda su mandato. El tribunal arbitral podrá, en cualquiera de los casos, estimar una excepción presentada con posterioridad si considera justificada la demora.

El tribunal arbitral podrá decidir las excepciones a que se hace referencia en el párrafo anterior, desde luego o en el laudo sobre el fondo del asunto. Si antes de emitir laudo sobre el fondo, el tribunal arbitral se declara competente, cualquiera de las partes dentro de los treinta días siguientes a aquél en que se le notifique esta decisión, podrá solicitar al juez resuelva en definitiva; resolución que será inapelable. Mientras esté pendiente dicha solicitud, el tribunal arbitral podrá proseguir sus actuaciones y dictar laudo.

El artículo transcrito y el propio *kompetenz-kompetenz* faculta al árbitro para conocer no sólo sobre los cuestionamientos sobre su propia competencia, sino incluso sobre las objeciones relativas a la existencia o validez del acuerdo de arbitraje. El artículo en cuestión habla de “excepciones”, pero nos parece que limitar el alcance de dicho artículo – mediante una interpretación literal y rigorista – al concepto técnico jurídico procesal de la palabra excepción, implica una violación a la vocación internacional y flexible que inspiró la adopción de la Ley Modelo de la CNUDMI, así como

<sup>14</sup> INSTITUTO MEXICANO DE ARBITRAJE. “Legislación Mexicana de Arbitraje Comercial Comentada”. Ed. Porrúa. Primera edición, México, 2015. Página: 111.

<sup>15</sup> HUNTER, Martín y Alan Redfern. *Op. cit.* Página: 372

al principio *in favor arbitri*. Luego entonces, si la Ley de Arbitraje reconoce que conforme al principio en cuestión el árbitro puede conocer incluso sobre los temas que involucren la validez y la existencia del acuerdo de arbitraje, nos parece claro que el ámbito de competencia del árbitro abarca también el conocimiento de la acción pro forma en la que, en el fondo, se discute sobre la existencia del consentimiento sobre el acuerdo de arbitraje y su consecuente formalización.

- b) En párrafos precedentes cuando hicimos referencia a la consecuencia de la falta de forma legal de un acto jurídico, citamos los artículos 2227 y 2228 del Código Civil Federal, para demostrar que la consecuencia de la falta de forma que exige el artículo 1423 del Código de Comercio para el acuerdo de arbitraje, es que dicho acuerdo sea nulo y que el tipo de nulidad es la relativa. Ahora bien, el artículo 2227 del Código Civil Federal establece en términos imperativos que la nulidad relativa “[s]iempre permite que el acto produzca provisionalmente sus efectos”. Es decir, a pesar de que estemos ante un acto nulo, al tratarse de una nulidad relativa, el acuerdo de arbitraje debe producir provisionalmente sus efectos.

Uno de los efectos principales del acuerdo de arbitraje es la obligación para las partes de ventilar sus controversias en arbitraje con exclusión de la jurisdicción ordinaria. De ahí que con base en el artículo 2227 del Código Civil Federal, dicho efecto se produce provisionalmente a pesar de la nulidad relativa del acuerdo de arbitraje por falta de forma. Consecuentemente, quien pretenda la formalización del acuerdo de arbitraje vía la acción pro forma, está obligado a acudir al arbitraje considerando que los efectos de dicho acuerdo se producen provisionalmente.

Ahora bien, el argumento expuesto en el inciso b) anterior, encuentra mayor sustento con el contenido de la contradicción de tesis que se transcribe a continuación adoptada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en relación con la procedencia de la acción pro forma:

Época: Novena Época  
 Registro: 190897  
 Instancia: Primera Sala  
 Tipo de Tesis: Jurisprudencia  
 Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta  
 Tomo XII, Noviembre de 2000  
 Materia(s): Civil  
 Tesis: 1a./J. 14/2000  
 Página: 11  
 ACCIÓN PRO FORMA. LA EXHIBICIÓN DEL PRECIO ADEUDADO ES UN REQUISITO DE PROCEDENCIA DE ÉSTA.

**Para la procedencia de la acción pro forma es necesario que el actor exhiba concomitantemente con la demanda el saldo del precio adeudado.** Una compraventa es un contrato sinalagmático cuyas obligaciones son recíprocas e interdependientes, por lo

que si una de las partes no cumple con la obligación a su cargo, la otra deberá cumplir para exigirle judicialmente el cumplimiento. Por ello, para la procedencia de la acción pro forma es requisito que la actora consigne el saldo del precio adeudado, ya que de otra suerte no podría comprobar que ella sí cumplió; sería totalmente injusto que la parte que no se ha avenido al cumplimiento de sus obligaciones exigiera de la otra la ejecución de sus compromisos, máxime si se convino que el saldo del precio se pagaría al momento de escriturar.

Contradicción de tesis 82/96. Entre las sustentadas por el Segundo y Primer Tribunales Colegiados, ambos en Materia Civil del Tercer Circuito y el Quinto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. 14 de junio de 2000. Cinco votos. Ponente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Secretaria: Andrea Nava Fernández del Campo.

Tesis de jurisprudencia 14/2000. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de veintisiete de septiembre de dos mil, por unanimidad de cinco votos de los señores Ministros: presidente José de Jesús Gudiño Pelayo, Juventino V. Castro y Castro, Humberto Román Palacios, Juan N. Silva Meza y Olga Sánchez Cordero de García Villegas.

Nos parece que el razonamiento explícito de dicha tesis debe aplicarse, *mutatis mutandi*, al caso que nos ocupa. Lo que dice la tesis en el caso del ejercicio de la acción pro forma que pretende la formalización de un contrato de compraventa, es requisito de procedencia que el actor acredite haber cumplido con el contrato (nulo relativamente) para que pueda concederse la acción pro forma que pretende. Por identidad de razón, en el caso de la acción pro forma de un acuerdo de arbitraje, si el actor planteara su acción en sede judicial, ello entrañaría un incumplimiento al contrato cuya existencia afirma (el acuerdo de arbitraje), por lo que no estaría acreditando estar en cumplimiento con sus obligaciones derivadas de dicho acuerdo de arbitraje. Así las cosas, nos parece dable llegar incluso afirmar que, con base en la aplicación analógica de la Jurisprudencia citada, el plantear la acción pro forma en sede arbitral constituye en realidad un requisito de procedencia para dicha acción, pues sólo así el actor acreditará estar al corriente en el cumplimiento de las obligaciones que dicho acuerdo de arbitraje le genera.

## 7. Conclusión.

Por lo desarrollado en párrafos precedentes, concluimos que:

- a) La exigencia de que el acuerdo de arbitraje conste por escrito constituye un elemento *formalitatatis causa*;
- b) La falta del requisito formal del acuerdo de arbitraje, provoca su nulidad relativa, que es una nulidad superable;
- c) Las reglas generales de los contratos aplicables a los actos jurídicos, siempre que sean compatibles con su naturaleza o normas especiales, son aplicables también al acuerdo de arbitraje;
- d) La acción pro forma es un beneficio que el derecho mexicano concede para lograr la eficacia de los actos jurídicos privilegiando el fondo sobre la forma;

- e) La acción pro forma es compatible con los principios que inspiran la *lex arbitri* mexicana;
- f) La acción pro forma es aplicable al acuerdo de arbitraje;
- g) El árbitro es el competente para conocer de la acción pro forma porque los actos afectados por nulidad relativa producen provisionalmente sus efectos y un requisito de procedencia de la pro forma es que el actor cumpla con las obligaciones que le derivan del acto en cuestión.

Así las cosas, nos parece que cuando el derecho mexicano sea aplicable al acuerdo de arbitraje y éste carezca de la forma exigida, pero pueda ser probado plenamente el consentimiento de las partes, la figura de la acción pro forma constituye una herramienta válida para lograr la eficacia del acuerdo. Consideramos que en la misma demanda se puede plantear tanto la acción pro forma, como el resto de las prestaciones de fondo de la controversia, debiendo el árbitro resolver en primer término lo relativo a la acción pro forma.



#### Andrea Rivera Ríos

Es Asociada especializada en arbitraje comercial, arbitraje de inversión y mecanismos alternativos de solución de controversias. en Ríos Ferrer, Guillén-Llarena, Treviño y Rivera S.C. Es Licenciada en Derecho por la Universidad Iberoamericana y Maestra en Derecho por la New York University (NYU).



#### Guillermo Coronado Aguilar

Socio fundador de Coronado Figueroa y Asociados S.C. Árbitro nacional e internacional, abogado corporativo y asesor de empresas. Es Licenciado en Derecho por la Universidad Panamericana, campus Guadalajara. Cuenta con una maestría en Estudios Avanzados en para la Resolución de Conflictos Internacionales por la Universidad de Ginebra y el Instituto de Altos Estudios de Ginebra, ambas en Suiza. Tiene una certificación en Derecho Comercial Internacional y Resolución de Conflictos Internacionales por la Universidad de Pace, Nueva York.

La producción de documentos permite a una parte obtener documentos en poder, control o custodia de su contraparte que considera relevantes para probar y sustentar sus pretensiones. El Reglamento de Arbitraje de la CCI y el Código de Comercio no regulan la producción de documentos. Los tribunales arbitrales que se rigen por dicho reglamento o bien, en su caso, por el Código de Comercio, cuentan con una amplia discreción para conducir el procedimiento. Consecuentemente, la etapa de producción de documentos queda a discreción de los árbitros y de las partes, siempre que estas últimas sean tratadas con igualdad y equidad procesal.

La producción de documentos es una figura ajena al derecho mexicano, toda vez que los códigos adjetivos no prevén una etapa de intercambio de documentos dentro del proceso. Esta figura proviene del derecho anglosajón, particularmente del *discovery*.<sup>1</sup>

Los documentos en arbitraje, así como su producción, admisibilidad y valoración presentan diferencias frente a los de un litigio. Los documentos con los que usualmente estamos familiarizados, por nuestra tradición como litigantes, son los documentos físicos que usualmente se clasifican en documentos públicos y privados. En litigio existe un sistema tasado de pruebas en el que una prueba documental pública tiene valor probatorio pleno frente a una prueba documental privada; mientras que en arbitraje no sucede lo mismo.

En oposición a un sistema tasado de pruebas, el artículo 1435 del Código de Comercio otorga libertad para que el tribunal arbitral admita y valore las pruebas.<sup>2</sup> En arbitraje, la prueba documental, sea pública o privada, es de libre valoración por el tribunal arbitral. Ahora bien, existe la posibilidad de que un tribunal arbitral libremente atribuya mayor valor probatorio o certidumbre a una prueba documental pública que a una prueba documental privada.

<sup>1</sup> El *discovery* es un conjunto de actos procesales que tiene por objeto la obtención de la información para la mejor determinación de las posiciones de las partes en un procedimiento judicial. Funciona a modo de una muy amplia exhibición documental que debe suministrarse directamente a la parte contraria.

Es importante aclarar que la producción de documentos no es equiparable a la figura de *discovery*. En las peticiones de *discovery*, el requisito de admisibilidad es más laxo que en la producción de documentos.

<sup>2</sup> La única limitante que tiene el tribunal arbitral en cuanto a la conducción del procedimiento es tratar con igualdad a las partes y darle a cada una de ellas plena oportunidad de hacer valer sus derechos.

Otra importante diferencia entre el arbitraje y el litigio consiste en que en el arbitraje los documentos se pueden presentar en copia simple. No es necesario que los documentos obren en original o en copia certificada para ser admitidos y valorados por el tribunal arbitral. Y en caso de que una de las partes cuestione la validez de un documento presentado en copia simple, el tribunal arbitral podría otorgar plena oportunidad a la parte, a quien le fue objetado el documento, para que lo produzca en original o bien en copia certificada.

En arbitraje, un documento es mucho más que una hoja de papel. No existe una definición única sobre documento en el contexto del arbitraje. A efecto de homologar su significado y alcance, las Reglas de la IBA sobre la Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional<sup>3</sup> proponen que un: *“Documento’ significa un escrito, una comunicación, foto, diseño, un programa o datos de cualquier tipo, ya consten en papel, soporte electrónico, audio, visual o en cualquier otro medio.”*

La definición propuesta por la IBA es amplia y pretende incluir todo tipo de instrumento que pudiese servir de prueba para allegarse de la verdad y resolver el fondo del asunto, inclusive los documentos electrónicos. Ahora bien, las partes basadas en el principio de autonomía de la voluntad y de común acuerdo podrían limitar las categorías de documentos que desean solicitar y producir en un caso específico.

Derivado del avance de la tecnología, la definición de *‘Documento’*, propuesta por las Reglas de la IBA sobre la Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional revisadas y aprobadas el 29 de mayo de 2010, prevé documentos en formato electrónico.

La posibilidad de solicitar y producir documentos en formato electrónico representa ventajas y desventajas. Ventajas en cuanto a que los documentos en formato electrónico permiten almacenar, operar, editar y trabajar con un mayor volumen de información de forma ágil y eficiente. Desventajas en cuanto a que las solicitudes de información pueden resultar masivas y voluminosas, afectando la eficiencia del arbitraje e incrementando los costos. Además en ciertos casos se requiere la intervención de técnicos y especialistas que asistan a las partes en la producción de los documentos.

Hoy en día se puede solicitar y producir metadata de los documentos electrónicos. Este concepto significa la *“data respecto la data”*. Son los documentos o archivos creados en la computadora que típicamente contienen información encriptada, no aparente en la pantalla o en un archivo impreso. Esta información describe las características, orígenes y uso de los documentos. Resulta útil producirla en casos en que se pretende demostrar la creación del documento, su autenticidad, su historia, ediciones, así como quien tuvo acceso al documento. Sin embargo, su obtención y producción, por lo general, requiere de especialistas cuya participación puede impactar los costos del arbitraje.

<sup>3</sup> Las Reglas de la IBA sobre la Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional constituyen un conjunto de lineamientos que proporciona a la parte y los árbitros un procedimiento eficiente, económico y equitativo para la práctica de la prueba en arbitraje internacional. Son complementarias a las disposiciones normativas aplicables y a las reglas institucionales o cualquier otra regla aplicable. No limitan la flexibilidad del procedimiento arbitral y pueden adoptarse de forma total o parcial por las partes o por el tribunal arbitral. Éstas regulan el ámbito de aplicación, consultas sobre cuestiones probatorias, tipos de documentos, requisitos de las solicitudes de documentos, objeciones que se pueden hacer al respecto, testigos, peritos designados por las partes, peritos designados por el tribunal arbitral, inspección, audiencias probatorias, admisibilidad y valoración de la prueba.

Las Reglas de la IBA sobre la Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional señalan que para solicitar un documento se debe incluir una descripción en la que se detalle de forma concreta y específica la categoría de documentos requeridos que razonablemente se crea que existen. En el caso de documentos conservados en formato electrónico, la parte que los solicite puede o bien podrá requerir al Tribunal Arbitral identificar archivos específicos, términos de búsqueda, individuos o cualquier otro medio de búsqueda para que sea de forma eficiente y económica.<sup>4</sup> Asimismo, prevén que los documentos en formato electrónico sean exhibidos de la forma más conveniente y económica, siempre que sean razonablemente utilizables por los receptores, salvo acuerdo en contrario.<sup>5</sup>

Las Reglas de la IBA sobre la Práctica de Prueba permiten a las partes solicitar documentos electrónicos mediante términos de búsqueda o *word search*. Sin embargo sobre este punto cabe preguntarnos, ¿un término de búsqueda o *word search* cumple con los requisitos de especificidad, relevancia, materialidad y proporcionalidad? Un término de búsqueda arroja un universo de documentos que contengan dicha palabra, incluyendo aquellos que pueden ser irrelevantes para el caso o bien existe el riesgo de que omita aquellos que son relevantes porque no contuvieron la palabra clave o el término de búsqueda. Con la finalidad de hacer frente a ese tipo de problemas, en 2012 la CCI emitió un reporte que comprende técnicas para el manejo y la producción de documentos electrónicos en el arbitraje internacional.<sup>6</sup>

El reporte identifica técnicas para los árbitros y las partes que les permitan manejar de forma eficiente y justa la solicitud y producción de documentos electrónicos. En ese sentido, el reporte señala que la solicitud de documentos electrónicos debe ser lo más específica posible. Esto se puede lograr identificando y/o limitando el alcance de la solicitud al establecer referencias y características del documento buscado. En caso de solicitar una categoría particular de documentos se debe incluir: el número específico de personas que se crea que estén en posesión del documento, las fuentes de los documentos, fechas y si lo consideran apropiado, el uso de términos de búsqueda específicos que permitan localizar los documentos relevantes y materiales para el caso.

La parte que recibe la solicitud de documentos por lo general está más familiarizada con su infraestructura interna de sistemas e informática y por lo tanto estaría en una mejor posición para decidir cómo y en donde buscar documentos electrónicos. Resultaría apropiado que dicha parte identifique primeramente los parámetros de búsqueda y otorgue al solicitante una oportunidad para hacer comentarios al respecto. Adicionalmente, el reporte propone la utilización de tecnologías más sofisticadas para la búsqueda de documentos que arrojen resultados más exactos. Asimismo considera deseable que las partes acuerden o el tribunal ordene los términos de búsqueda a efecto de evitar disputas relacionadas con la idoneidad de los términos y palabras utilizadas. En caso de que los documentos electrónicos existan en diferentes idiomas, se debe ser cauteloso en la identificación de términos de búsqueda para cada idioma.

4 Reglas de la IBA sobre la Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional Artículo 3.a (ii).

5 Reglas de la IBA sobre la Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional Artículo 3.12 (b).

6 <http://www.iccwbo.org/Advocacy-Codes-and-Rules/Document-centre/2012/ICC-Arbitration-Commission-Report-on-Managing-E-Document-Production/>

La relevancia y materialidad de los documentos electrónicos solicitados deberá ser ponderada frente a la carga impuesta en la parte que deba producirlos, revisarlos y producirlos. Un importante factor que debe considerar el tribunal arbitral es la accesibilidad que tenga la parte requerida para obtener los documentos.

Las partes y el tribunal arbitral deben procurar que tanto la solicitud y producción de documentos físicos como electrónicos sea específica y que únicamente se constriña a los documentos que sean relevantes y materiales al caso, tomando en consideración que la producción sea económica y eficiente.

Aspectos a considerar, reflexión y consideraciones sobre las reglas de la IBA

por Guillermo Coronado Aguilar

Como ya fue señalado, el *discovery* o la producción de documentos es un método excepcional cuando una de las partes no tiene las pruebas en su poder y se encuentran en poder de la contraparte. Lo cual es un tema ajeno a la tradición civilista, siendo esta una cuestión propia del *common law*.

Al señalar que es un método del *common law* y no de tradición civilista, nos deja entrever un posible problema entre familias legales, por tanto es bueno tener consideración de algunos aspectos cuando las partes se encuentren frente a un arbitraje comercial, ya sea nacional o internacional, bajo el Reglamento de Arbitraje de la CCI en México.

La conceptualización y el entendimiento de la producción de documentos nos lleva a considerar el punto medular del arbitraje comercial, sobre todo como llega a ser entendido dentro del esquema legislativo mexicano.

En México la regulación del arbitraje es monista, esto quiere decir, que las reglas aplican tanto para el arbitraje comercial nacional e internacional, luego entonces las reglas de producción de documentos deben de entenderse que aplican para ambos casos. Sobre todo, por que el arbitraje y las reglas del mismo contenidas en el código de comercio se entienden herméticas, restrictivas y de autocontenido<sup>7</sup> en referencia al artículo 1434 y 1435 del Código de Comercio.

Es bueno hacer notar que la legislación Mexicana refleja una tendencia internacional ya que adopta la ley modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional. Lo cual es una tendencia hacia la armonización con más sistemas legales alrededor del mundo, reflejando tal vez una *lex mercatoria procesualis*,<sup>8</sup> es decir, conciliar el mundo del *common law* y de la familia civilista.

<sup>7</sup> Así es entendido en la siguiente tesis aislada: "Arbitraje Comercial. Su legislación es especializada y por ende, excluyente de normas generales." Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXXII, Diciembre 2010, I.7º.C.150 C.

<sup>8</sup> F. Marella, *Regolamenti arbitrari e formazione di una lex mercatoria processualis*, en *Trattato di diritto commercial e di diritto pubblico dell'economia*, F. Galgano (ed.), Vol. XX, Cedam, Padua, 2003, at 579 et seq.

Lo anterior denota entonces que la legislación mexicana en su Código de Comercio busca que el arbitraje comercial tenga reglas sustantivas y procedimentales que sean internacionales, a fin de servir a la comunidad comerciante, evitando sobre todo estar definida por un sistema legal particular. Entiéndase como una libertad de elegir las reglas que sean más apropiadas para la resolución de la controversia.

Ante ese panorama se encuentran las partes y sobre todo los árbitros, es en ese vértice donde el Reglamento de Arbitraje de la CCI y las reglas y guías de la IBA así como de otras instituciones encuentran cobijo, ya que son ellas las que concilian tradiciones legales que llegan a tener ciertas incompatibilidades.

En primer punto cuando las partes adopten las reglas de arbitraje de la CCI, el artículo 19 y 22(2) evidencia la libertad de elegir las reglas del proceso, –reflejo del laudo ICC 1512, “*wide discretion in matters of procedure*”–. Por lo que las partes son libres en adoptar las Reglas de la IBA sobre la Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional, aunque también pueden no sujetarse a ellas, sin embargo, al ser un reflejo de la *lex mercatoria proceduallis*, puede que estas reglas sean utilizadas como guías ya que pueden significar el reflejo de la regulación y entendimiento por la comunidad internacional.

Sobre este punto anterior, cabe hacer una reflexión y una puerta abierta a mayores preguntas sobre las guías que se han expedido alrededor del arbitraje, ¿estaremos ante una sobre-regulación del arbitraje? ¿la libertad que da el arbitraje esta siendo diezmada ante nuestra necesidad de reglas?

La necesidad de fundamentar y razonar un laudo así como el deber que un laudo sea ejecutado, hace que el árbitro busque tener un terreno firme para establecer el por que sí o por que no se admite una prueba y el por que sí o por que no se admite la producción de ciertos tipos de documentos.

En esa búsqueda de terreno firme hay dos puntos de vista, el primero es el que se basa en las guías producidas por organismos internacionales como lo es la IBA, y el otro es el pensamiento independiente el cual no se basa en dichas guías. Esto lleva a la discusión de si las guías puedan ocasionar menor flexibilidad en el arbitraje, la cual es una nota característica del propio arbitraje.

Desde el punto de vista del presente, la fundamentación primigenia se encuentra en el artículo 1434 y 1435 del Código de Comercio y los artículos 19 y 22(2) del Reglamento de Arbitraje de la CCI, que reflejan la libertad del árbitro, sobre todo su libertad para resolver la controversia en atención a los usuarios finales, es decir, la comunidad comercial a nivel internacional, independientemente si dicho arbitraje es nacional o internacional, bajo las reglas que considere más apropiadas.



## Guillermo Coronado Aguilar

Socio fundador de Coronado Figueroa y Asociados S.C. Árbitro nacional e internacional, abogado corporativo y asesor de empresas. Es Licenciado en Derecho por la Universidad Panamericana, campus Guadalajara. Cuenta con una maestría en Estudios Avanzados en para la Resolución de Conflictos Internacionales por la Universidad de Ginebra y el Instituto de Altos Estudios de Ginebra, ambas en Suiza. Tiene una certificación en Derecho Comercial Internacional y Resolución de Conflictos Internacionales por la Universidad de Pace, Nueva York. Vicecoordinador del Comité de Jóvenes árbitros Jalisco de ICC México.

## 1 Introducción

La Cámara de Comercio Internacional (ICC) es un claro ejemplo de una institución a la vanguardia, y en este respecto se encuentra la Corte de Arbitraje de la ICC así como su secretariado, en el que se refleja una preocupación y solución al arbitraje multi-partes. Las nuevas reglas de arbitraje de la ICC, son la culminación de know-how creado desde las antiguas reglas de arbitraje de la ICC de 1998, que llevó a adiciones dirigidas en la necesidad de cubrir situaciones con respecto a la multiplicidad de partes en el arbitraje, sobre todo en la consolidación de casos y la incorporación de partes adicionales.

El artículo 7 del reglamento de arbitraje de la ICC 2012 (Reglas ICC), establece la posibilidad de incorporar partes adicionales, dicha incorporación tiene dos impactos directos en la administración del arbitraje, el primero es en cuanto a los costos, y el segundo es en cuanto a la designación de los árbitros. En ambos casos, se da un rol muy importante tanto a la Corte así como al secretariado de la ICC para la correcta continuación del arbitraje.

Sin embargo, antes de entrar de lleno al estudio y las implicaciones del artículo 7, es importante resaltar la utilidad práctica de los nuevos ajustes hechos a las Reglas ICC que tendrá en la vida diaria de las empresas, sobre todo en el caso Mexicano, y que puede llevar por consiguiente una verdadero crecimiento exponencial en el arbitraje a nivel interno.

## 2 PyMEs

Según estudios realizados por la CEPAL es necesario revisar la actividad interna económica de los países, sobre todo por que solamente el 20% del comercio que se realiza en el mundo es a nivel internacional, lo que deja un 80% de actividad económica que se desarrolla a nivel interno en cada uno de los países.<sup>1</sup>

Según dicho estudio de la CEPAL, por datos aportados por parte del INEGI, existen 3.1 millones de unidades económicas dedicadas a los rubros de manufactura, comercio y servicios, de las cuales 2,676,327 pertenecen a la Microempresa, 85,223 a la Pequeña empresa, 24,461 a la Mediana empresa y

<sup>1</sup> Revista de la CEPAL 79, Abril 2003, p.54.

7,307 a la gran empresa. Aún y cuando dicho estudio se basa en datos aportados en el año de 1998, el panorama no es muy diferente.

La Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI o UNCITRAL por sus siglas en inglés), el Grupo de Trabajo dedicado a las Microempresas y Pequeñas y Medianas Empresas (MIPYME desde 2014) , señalan la importancia de dichas empresas en la economía mundial. Calculando que el 86% de tales empresas operan en mercados emergentes, es decir, un 25 a 30 millones de tales empresas se encuentran en mercados como el mexicano. Cabe señalar, que en la Unión Europea el 99% de las empresas son Pequeñas y Medianas Empresas, mientras que en Estados Unidos representan un 92%.<sup>2</sup>

Una de las características fundamentales de las MIPYME es que estas pueden estar conformadas por un solo empresario, pequeño negocio familiar o empresas más grandes<sup>3</sup> con varios socios y empleados, y todas ellas operan en casi todos los sectores comerciales, sobre todo en sectores de servicios, artesanal y agropecuario.<sup>4</sup>

Aún y cuando pueden considerarse tales empresas como precarias, también pueden ser empresas con posibilidad de desarrollo económico, tomando en consideración que hoy en día el régimen de incorporación fiscal en México, ocasionará la regulación de las empresas, es decir, la constitución en personas morales en muchos de los casos.

Los rasgos encontrados por el Grupo de Trabajo en su sesión número 25, encontró ciertas vulnerabilidades, de las que se destacan por un lado la arbitrariedad y corrupción ante el Estado, pérdida del patrimonio personal por el fracaso empresarial, dificultad en vender o traspasar el negocio, y señalo por último la dificultad de acceder a mecanismos de solución de controversias, teniendo desventajas ante el Estado o empresas más grandes.<sup>5</sup>

Y en este punto es donde quisiera enfocarme, ya que el nuevo reglamento de la ICC al establecer reglas claras en cuanto a la incorporación de partes adicionales al arbitraje permite que varios socios dentro de una empresa puedan resolver alguna controversia inter-societaria, lo que a su vez implica la posibilidad de evitar un impasse en la vida diaria de la empresa, y se pueda de algún modo rescatar la relación comercial entre los socios, teniendo un beneficio al largo plazo para la vida de la empresa.

A su vez, tal preocupación en cuanto a las PyMEs y su internacionalización ha sido notada por la ICC al publicarse el 04 de agosto del 2016 “Tres pasos para habilitar el comercio electrónico para PyMEs”<sup>6</sup>

<sup>2</sup> Naciones Unidas, Asamblea General, A/CN.9/WG.I/WP.92, 12 de agosto de 2015, p. 4.

<sup>3</sup> Id. P. 6.

<sup>4</sup> Id.

<sup>5</sup> Id. P.7.

<sup>6</sup> Disponible en <http://www.iccmex.mx/noticias/noticias-icc/tres-pasos-para-habilitar-el-comercio-electronico-para-pymes>

Pero para ello, deberá de existir forzosamente una cláusula arbitral, bajo el reglamento ICC 2012.

### 3 Incorporación de una cláusula arbitral

Esto se puede hacer desde dos momentos, el primero y más fácil es al momento de constituirse la empresa dentro de los estatutos a manera de cláusula arbitral, y el segundo es a través de un compromiso cláusula compromisoria, una vez constituida la empresa o en la existencia de un litigio entre los socios.

Si existe ya una controversia, pero no hay un acuerdo arbitral, puede ser muy difícil, sino hasta imposible el poder pactar una cláusula para la resolución de conflictos.

Por el contrario, la inclusión de una cláusula arbitral dentro de los estatutos de una empresa conlleva dos cuestiones a revisar, la primera es si se integró o pactó una cláusula de arbitraje ICC al momento de la constitución de la empresa por los socios, y la segunda, si nuevos socios que adquieren acciones dentro de la empresa se encuentran obligados por la cláusula arbitral.

La primera parte es decir, la cláusula arbitral en estatutos o cláusula estatutaria, hace que por lo menos las personas que firmaron la constitución de la empresa se encuentren obligados ya que son ellos los que pactaron cada una de las cláusulas que se contienen en los estatutos. Por lo que los socios deberán estar atentos en nombrar un tercero para resolver la controversia y no a un organismo interno de la empresa.<sup>7</sup> Sin embargo, el segundo punto, la aceptación de una cláusula arbitral por referencia debido a la adquisición de acciones conlleva una mayor discusión.

Cabe destacar que en cualquier caso, la cláusula arbitral que se pacte tiene que ser una referencia exacta para resolver la controversia y no una referencia global, es decir, evitar la redacción “cualquier disputa será resuelta por arbitraje”. En cambio, establecer una cláusula arbitral con referencia exacta sobre el nombre correcto de la institución, en nuestro caso la ICC, la sede del arbitraje (puede ser el domicilio social u otro que se elija), el número de árbitros, el idioma, y la ley aplicable.

Si se pacta una cláusula arbitral posterior a la constitución legal de la empresa se tendría que revisar quiénes fueron o no socios de la sociedad al momento de reformarse o añadirse una cláusula arbitral bajo el reglamento ICC, para ver si tal socio pactó o no el arbitraje. Al momento no existe una decisión sobre el tema en los tribunales mexicanos, sin embargo, se entiende que los socios u accionistas de una sociedad al momento de adquirir una acción o parte social, o ser incluidos como socios independientemente del mecanismo. Estos se encuentran obligados a resolver cualquier controversia relacionada con los socios y la sociedad debido al artículo 13 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, al establecer que:

<sup>7</sup> Tesis Aislada. No. Registro 2004647. Arbitraje. No puede considerarse como tal el pacto consistente en que un organismo corporativo de la persona moral entre cuyos miembros existe diferendo con respecto a su administración, deba resolver el conflicto correspondiente.

Artículo 13.- El nuevo socio de una sociedad ya constituida responde de todas las obligaciones sociales contraídas antes de su admisión, aun cuando se modifique la razón social o la denominación. El pacto en contrario no producirá efecto en perjuicio de terceros.

Debe de entenderse que es una obligación social por parte de los socios el respetar las cláusulas estatutarios, de este modo, los socios deben respetar la manera y métodos para resolver alguna controversia por medio de arbitraje. Por lo que los socios, miembros y accionistas de una empresa se encuentran sujetos a la cláusula arbitral estatutaria por un tema de elección del foro.<sup>8</sup>

4 La incorporación de partes adicionales bajo el reglamento de arbitraje ICC 2012.

La incorporación de una parte adicional debe de ser hecha por la parte que solicite su incorporación, lo cual se encuentra regulado por el artículo 7(1) como la "Solicitud de Incorporación", tal solicitud debe ser enviado a la Secretaría de la ICC.

Del mismo modo que una solicitud de arbitraje<sup>9</sup>, la parte que solicita la incorporación de una parte adicional (Art.7(2)) debe de incluir la referencia al procedimiento arbitral, el nombre de las partes, y realizar el pago de la tasa de registro (Art. 4(4))

En contraste, la parte adicional debe contestar como si fuera una demandada, aplicando los artículos 5(1) al 5(4), de manera interesante, la parte adicional puede formular demandas en contra de cualquier parte dentro del procedimiento si así lo considera pertinente (Art.7(4)), esto abre la posibilidad de realizar a una contra-demanda (demanda reconvenicional), y hasta presentar una solicitud de incorporación de otra parte.

En todo esto, debe señalarse que para la incorporación de partes adicionales deben de respetarse tres puntos muy importantes, primero que exista un acuerdo de arbitraje, segundo que exista en realidad una demanda en contra la parte adicional, y tercero que la designación o confirmación de los árbitros no se haya realizado.<sup>10</sup>

4.1 La evaluación de la Corte y la Secretaría sobre la existencia de un arbitraje

La discusión más importante respecto a la incorporación de partes adicionales se relaciona con la existencia del acuerdo arbitral, (Art. 6(3) al Art. 6(7)), estableciendo cómo el análisis debe de ser hecho por la Secretaría y la Corte de la ICC. Principalmente es el análisis y satisfacción de que existe un arbitraje prima facie, que obliga a la parte adicional al arbitraje, o de que existe una multiplicidad de contratos.<sup>11</sup>

<sup>8</sup> Situación que al momento no ha sido resuelta por las cortes nacionales pero puede servir como inspiración la resolución de la Corte Europea de Justicia, sobre la elección de tribunales, bajo el caso C-214/89, en sentencia del 10 de marzo de 1992.

<sup>9</sup> Ver art.4(3)

<sup>10</sup> Greenberg, S., Feris, J.R., Albanesi, C., Consolidation, Joinder, Cross-Claims, Multiparty and Multicontract Arbitration- Recent ICC experience, Dossier of the ICC Institute of World Business Law: Multiparty Arbitration, p.173

<sup>11</sup> Ver art. 9

Existe una situación interesante con respecto al artículo 6(3), en donde la Secretaría, si así lo considera pertinente, puede referir el asunto a la Corte de arbitraje para determinar si todas las cuestiones pueden ser resueltas o no bajo un solo arbitraje. Sin embargo, la decisión final sobre la jurisdicción de cada una de las partes dentro del arbitraje se deja a decisión del tribunal arbitral con excepción de lo ya decidido por la Corte en cuanto a la no posibilidad de proseguir con el arbitraje en cuanto a las partes o la demanda.<sup>12</sup>

Si la parte adicional no desea ser parte del arbitraje, debe interponer tal objeción, esto puede ser mediante el desconocimiento de la cláusula arbitral, su validez o el ámbito de aplicación del acuerdo arbitral. Así también, la parte adicional puede interponer alguna objeción en cuanto a la imposibilidad de que el asunto sea conocido por el mismo arbitraje. Si la parte adicional no interpone alguna objeción en el asunto, es más probable que la incorporación tome efecto sin el análisis de la Secretaría o de la Corte, dejando la decisión para el Tribunal Arbitral.

Si la Secretaría General de la ICC refiere el asunto a la Corte, será la Corte quien decida si existe o no una cláusula arbitral que tenga efecto sobre la parte adicional, a un nivel prima facie (Art.6(4)), analizará si la cláusula arbitral obliga también a la parte adicional. Tal evaluación por parte de la Corte debe de hacerse en dos órdenes, el primero si existe solamente un acuerdo arbitral deberá analizar tal cláusula conforme al artículo 6(4)(i), o en segundo orden, si la incorporación de una parte adicional es el resultado de múltiples contratos conforme al artículo 6(4)(ii).

La redacción específica del artículo 6(4)(i), es que si la Corte está convencida prima facie de “la posible existencia de un acuerdo de arbitraje de conformidad con el Reglamento que las vincule a todas”, luego entonces, debe estimarse o entenderse que dicho convencimiento debe ser bajo, ya que debe evitar el prejuzgar sobre la existencia o inexistencia del acuerdo arbitral que pudiera llegar a considerarse una interferencia contra las obligaciones del tribunal arbitral.

En caso de múltiples contratos, conforme al artículo 6(4)(ii) ICC, aquí también, el análisis por parte de la Corte debe hacerse a un nivel prima facie, pero aquí dos condiciones deben de ser cumplidas, primero, que los acuerdos arbitrales concluidos por las partes y que se encuentran en diferentes contratos son compatibles, y segundo, que existe un posible “acuerdo entre las partes en el arbitraje para que dichas demandas pued[a]n ser determinadas conjuntamente en un solo arbitraje”.<sup>13</sup>

Aún y cuando la determinación de la Corte es final, sin embargo, las partes en desacuerdo de la orden de la Corte sobre la existencia o inexistencia de la cláusula a nivel prima facie, retienen el derecho de acudir al tribunal judicial que consideren competente sobre “sobre si existe o no, y respecto de cuál de ellas, un acuerdo de arbitraje que las obligue.”<sup>14</sup>

<sup>12</sup> Ver artículo 6(5)

<sup>13</sup> Ver artículo 6(4)(ii)

<sup>14</sup> Ver artículo 6(6)

En la solicitud de incorporación, algunas veces no está decidido si tal incorporación de la parte adicional formará parte del actor o demandado, o si tiene posturas incompatibles tanto con el actor y demandado originales, lo cual puede incidir directamente en la designación de los árbitros (Artículo 12(7)) así como a los gastos del arbitraje (Artículo 36).

## 4.2 Designación de árbitros

Si las partes dentro del acuerdo arbitral no decidieron sobre el número de árbitros, la regla por omisión será resuelta por el artículo 12(2) al establecer que “la Corte nombrará un árbitro único”, sin embargo, la Corte puede decidir que tal arbitraje sea mejor decidido por un tribunal arbitral con tres miembros.

La decisión de tener tres miembros en el tribunal arbitral en vez de uno, dependerá de la complejidad del caso, el número de las partes y el monto de la controversia, por tanto, puede llegar a considerarse que debido a la complejidad que presentan los arbitrajes múltiparte es la designación de un tribunal arbitral compuesto por tres miembros.

Una vez sobrepasado el problema del número de árbitros, el segundo problema se encuentra en el nombramiento de los árbitros, el mecanismo para el nombramiento de árbitros obedece en primer término al acuerdo que tengan las partes, si éste no existe, las reglas de la ICC cubren dicho proceso, que puede llegar a ser complicado si no existe acuerdo entre las partes, sobre todo cuando hay una incorporación de una o más partes, en las que tal vez, no se sabe todavía si tendrá una posición con alguna de las partes o contraria a todas.

Las reglas de la ICC ofrecen un camino muy importante ya que evita el riesgo de obstrucción del arbitraje por falta de acuerdo entre las partes en cuanto al nombramiento del árbitro, de cualquier modo si no existe acuerdo entre las partes, quien designará a los árbitros será la Corte conforme al artículo 13.

Sin embargo, existen diferencias entre nombrar un o tres árbitros. En caso de un árbitro único la Corte estará a cargo en caso de que no exista acuerdo entre las partes. Si es un tribunal con tres miembros, tal designación puede llegar a ser más complicada.

Si la Corte decidió un tribunal con tres miembros, la Corte le dará a cada una de las partes quince días para que se realice el nombramiento según el artículo 12(2) ICC rules. Si la parte adicional se considera que forma parte de la demandada o demandante deberá nombrar en conjunto como actor o demandado al árbitro (artículo 12(7)), si no llegan a un acuerdo lo hará la Corte para la parte demandada o demandante.

Ahora bien, si hay demandas entrecruzadas entre la demandante, demandada y la parte adicional, y no existe ningún método para nombrar a los miembros del tribunal arbitral, “la Corte quedará en libertad de escoger cualquier persona que estime apropiada para actuar como árbitro”<sup>15</sup>

## 5 Conclusión

Como se dijo anteriormente, las reglas de arbitraje de la ICC con referencia al arbitraje múltipartes, abren la posibilidad para que empresas dentro del espectro MiPyMEs (o cualquier espectro), tengan la posibilidad de disfrutar de las ventajas del arbitraje, hoy en día las empresas y start-ups buscan financiamiento para poder crecer o desarrollar cierta idea, lo difícil de estas empresas es el financiamiento como tal y tienen arreglos mediante la emisión o adición de nuevos socios, así como convenios de financiamiento con capital de riesgo, lo que origina ciertos intereses contrapuestos que son difíciles de dirimir de una forma clásica ante tribunales judiciales, las reglas de la ICC salen a la ayuda de estos límites, poniendo soluciones confiables a los usuarios del arbitraje.

<sup>15</sup> Greenberg, S., Feris, J.R., Albanesi, C., Consolidation, Joinder, Cross-Claims, Multiparty and Multicontract Arbitration- Recent ICC experience, Dossier of the ICC Institute of World Business Law: Multiparty Arbitration. También ver artículo 12(8).



**José Antonio Álvarez Méndez**

Abogado y Economista por la Universidad Tecnológica de México. Especialista en Derechos Humanos y Maestro en Derecho Constitucional por la Universidad de Castilla-La Mancha (UCLM). Maestro en Administración Pública por el del Instituto Politécnico Nacional y Maestro en Derecho Estadounidense por la Universidad Nacional Autónoma de México. Es abogado especialista en arbitraje internacional, particularmente en temas de obra pública y contratos de generación de energía eléctrica y compromiso de capacidad. Ha actuado como abogado de parte en más de 22 arbitrajes internacionales y es integrante de la Comisión de Arbitraje de ICC México.

El presente artículo trata sobre uno de los problemas que se suscitan por la utilización de conceptos jurídicos indeterminados en el arbitraje comercial internacional, particularmente cuando se está en presencia de Tribunales Arbitrales que carecen de suficiente preparación para la conformación de un significado casuístico, aplicable a la resolución de una disputa.

Los conceptos jurídicos indeterminados tienen como fin y propósito reducir la discrecionalidad en las decisiones de los juzgadores, a pesar de la vaguedad o imprecisión desplegada por el legislador al dictar la Ley. Los conceptos jurídicos indeterminados requieren de un operador jurídico suficientemente capacitado en la disciplina jurídica, pero también en la comprensión de la realidad, y con mayor relevancia, requieren de una solidez intelectual que les permita realizar la configuración al caso concreto de dichas nociones difusas.

La labor de los tribunales arbitrales, parecería que únicamente se constriñe a resolver una disputa por un mandato expreso. Eso es cierto en lo general, pero cuando el procedimiento arbitral es de estricto derecho, la labor del tribunal arbitral tiene una exigencia mayor: debe resolver la disputa expresando las razones concretas, las normas o reglas que se han aplicado para la resolución de la disputa, y que el Laudo que se emita, resulte coherente con lo disputado y consistente con los razonamientos expuestos.

A propósito de la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados en un arbitraje, resulta importante estudiar qué se puede hacer cuando se presenta un caso de error inexcusable cometido por el tribunal arbitral.

Cuando se está en presencia de un caso, en tratándose de Tribunales del Estado, de error craso o inexcusable, en la mayoría de las jurisdicciones se pueden emplear los mecanismos de control y evaluación que la judicatura tiene implementados –si bien no modifica el estado de lo resuelto– para enmendar dichas conductas de los jueces.

En el arbitraje, por la naturaleza transitoria de los tribunales, no existe un mecanismo permanente de control de las actuaciones de los árbitros; inclusive, en el caso de los arbitrajes administrados.

Las instituciones administradoras del arbitraje difícilmente podrían fungir como una instancia de revisión de la función arbitral.

El caso que se analizará en este breve estudio se basa en un juicio arbitral sustanciado bajo las Reglas de Arbitraje de la Corte Internacional de Arbitraje, promovido por una empresa especializada en la construcción de obras públicas y una empresa productiva del Estado.

Antes de proceder a señalar los antecedentes del caso, basta decir que el concepto jurídico indeterminado que el Tribunal Arbitral fue incapaz de conceptuar debidamente al contexto de la disputa fue el de *leyes de orden público*, que, si bien de suyo implica un problema complejo, también es cierto que existen diversos criterios aplicables que reducen la discrecionalidad en la construcción del citado concepto de *orden público*.

Este artículo tiene como propósito un acercamiento indagatorio de qué hacer ante la presencia de un error craso, pero que a la vez no configure una causal de nulidad del Laudo.

## Antecedentes

El caso fue presentado el 17 de noviembre de 2014 por un contratista francés con operaciones en México, ya que, en la ejecución de un contrato de obra pública a precio alzado, cuyo objeto era construir una central de generación geotermoeléctrica, había sido penalizado por la entidad contratante, toda vez que dicho contratista había incumplido la fecha de entrega de obra por más de 430 días.

El acuerdo arbitral preveía la constitución de un tribunal con tres miembros, en el que el procedimiento sería de estricto derecho, conforme las leyes mexicanas.

Así, se procedió la constitución del Tribunal Arbitral, con la inclusión de árbitros mexicanos, uno de ellos, el presidente –un afamado abogado especialista en derecho mercantil–, fue designado por la Corte.

Dentro del contrato de obra pública se estipuló una cláusula de penas convencionales por atraso en la entrega de la obra cuyo límite máximo era el 10% del monto del contrato.

En la precitada cláusula de penas convencionales se señaló la siguiente forma de cálculo:

*“Si la Aceptación Provisional de la Central no ocurre en o antes de la Fecha Programada de Aceptación Provisional correspondiente y siempre que dicho retraso no se deba a un acto u omisión de la \*\*\*\*\* o a Caso Fortuito o Fuerza Mayor, el Contratista deberá pagar a la Comisión, como pena convencional por el retraso, una cantidad calculada mediante la aplicación de los porcentajes para los períodos indicados a continuación, en la inteligencia de que la cantidad*

*máxima agregada pagadera conforme a esta Cláusula respecto al retraso en alcanzar la Aceptación Provisional será ele un 10% (diez por ciento) del Precio del Contrato; a) por cada una de la primera, segunda, tercera y cuarta Semanas de retraso en alcanzar la Aceptación Provisional, el Contratista deberá pagar a la \*\*\*\*\* una cantidad igual a 0,5% (cinco décimas de uno por ciento) del Precio del Contrato; b) por cada una de la quinta, sexta, séptima y octava Semanas de retraso en alcanzar la Aceptación Provisional, el Contratista deberá pagar a la \*\*\*\*\* una cantidad igual a 0,8% (ocho décimas de uno por ciento) del Precio del Contrato; y e) por cada una de la novena, décima, undécima y duodécima Semanas de retraso. en alcanzar la Aceptación Provisional, el Contratista deberá pagar a la \*\*\*\*\* una cantidad igual a 1,2% (uno más dos décimas de por ciento) del Precio del Contrato.*

*En caso de que el retraso no sea por una Semana completa, la cantidad semanal aplicable que el Contratista estará obligado a pagar se prorrateará sobre el número de Días completos en dicha Semana parcial, contando cada día parcial de retraso como 1 (uno) Dia completo de retraso.”*

La entidad contratante calculó penas convencionales por el retraso injustificado dando como resultado una penalización excedente al límite fijado del 10% del precio del contrato, por lo que procedió al cobro de dicha cantidad.

El contratista, se negó a su pago e inició el juicio arbitral, en el cual en síntesis reclamó lo siguiente:

- La interpretación del Tribunal Arbitral respecto de la cláusula de penas convencionales, *“... en forma integral, aplicando lo dispuesto por la LOPSRM y demás disposiciones que han sido invocadas en este memorial, por ser el marco legal que rige al Contrato de Obra y de conformidad con la cual debe ser interpretado, en especial se invoca, para la debida interpretación de la cláusula materia de la controversia, el artículo 46, en su fracción VIII de la LOPSRM, vigente al momento de celebrar el Contrato de Obra.”*
- Que el Tribunal resolviera que la pena convencional impuesta debería ser conforme a lo previsto en el artículo 46, fracción VIII de la LOPSRM, en el sentido de que las penas convencionales deben quedar sin efecto y determinarse únicamente en función de los trabajos no ejecutados conforme al programa convenido y no sobre el monto total del Contrato de Obra.
- Consecuencia de ello, el reembolso de las penas convencionales.

La empresa productiva del Estado al contestar, señaló, en suma, lo siguiente:

- No era factible modificar el contenido de la cláusula en comento, pues tal proceder era validar una postura unilateral y contraria al principio de libertad contractual.
- En cualquier caso, la cláusula de penas convencionales era válida y vigente, pues no existía resolución firme que estableciera lo contrario,
- No era posible la interpretación de la cláusula, pues esta no es ni ambigua ni vaga, y que las partes en el ejercicio de la autonomía de la voluntad, decidieron ese procedimiento en vez de utilizar la previsión legal.

Posteriormente, en la segunda ronda de memoriales, la contratista adujo que la pena convencional era contraria a la equidad y a la proporcionalidad, y que el Tribunal Arbitral debería considerar que el principio de proporcionalidad previsto en la Ley de obras públicas y servicios relacionados con las mismas (LOPSRM), que era una ley de orden público, particularmente, porque la empresa productiva del Estado, al fin y al cabo, había disfrutado de la obra.

La empresa productiva del Estado en su dúplica afirmó que no debería acoger la pretensión de la contratista, ya que para que un tribunal está impedido para interpretar una cláusula cuando aquella no es ambigua ni vaga; que las partes se habían obligado en los términos de dicha cláusula sin que hubiera sido declarada inválida; que la penalización se realizó por el retraso en la entrega de la obra, no porque no se hubiera realizado la obra; así como que el Tribunal Arbitral no debería atender los reclamos de equidad, ya que dicho procedimiento no era *ex aequo et bono*.

Concluido el arbitraje en todas sus fases, el Tribunal Arbitral declaró lo siguiente:

*“En la especie, resulta relevante que la Ley de Obras sea una ley reglamentaria del artículo 134 Constitucional, y que en su artículo 1 o disponga expresamente que se trata de una ley de orden público. Adicionalmente, la Ley de Obras regula la forma en que se ejerce el gasto público, lo que interesa tanto al gobierno como a los gobernados, otorgándole dicho interés el carácter de orden público e interés social a esta ley. En consecuencia, las Partes no podían eximir o renunciar al cumplimiento de la Ley de Obras, ni modificar o alterar su contenido, ya sea por omisión o pacto expreso en el contrato de obra pública.*

*En consecuencia, este Tribunal Arbitral considera que la fracción VIII del artículo 46 de la Ley de Obras, es imperativa, y en consecuencia no puede ser objeto de renuncia expresa o tácita entre las Partes.*

...

...el Tribunal Arbitral resuelve:

*PRIMERO. Declara que para la determinación de las penas convencionales por retraso en la fecha programada de aceptación provisional de la central previstas en el contrato, es aplicable, de manera imperativa e irrenunciable, la regla de proporcionalidad contenida en la fracción VIII del artículo 46 de la ley de obras.”*

Una vez que el Laudo fue analizado, la empresa productiva del Estado determinó que, desde luego no podía asentir las supuestas razones vertidas en el mismo –no por el resultado del juicio, sino por lo endeble e inconsistente de la *argumentación jurídica*–, sin embargo, consideró que no se actualizaba causa alguna para anular el Laudo, por lo que se abstuvo de presentar el juicio respectivo.

Ese es el contexto del caso analizado.

## Análisis

El caso que se describió ofrece numerosos e interesantes puntos respecto de los errores en que incurrió el Tribunal Arbitral, sin embargo, este artículo se centrará en la indebida concepción de *leyes de orden público*, y su incorrecta utilización para resolver una disputa, pero particularmente, en una interpretación que atenta contra varios principios fundamentales del derecho, como la autonomía de la voluntad, el *pacta sunt servanda*, la prohibición del *nemo auditur propriam turpitudinem alegans*, etc.

En efecto, el Tribunal Arbitral hizo descansar su decisión en una errada idea de que el contrato debía ser *interpretado*, inaplicando una cláusula que es válida y vigente, y en su sustitución, se debería aplicar la previsión legal, por ser esta *imperativa e irrenunciable*, toda vez que, en su limitada óptica, surgía de una *ley de orden público*.

Si bien este artículo no tiene como objetivo desentrañar lo que es orden público, es importante destacar que la judicatura ya ha dilucidado lo que debe constatarse cuando se alega una supuesta contravención al orden público, comprobación que el Tribunal Arbitral en ciernes no se molestó realizar, y que constituye la base del error craso de su Laudo.

El Poder Judicial de la Federación ha señalado<sup>1</sup> que, en tratándose de casos en que se alegue una contravención al orden público, no basta que la Ley que regula la situación sometida a análisis sea formalmente “*de orden público*”, sino que el juzgador debe discernir si en efecto “...*si su contenido, fines y consecución son contrarios a los valores y principios que inspiran el orden público, capaz de restringir derechos fundamentales de los gobernados, o si son realmente significativos para afectar el interés social...*”; en el caso que estudiado, el Tribunal Arbitral se

<sup>1</sup> Tesis de jurisprudencia I.4o.A. J/56, visible en la página 986 del Tomo XXV, Junio de 2007, correspondiente a la Novena Época del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.

abstuvo de realizar el examen mínimo respecto si la no inclusión del principio de proporcionalidad en el contrato, en particular en la cláusula de penas convencionales era una circunstancia contraria a los valores y principios que inspiran el orden público, es decir, que sea capaz de restringir los derechos fundamentales, o que sea realmente significativo para afectar el interés social.

El Tribunal Arbitral, en una limitación que no se explica, consideró razón suficiente que el artículo 1 de la LOPSRM señalara que dicha Ley es de orden público, para sustentar en su laudo, la violación de diversos principios fundamentales relativos a la contratación.

Como se ha referido, los tribunales, ya sean arbitrales o judiciales, al tratar de una supuesta violación al orden público, deben acreditar que en efecto acontezcan razones que sean contrarias los valores y principios básicos que inspiran el orden jurídico, o que afectaran al interés social.

La ausencia de dicha comprobación trae como resultado necesario el que las bases sobre las cuales se resuelva una contienda, sean endebles, carentes de sentido, y que la resolución deba ser revocada.

El Tribunal Arbitral en el caso señalado, tomó como tesis el que la LOPSRM es una Ley de orden público para determinar inclusive que:

- El principio de la autonomía de la libertad debía incumplirse,
- Los pactos pueden incumplirse unilateralmente, sin responsabilidad para el infractor,
- Se puede anular una estipulación sin que ello haya sido parte de la litis,
- Las partes pueden obtener beneficios de su incumplimiento

La posición manifestada por el Tribunal Arbitral llegó incluso al extremo de señalar que, aunque la cláusula no era oscura, ésta debía ser interpretada conforme el principio de proporcionalidad, y se debía *reinterpretar* en el sentido de incluir el principio de proporcionalidad por ser una disposición imperativa e irrenunciable; es decir, el Tribunal Arbitral, al señalar que la cláusula no era oscura estaba impedida para interpretarla. La única forma en que el Tribunal Arbitral hubiera podido señalar la forma de cumplir el resto de las obligaciones contractuales era que, en su caso, la estipulación en concreto hubiera sido declarada nula, o bien, en dicho juicio, se hubiera reclamado su nulidad.

No obstante, el sistema restringido de impugnación de los laudos, impide que dicho error inexcusable sea revisado y en su caso reparado.

Si bien, se ha señalado que en la conformación de los tribunales arbitrales son las partes quienes tienen un rol determinante en la elección de los árbitros, también es cierto que en diversas ocasiones la elección de dichos candidatos está basada en referencias no comprobables, y los

nombramientos que realizan las instituciones administradoras de arbitraje son inescudriñables para las partes.

Sin embargo, el Tribunal Arbitral, a la luz de la supuesta preparación y formación de los árbitros miembros del Tribunal Arbitral, cometió una serie de errores crasos que no se explican.

Los errores crasos son aquellos que, por la notoria ineptitud, no requieren prueba adicional de su existencia.

El Poder Judicial de la Federación<sup>2</sup> ha señalado que, para verificar si existe un error inexcusable, debe considerarse la complejidad del problema a resolver, la preparación académica de los juzgadores, su experiencia y, en general, todas las demás circunstancias que tengan relación con la disputa.

Jaime Manuel Marroquín Zaleta ha señalado que, como un elemento esencial del error judicial, debe constatarse el daño producido por él: *“El error judicial, para ser inexcusable debe, en todo caso, causar un daño significativo... Sobre este punto, es conveniente anotar que el error judicial debe trascender siempre al sentido del fallo, pues de no ser así, es obvio que no causaría un daño significativo.”*<sup>3</sup>.

En el caso estudiado, el error inexcusable sí causó un daño, pues trascendió al sentido del fallo, fue precisamente ese error sobre el que se construyó todo el entramado de la *ratio decidendi*.

En el caso que nos ocupa, los árbitros que conformaron el Tribunal Arbitral tienen una formación académica sólida, son abogados prestigiados en despachos de renombre, profesores universitarios dos de ellos, tanto a nivel licenciatura como posgrado, en general, la calificación de los árbitros aludidos no estaría en discusión.

Pero es precisamente ello, lo que hace que el error que cometieron sea inexcusable. No fue su inexperiencia, negligencia o falta de preparación lo que los hizo errar de tal forma, sino fue su ineptitud como árbitros, es decir, su falta de capacidad para fungir como juzgadores lo que los orilló a no lograr comprender que la función jurisdiccional requiere que los operadores jurídicos no sólo sean copistas de la Ley, sino sus verdaderos intérpretes, basados en todos los constructos de la ciencia jurídica.

Esto es necesario explicarlo, en general, los árbitros son elegidos de entre el foro; a veces, los candidatos tienen alguna experiencia en el arbitraje, en otras carecen de ella, y en la mayoría de los casos, los candidatos nunca han tenido la experiencia de haber sido juzgadores profesionales.

<sup>2</sup> Tesis P. CXLVII/97, visible en la página 188 del Tomo VI, Octubre de 1997, correspondiente a la Novena Época del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.  
<sup>3</sup> Marroquín Zaleta, Jaime Manuel (2000), *El error judicial inexcusable como causa de responsabilidad administrativa*, SCJN, México.

La idea de que los árbitros no sean jueces profesionales parecería ser una característica distintiva de los arbitrajes, misma que le da flexibilidad y consistencia al sistema arbitral, y que, a la vez, permitiría esa percepción de estar libre de los vicios de *lo judicial*.

Sin embargo, los candidatos a fungir como árbitros no deben estar del todo desvinculados con la función jurisdiccional, pero dada la naturaleza transitoria de los tribunales arbitrales, ¿cómo lograr dicha condición de los árbitros?

En el caso que se discute, no es que los árbitros sean abogados ineptos, o carentes de formación profesional, o que su prestigio y renombre sean vacuos, sin embargo, lo que sí demostraron es una incapacidad para desempeñarse como árbitros.

Es por ello que se plantea, ¿qué hacer cuando un tribunal arbitral comete un error inexcusable?, ¿qué labor podrían fungir las instituciones administradoras de arbitraje ante los errores inexcusables?

Como ya se ha señalado, en tanto el error inexcusable no configure una causal de nulidad de laudo, en términos del artículo 1457 del Código de Comercio, no se podría impugnar el laudo con esperanzas reales de modificar lo resuelto con base en dicho error.

No obstante, bien convendría evaluar la publicación –hasta donde la confidencialidad del caso lo permita– de la resolución del caso para que se conozcan los errores postulados por el Tribunal Arbitral.

Bien podría señalarse que la solución podría ser no nombrar de nuevo a dichos árbitros, pero, ¿y el daño ya causado?

Asimismo, valdría considerar la incorporación en los reglamentos de las instituciones administradoras de arbitraje, una especie de mecanismo de control de la aptitud de los árbitros.

Un sistema de información, en el que se expresaran las queja procedentes podría ser un incentivo para que los candidatos a árbitros se esmerasen con mayor empeño en el desarrollo de la función arbitral.

Como se sabe, la existencia de recursos es incompatible con el arbitraje mismo, pero al menos debería explorarse la posibilidad de la existencia de una especie de *queja administrativa* en la que la parte que haya sido dañada por la decisión equivocada del tribunal arbitral, manifieste las razones fundadas de su divergencia, y si la institución administradora del arbitraje, las considera procedentes, tomar en consideración dicho registro para evitar el nombramiento de los árbitros en cuestión en ulteriores arbitrajes.

Lo anterior, si bien no cubriría a todos los candidatos a ser árbitros, sino sólo a los que ya se hubieran desempeñado como tales, esta propuesta podría ser un mecanismo que reduciría el riesgo de elegir a un candidato no idóneo para fungir como árbitro.

Asimismo, esta especie de *queja* permitiría a los árbitros advertir los errores incurridos, y eventualmente, a corregir en lo posterior sus desaciertos.

## Conclusiones

El arbitraje está basado sí, en la libertad de las partes para resolver sus disputas conforme un procedimiento que autónomamente decidan, pero también en la confianza y en la esperanza de que la decisión que sea tomada, lo será con bases objetivas y consistentes, y no en meras creencias o aproximaciones.

Las partes tienen el derecho –independientemente de la regulación de la nulidad de laudo– a reclamar una incorrecta decisión tomada por un tribunal arbitral, particularmente, cuando los errores cometidos sean de tal característica que trasciendan al sentido del laudo.

En los procedimientos arbitrales que sean administrados, podría construirse un sistema de información que alerte a las partes, al momento de integrar sus respectivos tribunales, respecto de la consistencia de las resoluciones dictadas por los árbitros en juicios precedentes.



**James A. Graham**

Socio de 3CT S.C. y profesor de Derecho Internacional y Arbitraje en la Universidad de Nuevo León. Es licenciado en Derecho y Ciencias Políticas por la Universidad de París II Panthéon-Assas. Cuenta con una maestría y doctorado en la Universidad de París I Panthéon-Sorbonne. También cuenta con un diploma del Instituto de Altos Estudios de París. Integrante del Comité de Arbitraje Nuevo León de ICC México.

Muchas definiciones existen en relación con el principio general de Derecho. De manera práctica, podemos identificar dos tipos de principios: los que existen *a priori*, y los que se constan *a posteriori*. Los primeros se basan en valores morales, éticos, religiosos, etc., y funcionan como una matriz axiológica de la cual emergen las reglas. El mejor ejemplo es el conocido principio del *Pacta sunt servanda*, que fue un valor sagrado del Derecho canónico, basado en el hecho de que si alguien promete algo y no cumple, quiere decir que mintió en el momento de la promesa, lo que es un pecado grave. El Derecho laico retomó este postulado, y como principio general de Derecho, a su vez se deduce de el el principio de la buena fe por ejemplo. De este subprincipio se deduce por ejemplo la regla que él que recibió una mercancía que no corresponde al pedido, no obstante tiene que tomar cuidado de ella, hasta que el vendedor pueda recuperarla. Los segundos se obtienen por inducción de las diversas soluciones existentes en las leyes, sentencias, laudos, usos, etc., porque sí la gente lo hace es porque así es lo correcto.

La materia arbitral normalmente está regida por pocas reglas jurídicas expresas, se basa esencialmente en documentos contractuales muchas veces confusos, lo que da lugar a la necesidad de tener principios de interpretación. Asimismo, en ausencia de un Derecho aplicable preciso, se debe de recurrir a los principios generales para llenar las lagunas (1). Esos principios descubiertos por la jurisprudencia a través de los años han dado lugar a una cierta codificación, que sin embargo es progresiva (2). Finalmente, el panorama no sería completo, si no se mencionaría la problemática de los principios generales deducidos de valores morales (3).

## **1. Los principios generales jurisprudenciales**

Veremos primero los principios generales que la jurisprudencia internacional ha cristalizado, para después ver aquellos principios que existen en diversos sectores industriales y comerciales, para finalizar con los principios establecidos por los tribunales mexicanos.

### **A - Los principios generales internacionales**

A través de la jurisprudencia judicial y arbitral internacional, diversos principios generales procesales se han cristalizado, en particular con respecto a los principios de interpretación. El primero de ellos, es el del *favor arbitri*, consistiendo en la *ratio* que las cláusulas compromisorias tienen que ser interpretadas de manera de favorecer la constitución del proceso arbitral, eso porque la cláusula expresa la voluntad de las partes de ir al arbitraje no obstante la imperfección de la redacción de la cláusula<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Por ejemplo CCI 3243, *Clunet*, 1982.968; CCI 3380, *Clunet*, 1981.928; CCI 3460, *Clunet*, 1981.939.

En el mismo sentido, el principio de la interpretación *contra proferentem* consiste en considerar que la parte que redactó la cláusula, no puede después invocar su invalidez<sup>2</sup>. Lo anterior es parte del principio más amplio del *estoppel* (*venire contra factum proprium*)<sup>3</sup> que prohíbe para una parte en el arbitraje de prevalecer de una postura procesal que contradice otra anterior. Típicamente, el caso en el cual, una parte ratifica el nombramiento del arbitro, mas después intenta recusarlo sin tener argumentos nuevos.

Regresando a la interpretación *pro arbitraje*, ciertas observaciones tienen que hacerse. Por ejemplo una cláusula que sólo estipula “Arbitraje en Viena según las reglas de arbitraje” no puede ser invocada por la parte que la redactó como nula, sino tiene que ser interpretada *en contra proferentem* y *in favorem arbitri*. En el caso CCI, # 11869<sup>4</sup>, se llegó a la conclusión de que se trata de un arbitraje CCI con sede en Viena. Tal conclusión sin embargo es altamente discutible. En primer lugar, ¿porqué un arbitraje CCI? Si se ha pensado en Viena, hubiera podido también ser el Centro internacional de arbitraje de Viena. O ¿porqué no la LCIA con sede en Viena? En realidad, nadie sabe en lo que las partes han pensado en el momento de la desafortunada redacción. En segundo lugar, se desconoce la regla absoluta que el acceso a la justicia estatal es una garantía fundamental y por lo tanto constituye el Derecho común. Quiere decir, si la cláusula no funciona, son los tribunales judiciales que son competentes. Nuestra postura va en contra del *trend* de siempre intentar salvar el arbitraje<sup>5</sup>, y a final de cuentas en contra del negocio del mundo arbitral. Eso es una realidad. Sin embargo, se puede sólo salvar lo que es salvable. Por ejemplo una cláusula que prevé un arbitraje de la “Cámara de Comercio internacional (CCI) de Viena”: no existe tal cámara, mas existe la CCI. Es lógico pensar que se trata de un arbitraje CCI en Viena. Sin embargo, la cláusula “arbitraje en Viena” tiene que ser considerada como inoperante y por lo tanto nula. En práctica, se ha visto que una cláusula fue demasiado imperfecta para que un centro de arbitraje la acepte, y que los tribunales judiciales rechazaron oír el asunto con el motivo de que hay un acuerdo arbitral. Tales situaciones son imposibles. Se requiere un balance entre los árbitros que no salven lo imposible, y los jueces que acepten recibir los casos que no puedan ir al arbitraje no obstante una cláusula compromisoria, porque justamente la mayoría de las leyes prevén la competencia judicial en caso de cláusulas inoperantes, ineficaces, etc.

Otro principio general que también está cristalizado en ciertas leyes<sup>6</sup>, es el de la celeridad, obligando al arbitro a gestionar el arbitraje de la manera más rápida posible en vista de la circunstancias; al cual se puede también mencionar el del control de los costos.

<sup>2</sup> CCI 2795, *Yearbook*, 1979.210; CCI 3460, *Clunet*, 1981.939.

<sup>3</sup> Bowden, L'interdiction des se contredire au détriment d'autrui (estoppel) as a Substantive Transnational Rule in International Commercial Arbitration, in: Gaillard (ed.), *Transnational Rules in Commercial Arbitration* (ICC Publ. Nr. 480,4), 1993. 125.

<sup>4</sup> *Yearbook*, 2011.47.

<sup>5</sup> Ver el reciente caso de inversión extranjera *Yukos*, donde el tribunal arbitral estableció su competencia sobre un tratado no ratificado por el Estado. Desde entonces la Corte de Distrito de La Haya ha nulificado el laudo (el caso está pendiente ante la Corte de Apelación de La Haya).

<sup>6</sup> Por ejemplo: Art. 33(1)b *Arbitration Act*, 1996; Art. 21 de la Ley arbitral de Suecia.

## B - Los principios generales sectoriales

En la medida que existen muchos sectores como el marítimo, el textil, el café, el deporte, etc. no es posible ver cada uno. Tomaremos sólo un ejemplo, el del sector petróleo, por ser una industria de primera importancia en México. En dicho sector, hay que distinguir entre los principios alegados mas no establecidos, y aquellos que fueron confirmados.

### a) Principios alegados

En *Aminoil*<sup>7</sup>, se rechazó la afirmación que el método del “*net book value*” es un principio consagrado de la *lex petrolea*. Si es cierto que el método es muchas veces utilizado, es sin embargo como resultado de negociaciones entre las partes, y no como la expresión de una *opinio juris*. Sin embargo, en *Occidental*<sup>8</sup> el tribunal arbitral consideró que el método del “*discounted cash flow*” sí es “*as the most widely used and generally accepted method in the oil and gas industry*”, siendo así a lo mejor un principio general.

### b) Principios establecidos

Muchos gobiernos han intentado escapar a la jurisdicción arbitral, no obstante que habían firmado la cláusula arbitral, con el argumento de que su constitución o su legislación prohíbe el arbitraje para las para-estatales. La mayoría de los árbitros han considerado que es un principio general en el que no se puede invocar la inarbitrabilidad subjetiva después de haber pactado a favor del arbitraje<sup>9</sup>.

Otra manera para las para-estatales de escapar a la jurisdicción arbitral, es alegar que las concesiones petroleras son contratos administrativos y por lo tanto no son arbitrables. Todos los tribunales han rechazado el argumento. Que sea en *Aramco*<sup>10</sup>, o *Topco*<sup>11</sup>, se consideró que la teoría – al origen francesa – del contrato administrativo y su régimen particular, no es suficientemente reconocida en el mundo para ser considerada como un principio general. Al contrario, como dijo el *Aminoil* tribunal, es un principio general de no poder invocar la teoría para no cumplir con el acuerdo arbitral<sup>12</sup>. Sin embargo, en México Pemex obtuvo la nulidad del laudo en contra de Commsa, justamente basándose sobre el hecho de que el contrato en disputa es en realidad un contrato administrativo<sup>13</sup>, poniendo así a contrapié la postura de los tribunales mexicanos a la de los tribunales arbitrales internacionales.

Ahora bien, aunque no directamente vinculado con nuestro tema, cabe mencionar que en *Occidental*<sup>14</sup>, se acogió el argumento de que no obstante a que no se había solicitado la necesaria autorización ministerial, el *farmout* acuerdo fue valido porque los ejecutivos de Occidental habían actuado como “... *business people, seasoned oilmen, for whom legal niceties were not as important as the business realities of the deal*”. En

7 Ad hoc, *Kuwait v Aminoil*, 24/03/1982.

8 ICSID, *Occidental Petroleum v. Ecuador*, 29/06/2012.

9 Ad Hoc, *Elf Aquitaine vs NIOC*, Preliminar Award, 14/01/1982; CCI, *Framatome and others v The Atomic Energy Organisation of Iran*, 30/04/1982; Ad Hoc, *Benteler vs Belgique*, 18/11/1983.

10 Ad hoc, *Saudi Arabia v. ARAMCO*, 23/08/1958.

11 Ad hoc, *Topco v. Libya*, 19/01/1977.

12 Ad hoc, *Kuwait v. Aminoil*, 24/03/1982.

13 Undécimo Tribunal Colegiado en materia Civil del Primer Circuito, 11/09/2011. Graham, Mexican Annulment of an Mexican Award violates US Basic Notions of Justice, *BA Arbitration Review*, 2014.1.

14 ICSID, *Occidental v. Ecuador*, 01/07/2004.

otras palabras, se puede considerar que una cierta práctica uniforme en el sector da lugar a un principio general que prevalece sobre las eventuales reglas expresas. *Occidental* demuestra la importancia de los principios generales sectoriales, que operan como una *lex specialis* derogando los principios generales internacionales<sup>15</sup>, lo que da pauta a la posibilidad de tener principios generales del arbitraje “petróleo”, distintos de los del arbitraje “internacional”, o del “comercio internacional”.

### C - Los principios generales mexicanos

En los últimos diez años, los tribunales federales han elaborado en materia procesal, el principio de “celeridad y expeditéz”. Parece que el origen de este principio puede ser localizado en una tesis del Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, que ha establecido que un convenio arbitral tiene que desplegar sus efectos desde el principio, “con celeridad y eficacia”, y “sin dilaciones indebidas”<sup>16</sup>. En 2007, la SCJN justificó que no son recurribles las resoluciones intermediarias dictadas en los incidentes de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales en aplicación del principio de “celeridad, practicidad y expeditéz”:

LAUDO ARBITRAL. EL ARTÍCULO 1460 DEL CÓDIGO DE COMERCIO, AL DISPONER QUE LA RESOLUCIÓN DEL INCIDENTE DE NULIDAD RELATIVO ES IRRECURRIBLE, NO VIOLA LA GARANTÍA DE ACCESO A LA TUTELA JURISDICCIONAL.

El procedimiento arbitral es un medio alternativo de solución de conflictos suscitados en materia mercantil que consiste en el sometimiento voluntario de las partes a un árbitro, las cuales optan por la no intervención de la autoridad judicial, esencialmente por cuestiones de celeridad, pragmatismo y expeditéz procesal. En ese sentido, el artículo 1460 del Código de Comercio, al prever que la resolución que recaiga al incidente de nulidad del laudo arbitral no será objeto de recurso alguno, no viola la garantía de acceso a la tutela jurisdiccional contenida en el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pues ello se racionaliza jurídicamente en el hecho de que para la sustanciación de los mencionados incidentes el referido numeral 1460 remite al diverso 360 del Código Federal de Procedimientos Civiles, de aplicación supletoria a la ley de la materia, y no a los artículos 1353 y 1354 del Código de Comercio o al numeral 574 del ordenamiento procesal civil citado, que aunque también regulan cuestiones incidentales, sus términos son más extensos. Esto es, el legislador dispuso la manera en que los incidentes de nulidad de laudo arbitral no desvirtuaran la naturaleza y celeridad de los procedimientos seguidos en arbitraje, pues el mencionado artículo 360 prevé con mayor premura la tramitación de dichas cuestiones incidentales; de ahí que establezca la señalada irrecurribilidad, pues sería absurdo que se siguieran procedimientos arbitrales ágiles y sencillos y las cuestiones incidentales relativas no se tramitaran con celeridad. Además, el indicado precepto constitucional no se vulnera en tanto que, por un lado, no se imponen requisitos excesivos o innecesarios para acceder a los tribunales y, por otro, el quejoso puede incoar contra la aludida determinación un medio de defensa como el juicio de amparo<sup>17</sup>.

Un año después, el Tercer Tribunal Colegiado del Primer Circuito ha justificado la admisión de la reconvencción de reconocimiento y ejecución en el mismo incidente de nulidad de laudo para que “se ajusta al principio de celeridad” y “para crear certidumbre y confiabilidad en la

15 CCI 5946, *Yearbook*, 1991.97.

16 Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Amparo en revisión 14/2005. Servicios Administrativos de Emergencia, S.A. de C.V. 19/05/2005.

17 Amparo en revisión 560/2007. Certificados Integrales Funcionales, S.A. de C.V. 31/10/2007.

justicia mexicana, para que no se obstaculice la solución y ejecución de lo resuelto”<sup>18</sup>. Todo lo anterior, nos conduce a afirmar que estamos en presencia de un verdadero principio general de Derecho, visto que se trata de una formulación general de valores, repetitivamente aplicada por los tribunales en ausencia de una regla legislativa. La consecuencia directa es que el juez tiene la obligación, en virtud del artículo 14 constitucional, de escutar su decisión en la luz de este principio y asegurarse que ésta cumple cabalmente con el objetivo de no obstaculizar el arbitraje o la ejecución de un laudo, sino, al contrario, favorecer su “expeditez”.

También, se aplica el principio del *venire contra factum proprium non valet*, o estoppel según la doctrina internacional:

#### PRINCIPIO DE LOS ACTOS PROPIOS. ELEMENTOS Y CONDICIONES DE APLICACIÓN.

Una de las fuentes del derecho mexicano son los principios generales del derecho, los cuales deben encontrarse en todos los supuestos normativos escritos, por contener máximas del derecho que reflejan los valores supremos que se busca alcanzar con el derecho, tales como la justicia y la equidad social. El principio *venire contra factum proprium non valet* (nadie puede volverse contra sus propios actos), consiste en que existe el deber jurídico, a cargo de las personas, de no contrariar una conducta pasada, pues se debe realizar una interpretación de la conducta conforme a estándares determinados, como las costumbres o la buena fe, con la finalidad de alcanzar y de exigir de las personas un mínimo de coherencia y de buena fe en sus relaciones con los demás. Los elementos de este principio son: a) conducta vinculante: se refiere a la existencia de una conducta anterior del sujeto, que es válida, eficaz y relevante, en función de un hecho o acto jurídico que genere en las demás personas o la sociedad la confianza de que en el futuro dicho individuo procederá conforme a ella; b) pretensión contradictoria, que se traduce en que el sujeto que realizó la conducta debe formular una pretensión a través del ejercicio de un derecho subjetivo, que es contradictorio con el sentido objetivo que de la conducta previa o anterior se deriva; c) perjuicio de terceros, en tanto que confían en el sentido objetivo de la conducta vinculante de la persona, que han variado o alterado de alguna forma su posición jurídica; y, d) identidad de las partes, esto es, que la conducta anterior y la posterior deben ser atribuidas a una misma persona o a quien la sustituya en el cumplimiento de la obligación, que implica: fidelidad a lo pactado, la sujeción a la situación jurídica aprobada, la vinculatoriedad al contrato del que forma parte. Este principio debe observarse en todos los casos en que no exista un conjunto de normas que puedan resolver algún problema planteado, con el fin de que las partes en una controversia, que hayan celebrado con anterioridad a éste un acto jurídico, no contraríen su conducta y voluntad emitida al momento de la celebración del mismo<sup>19</sup>.

#### DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS. SU DERIVACIÓN INMEDIATA Y DIRECTA DEL PRINCIPIO GENERAL DE BUENA FE.

La buena fe se define como la creencia de una persona de que actúa conforme a derecho; constituye un principio general del derecho, consistente en un imperativo de conducta honesta, diligente, correcta, que exige a las personas de derecho una lealtad y honestidad que excluya toda intención maliciosa. Es base inspiradora del sistema legal y, por tanto, posee un alcance absoluto e irradia su influencia en todas las esferas, en todas las situaciones y en todas las

<sup>18</sup> Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Amparo en revisión 274/2008. Maquinaria Igsa, S.A. de C.V. 4/12/ 2008. Unanimidad de votos. Ponente: Neófito López Ramos. Secretario: José Luis Evaristo Villegas.

<sup>19</sup> Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Amparo directo 237/2012. Mireya Leonor Flores Nares. 10/05/2012. Unanimidad de votos. Ponente: Neófito López Ramos. Secretario: José Luis Evaristo Villegas.

relaciones jurídicas. Ahora bien, a partir de este principio, la doctrina y la jurisprudencia han derivado diversas instituciones, entre las que por su importancia para la resolución de problemas jurídicos destaca la llamada doctrina o teoría de los actos propios, que deriva de la regla consignada en el brocardo que reza: *venire contra factum proprium, nulla conceditur*, la cual se basa en la inadmisibilidad de que un litigante fundamente su postura al invocar hechos que contraríen sus propias afirmaciones o asuma una actitud que lo coloque en oposición con su conducta anterior y encuentra su fundamento en la confianza despertada en otro sujeto de buena fe, en razón de una primera conducta realizada, la cual quedaría vulnerada si se estimara admisible aceptar y dar curso a una pretensión posterior y contradictoria<sup>20</sup>.

Como se consta, son pocos los principios, y eso es debido a que es raro que un arbitraje se rija solamente según los principios generales de Derecho. Eso además, que se recurre más y más a los principios codificados, como lo veremos ahora.

## 2. Los principios generales codificados

En materia de codificación de los principios generales del comercio internacional, es de distinguir entre aquellos establecidos en listas cerradas, y los que existen en listas abiertas, los denominados principios progresivos.

### **A - Los principios establecidos**

La principal fuente de los principios generales codificados es la del Comité de arbitraje de la *International Bar Association*, que se ha dado la tarea de emitir “reglas”, “principios” y “directrices” en relación con varios aspectos del arbitraje tal como el manejo de la pruebas o la resolución de los conflictos de intereses por ejemplo, formando así una *soft law*<sup>21</sup>. No existe una definición homogénea de esta última. Se trata de textos que establecen reglas que en principio no son obligatorias, pero que con el tiempo y por su uso adquieren una cierta “obligatoriedad”. Es así que todas las “reglas” de la IBA sólo se aplican si las partes lo han así pactado. Sin embargo, no es inusual ver tribunales arbitrales referirse a esas reglas no obstante que la

20 Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Amparo directo 614/2011. 08/12/2011. Unanimidad de votos. Ponente: Víctor Francisco Mota Cienfuegos. Secretaria: María Estela España García. Amparo directo 183/2012. Comunicaciones Nextel de México, S.A. de C.V. 19 de abril de 2012. Unanimidad de votos. Ponente: Víctor Francisco Mota Cienfuegos. Secretaria: Ariadna Ivette Chávez Romero. Amparo en revisión 85/2012. Ileana Fabiola Terán Camargo. 19 de abril de 2012. Unanimidad de votos. Ponente: Víctor Francisco Mota Cienfuegos. Secretaria: Ariadna Ivette Chávez Romero. Amparo directo 237/2012. Mireya Leonor Flores Nares. 10 de mayo de 2012. Unanimidad de votos. Ponente: Neófito López Ramos. Secretario: José Luis Evaristo Villegas. Amparo en revisión 96/2014. Isaac Romano Metta. 15 de enero de 2015. Unanimidad de votos. Ponente: Laura Díaz Jiménez, secretaria de tribunal autorizada por la Comisión de Carrera Judicial del Consejo de la Judicatura Federal para desempeñar las funciones de Magistrada. Secretaria: Nashieli Simancas Ortiz.

21 La *soft law* está definida por los tribunales federales de la siguiente manera: “SOFT LAW”. LOS CRITERIOS Y DIRECTRICES DESARROLLADOS POR ÓRGANOS INTERNACIONALES ENCARGADOS DE LA PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES SON ÚTILES PARA QUE LOS ESTADOS, EN LO INDIVIDUAL, GUÍEN LA PRÁCTICA Y MEJORAMIENTO DE SUS INSTITUCIONES ENCARGADAS DE VIGILAR, PROMOVER Y GARANTIZAR EL APEGO IRRESTRICTO A LOS DERECHOS HUMANOS. De conformidad con el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y su alcance protector en materia de derechos humanos, los agentes del Estado Mexicano no sólo deben observar la normativa internacional de carácter obligatorio y la jurisprudencia interamericana, sino que en virtud de las máximas de universalidad y progresividad que también contempla, debe admitirse el desarrollo de principios y prácticas del derecho internacional de carácter no vinculante previstos en instrumentos, declaraciones, proclamas, normas uniformes, directrices y recomendaciones aceptados por la mayoría de los Estados. Dichos principios son identificados por la doctrina como “soft law” -en inglés-, cuya traducción corresponde a ley suave, normas ligeras, dúctiles o blandas y es empleado dado (i) el sentido de falta de eficacia obligatoria y (ii) en oposición al “hard law” o derecho duro o positivo. Ahora bien, con independencia de la obligatoriedad que revistan, su contenido puede ser útil para que los Estados, en lo individual, guíen la práctica y mejoramiento de sus instituciones encargadas de vigilar, promover y garantizar el apego irrestricto a los derechos humanos. Sin que ello implique desconocer la observancia primigenia del orden jurídico nacional, ni el principio de subsidiariedad de las normas supranacionales, según el cual, la protección internacional de los derechos humanos es aplicable después de agotada la tutela interna y, sólo en su defecto, debe acudir a aquélla, pues más allá de que la Constitución Federal y los tratados no se relacionen en términos jerárquicos, según definió el Máximo Tribunal del País en la jurisprudencia P./J. 20/2014 (10a.)(\*), la consulta de directrices no vinculantes sólo reporta efectos prácticos derivados de la experiencia acogida por órganos internacionales encargados de la promoción y protección de los derechos fundamentales. TERCER TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGÉSIMO SÉPTIMO CIRCUITO. Amparo en revisión 215/2014. 16 de octubre de 2014. Unanimidad de votos. Ponente: Livia Lizbeth Larumbe Radilla. Secretario: José Francisco Aguilar Ballesteros.

partes no las han incluido en su acuerdo arbitral, porque constituyen con el tiempo principios generales aceptados por la comunidad arbitral:

In order to verify the independence of the arbitrators, the Parties may also refer to the IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration approved on May 22, 2004. Such guidelines admittedly have no statutory value; yet they are a precious instrument, capable of contributing to harmonization and unification of the standards applied in the field of international arbitration to dispose of conflict of interests and such an instrument should not fail to influence the practice of arbitral institutions and tribunals. The guidelines do not state any general principles. They contain an enumeration, in the format of non-exhaustive lists, of particular circumstances: a red list divided in two parts (situations in which there is a legitimate doubt as to the independence and impartiality, with the parties being unable to renounce the most serious of them); an orange list (intermediary situations which must be disclosed but do not necessarily justify removal); a green list (specific situations which do not create an objective conflict of interest and which the arbitrators are not bound to disclose). It goes without saying that notwithstanding the existence of such lists, the circumstances of the specific case will always remain decisive to dispose of the issue of a conflict of interest<sup>22</sup>.

Como lo dijo un tribunal CCI:

The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts are a reliable source of international commercial law in international arbitration for they contain in essence a restatement of those “principes directeurs” that have enjoyed universal acceptance and, moreover, are at the heart of those most fundamental notions which have consistently been applied in arbitral practice<sup>23</sup>.

Sin embargo, tal afirmación no dilucida la ambigüedad de las reglas IBA, como lo demuestra el asunto *Noble*. No obstante que el Tribunal consta que las partes no han pactado la aplicación de las *Reglas IBA sobre la obtención de pruebas*, y que por lo tanto no son tal cual aplicables, los árbitros consideran que sin embargo son aplicables como “indicaciones para los relevantes criterios”:

The “IBA Rules on the Taking of Evidence in International Commercial Arbitration,” though not directly applicable in this case and primarily provided for use in the field of commercial arbitrations, can be considered (particularly in Articles 3 and 9) as giving indications of what may be relevant criteria for what documents may be requested and ordered to be produced, in ICSID procedures between investors and host States<sup>24</sup>.

Para eliminar la ambigüedad del régimen legal de esos principios, consideramos que las reglas de la IBA sólo pueden aplicarse a título de uso: quiere decir que existe una presunción contractual que las partes han entendido incluir esos principios en su acuerdo arbitral. Se trata de una presunción simple, y a las partes de demostrar *in casu* lo contrario<sup>25</sup>.

22 4A\_506/2007, 20/03/2008.

23 ICC Award # 9797, 28/07/2000.

24 *Noble Ventures, Inc. v. Romania*, ICSID, Procedural Order No. 1, 03/06/2003 (Böckstiegel; Lever, Dupuy).

25 Para un análisis más profundizada, véase: Perezniето & Graham, *Tratado de Arbitraje Comercial Internacional Mexicano*, 2<sup>da</sup> ed., Limosa, 2013, #465 sq.

Sin embargo, no escondemos nuestro deseo de que se ponga un freno a la “para-regulación” y su consecuente multiplicación de textos, guías, principios y reglas que sofocan al arbitraje, y matan, como ya lo había observado Michael Schneider<sup>26</sup>, el pensamiento jurídico independiente de los árbitros y abogados. En lugar de permitir que el arbitraje sea más ágil, son las excusas de todas las mociones y objeciones y otros escritos para cambiar un procedimiento “alterno” en verdadero litigio. Cada una de las reglas/directrices de la IBA por ejemplo, puede dar a su propio mini-juicio, sin hablar que la multiplicación de las reglas elimina la flexibilidad del arbitraje, y su acceso a los abogados no expertos en arbitraje. Lo que se distinguió antes como un mecanismo no-regulado de solución de controversias es hoy más una batalla procedural que una resolución sobre el fondo. Como dice Hodges:

The arbitration community at large (arbitrators, counsel, institutions), needs to keep watch against seeking to provide a solution for every imaginable “problem”. Corporate users will not thank us for such an approach, particularly if it starts to detract from the flexibility of arbitration and to over-complicate the arbitral process<sup>27</sup>.

Como si no fueran suficientes los diversos principios codificados, se deben mencionar también los principios que emergen de la *creeping codification*.

## B - Los principios progresivos

Se debe a Klaus-Peter Berger el concepto de la *creeping codification*<sup>28</sup>, o, en español, los principios progresivos. El académico pone énfasis sobre el hecho que los principios ya codificados no tomen suficientemente en cuenta la práctica, quiere decir los laudos arbitrales, y por lo tanto se requiere un catálogo que puede evolucionar. Si es cierto que la lista de *Trans-Lex*<sup>29</sup> es principalmente destinada a acoger los principios generales de la *Lex mercatoria*, es también verdad que un cierto número de principios generales del arbitraje también son enunciados. Es así que el principio # XIII.3.6 con respecto a las audiencias arbitrales enuncia:

- (a) Subject to any contrary agreement by the parties, the arbitral tribunal shall decide whether to hold oral hearings for the presentation of evidence or for oral argument, or whether the proceedings shall be conducted only on the basis of documents and other materials (“documents-only”). However, unless the parties have agreed that no hearings shall be held, the arbitral tribunal shall hold such hearings at an appropriate stage of the proceedings, if so requested by a party.
- (b) The parties shall be given sufficient advance notice of any hearing and any meeting of the arbitral tribunal for the purposes of inspection of goods, other property or documents.

Finalmente, el catálogo de los principios generales de Derecho también incluye aquellos principios que sólo se aplican en un sector particular.

En conclusión, son pocos los principios generales de Derecho del arbitraje que son plenamente identificados. Si la ventaja constituye a llenar un *vacuum legis* y ser flexible, la desventaja también es su carácter

<sup>26</sup> Schneider, The Essential Guidelines for the Preparation of Guidelines, Directives, Notes, Protocols and other Methods intended to help International Arbitration Practitioners to avoid the need for Independent Thinking and to promote the Transformation of Errors into “Best Practices”, *Mélanges Lazareff*, Pedone, 2011.563.

<sup>27</sup> Hodges, The Proliferation of “Soft Laws” in International Arbitration: Time to Draw the Line?, *Austrian Yearbook on International Arbitration*, 2015.205, 229.

<sup>28</sup> Berger, *The Creeping Codification of the NAew Lex Mercatoria*, 2<sup>nd</sup> ed., 2010, Kluwer Law International.

<sup>29</sup> www.trans-lex.org.

impredecible visto que no se sabe siempre de donde viene el principio general. Un ejemplo histórico lo muestra perfectamente: en 1963 en el asunto *Van Gend de Loos*<sup>30</sup>, la CJCE sacó de la manga un principio general “inherente al sistema” del cual derivó que el Derecho comunitario es un “nuevo orden jurídico internacional”<sup>31</sup>, con el efecto que a contrario a los tratados pues la entonces Comunidad Europea se transformó *de facto* en un Estado federal (aunque sea en Europa políticamente incorrecto pronunciar la palabra “federal”). Es así que en nuestra materia, la interpretación *in favorem arbitris* puede fundamentar una competencia arbitral, donde en realidad no la hay. La conclusión que se deduce de todo lo anterior, es el dicho “el arbitraje vale lo que vale el arbitro”: un arbitro justo aplicará con cuidado los principios generales, y solamente si es estrictamente necesario; otro arbitro “inventará” un nuevo principio general sólo para justificar su solución a la *litis*, o simplemente para dar pauta a una postura dogmática y/o académica. A cada uno de bien elegir a su arbitro! Sin embargo, en realidad la afirmación anterior no es suficiente, porque se tiene que agregar que el arbitraje vale lo que la cláusula arbitral vale. A las partes de elegir a su Derecho, un Derecho suficientemente preciso para que no haya lugar a buscar principios generales, en particular los basados en valores. En este sentido, no cabe duda que los casos de corrupción son los mejores ejemplos para ilustrar la problemática de los valores morales en el arbitraje internacional, expresados a través de principios generales de Derecho.

### 3. Los principios generales y los valores en el arbitraje

Tomamos como hipótesis un contrato de “comisión” que tiene por objeto remunerar los servicios de una intermediación con la meta de obtener un contrato importante con un Estado. El comisionista remite una cierta suma al jefe de Estado para obtener el “favor” de su apoyo en orden de obtener el contrato; contrato que finalmente se obtiene a favor del comitente. En el momento del pago de la comisión, el comisionista también reclama el reembolso del monto dado para obtener los favores presidenciales. El comitente rechaza y el asunto llega al tribunal arbitral. Es claro que el comisionista hizo un acto de corrupción; mas también queda claro que en el sector determinado, es una práctica común y que en realidad sin los pagos a favor de los dirigentes de ciertos países, es imposible hacer negocios. Suponemos ahora que el contrato prevé la aplicación de los principios generales del comercio internacional. ¿Se debe rechazar la indemnización del monto pagado porque es contrario a los valores del comercio internacional, o se debe acordar el reembolso, visto que es una práctica normal del comercio internacional en el determinado sector?

En primer lugar, se debe descartar la solución que en su tiempo propuso Lagergren, quien consideró que tal contrato afecta el acuerdo arbitral y que por lo tanto un contrato contrario al orden público “universal” es inarbitrable<sup>32</sup>. Tal vista ignora el principio de la autonomía de la cláusula compromisoria. El litigio es arbitrable<sup>33</sup>, lo que no impida el tribunal arbitral de considerar el contrato de base como nulo. Distinta sería la situación en donde la corrupción hubiera tenido como efecto imponer el acuerdo arbitral. En este caso, al tribunal arbitral le corresponde verificar si había un vicio de consentimiento en relación con el pacto de arbitraje<sup>34</sup>. En segundo lugar, hay que preguntarse si hay “algo” que condene la práctica de la corrupción, o

30 05/02/1963.

31 Graham, *Teoría general de Derecho internacional*, 2<sup>da</sup> ed., Zamanga Editores, 2013.124.

32 CCI #1110, *Arbitration international*, 1994.282.

33 CCI # 6474, Partial award, *Yearbook*, 2000.279.

34 Véase el caso *Westinghouse and Burns & Roe (USA) v. National Power Company and the Republic of the Philippines*, CCI, Laudo preliminar, 19/12/1991, *Mealey's*

si debe de verla como una práctica normal. La jurisprudencia arbitral rechaza normalmente de considerar la corrupción como algo lícito, aún tomando en cuenta, y considerando que en ciertos países la comisión sí es “normal”. Se han declarado los contratos de comisión nulos<sup>35</sup>. Sin embargo, no existe fundamento legal que apoye esas decisiones, sino que simplemente los árbitros han considerado la corrupción como algo “mal”. Tal práctica arbitral es justificada por Pierre Mayer, que sostiene que se necesita ninguna ley que apoye los valores, sino que los árbitros sencillamente defiendan esos valores “en conciencia”<sup>36</sup>. Pero eso implicaría un arbitraje en conciencia donde las partes pactaron un arbitraje en Derecho. No creemos que así tienen que ser las cosas. Por ejemplo, en el segundo laudo *Hilmarton/OTV*<sup>37</sup>, el arbitro, entre otros, constató que la corrupción no solamente es una práctica común, pero aún más que ciertos gobiernos la “toman en consideración” como por ejemplo la ley alemana que en la época permitía deducir fiscalmente tales montos pagados a título de comisiones<sup>38</sup>. La misma postura fue adoptada por el TFS en la acción de nulidad del primer laudo *Hilmarton/OTV*<sup>39</sup> que consideró el contrato de comisión nulo por tener como objeto actos de corrupción. Es así que el TSF observó:

Hence, it is utterly shocking that OTV refuses to execute fully its contractual obligations. OTV may not rely on a violation of Algerian law allegedly resulting in an affront to morality in Swiss law, when since the beginning said violation was tacitly part of the contract<sup>40</sup>.

En realidad, no pertenece a los árbitros “inventar” o “defender” valores, sino cumplir con su misión que consiste en rendir un laudo válido y razonablemente ejecutable. Consecuentemente, no obstante que el Derecho aplicable por ejemplo sean los principios generales del comercio internacional, pertenece al tribunal de verificar que el laudo no sea anulado por el juez de la sede arbitral o por los tribunales de los Estados donde razonablemente se puede prever que allí las partes buscan la ejecución. Es a la luz de esos órdenes públicos que el tribunal arbitral tiene que verificar si un contrato de “corrupción” es lícito o no, como lo demuestra el fallo del TFS<sup>41</sup> y el segundo laudo en el asunto *Hilmarton*, y no “fabricar” un principio general basado en la percepción moral subjetiva del arbitro. Los principios por deducción deben de tener como punto de partida una inducción: en tal sector, en tal país, a nivel mundial, etc. ¿se considera y se acepta ese valor? Si la respuesta es afirmativa, entonces de ese valor obtenido por inducción se puede deducir un principio general. Total, lo anterior tiene que considerarse como....un principio general del Derecho del arbitraje.

*Int'l Arbitration Report*, January 1992, Section B.

35 CCI # 8891, JDI, 2000.1076; *Hilmarton v. OTV*, CCI, 10/04/1992.

36 Mayer, La règle morale dans l'arbitrage, *Mélanges Bellef*, Litec, 1991.393.

37 *Hilmarton v. OTV* II, CCI, 10/04/1992.

38 *Idem*.

39 *Hilmarton v. OTV* I, CCI, 19/04/1988.

40 *Hilmarton v. OTV*, TFS, 17/04/1990.

41 *Hilmarton v. OTV*, TFS, 17/04/1990.

ANEXO: EJEMPLO DE LAUDO BASADO EN LOS PRINCIPIOS GENERALES

**Facts**

The distribution contract between the parties contained the following clause: “In case of litigation, parties hereby agree to appeal to International Chamber of Commerce of Geneva (Switzerland) according to international rules of arbitration”. When a dispute arose, the Spanish party commenced ICC arbitration. Maintaining that the clause in the contract referred to arbitration before the Geneva Chamber of Commerce, the Italian defendant refused to take part in the proceedings. In a partial award on the issue of jurisdiction, the sole arbitrator held that, although the arbitral clause was ambiguous, ICC arbitration in Geneva complied with the parties’ unambiguous intention to have their disputes settled by international arbitration in Geneva. Subsidiarily, the arbitrator also applied general principles of contract interpretation, and reached the same result that he had jurisdiction to hear the dispute.

**Excerpt**

[1] “Before even proceeding to an interpretation of the obscure or vague terms of this clause, the arbitral tribunal notes that there are in any case two clear and unambiguous elements here, that is: the parties undoubtedly and unambiguously intended to submit possible disputes to *arbitration* and not to a State court, as confirmed by counsel for the defendant in [his pleadings and correspondence]; the parties also clearly agreed that arbitration be held according to *international procedural rules*. In accordance with the principle of the autonomy of the [parties’] will, which prevails almost universally in contractual matters, the arbitral tribunal should not lose sight of its essential duty to respect this intention: the parties decided to refer their dispute to international arbitration.

[2] “The question to be decided is which arbitral institution (either the International Chamber of Commerce in Paris or the Chamber of Commerce and Industry in Geneva) should fulfill this task. First of all, there is no ‘International Chamber of Commerce of Geneva’. A strict reading of the clause at issue would thus result in the impossibility of referring the dispute to arbitration, which would manifestly run counter to the intention of the parties. Further, one of the advantages for which arbitration is chosen is, in principle, the speed with which the dispute is settled. As the ICC has appointed this tribunal with seat in Geneva, the intention of the parties has been respected as to the type and nature of the proceedings (arbitration in Geneva according to international rules). To admit, with the defendant, that proceedings should start again *ab ovo* before another body (Chamber of Commerce in Geneva), when the parties’ intention in case of a dispute is complied with in the present proceedings, would mean to delay in an unjustifiable manner the resolution of the dispute, which the parties wanted to be swift.

[3] “The arbitral tribunal notes that, in objecting to the jurisdiction of this tribunal, the defendant does not raise any valid argument, so that its position appears to be dilatory.

[4] “Ad abundantiam and *subsidiarily*, the arbitral tribunal holds that it reaches the same conclusion, that is, that it has jurisdiction, by interpreting the arbitral clause at issue. It is impossible, on the basis of a literal analysis of the ‘pathological’ clause, to determine with absolute certainty which arbitral institution the parties intended. Hence, we must define principles for the interpretation of international contracts, with reference to the arbitral awards of the International Chamber of Commerce.”

**I. THE PRINCIPLE OF EFFECTIVENESS (EFFET UTILE)**

[5] “The principle of effectiveness is a principle for the interpretation of international contracts which embodies a universal truth: it requires that when two different interpretations of the terms of a contract are possible, the

interpretation to be preferred is that which gives some effect to these terms (Philippe Kahn, *L'interprétation des contrats internationaux*, Clunet 1981, p. 5 et seq.).

[6] "It is accepted, as a principle, that the valid constitution and powers of an arbitral tribunal depend entirely on the will of the parties, and that arbitral clauses must be interpreted strictly (ICC case no. 2138 of 1974, Clunet 1975, p. 934). Consequently, the arbitrators must limit their intervention when the parties did not give them adequate powers.

[7] "However, ICC arbitral award no. 2321 (Clunet 1975, p. 939 et seq.) limits the strict interpretation to the scope of application of arbitral clauses. On the contrary, where the validity or effectiveness of arbitral clauses is to be assessed, the arbitrator must keep in mind the aim of making the agreement concluded by the parties as to the settlement of their contractual disputes work.

'The restrictive interpretation must be considered an exception to the consensual principle which prevails everywhere in arbitration.... The parties who include an arbitral clause in a contract certainly want this clause to allow for a settlement by arbitration of the disputes falling within its scope of application. This is premised on the parties having concluded a valid clause and that this clause is effective. Hence, in order to respect the intention of the contracting parties, we may legitimately interpret such clauses in a sense favourable to their validity and effectiveness' (Clunet 1975, p. 941).

'The interpretation of contracts is one of the fields in which international commercial arbitrators are most inclined to free themselves of national laws and refer to general principles of law' (ICC arbitral award no. 1434, Clunet 1976, p. 982).

[8] "Under certain circumstances, therefore, the arbitrator can depart from the general conflicts of law theory which generally refers, for the rules of interpretation, to the law of the contract. The arbitrator may depart from the applicable national law, but should not bend it by voluntarily ignoring its jurisprudential rules. Thus, the defendant raises the objection of lack of jurisdiction because of Spanish jurisprudence holding that a clause which is ambiguous as to the arbitral body can only be null and void. However, this Spanish jurisprudence is at odds with the principle of the *effet utile* (*ut res magis valeat quam pereat*), also called principle of effectiveness, as it reduces this contractual clause to a meaningless formula.



**Franciso González de Cossío**

Fundador y Socio Administrador de González de Cossío Abogados, S.C. Es licenciado en Derecho por la Universidad Iberoamericana. Cuenta con una maestría y doctorado en Análisis Económico del Derecho por la Universidad de Chicago, así como una Maestría en Negocios y Finanzas por la Universidad de Harvard.

## I. Propuesta

Propongo que las jurisdicciones que deseen fomentar mediación implementen tres pasos, uno a cargo de distintos actores jurídicos:

1. **Abogados transaccionales:** que los abogados transaccionales incluyan cláusulas escalonadas en sus contratos.
2. **Abogados postulantes:** que en sus casos los abogados litigantes y arbitrantes:
  - (a) respeten la obligación de mediar haciendo un esfuerzo razonable y de buena fe para seguir un proceso mediatorio o conciliatorio.
  - (b) hagan valer el incumplimiento del deber de mediar en el litigio o proceso arbitral, demandando costas.
3. **Jueces y Árbitros:** que tanto jueces como árbitros:
  - (a) sostengan que el contenido obligacional de una cláusula de mediación consiste en participar en un ejercicio mediatorio de buena fe, haciendo un esfuerzo razonable para lograr un resultado. Ello debe incluir por lo menos una junta con el mediador.
  - (b) condenen a costas cuando se incumpla la obligación de mediar.

## II. Explicación

De seguirse, los pasos despertarán la utilización de la mediación en México. A continuación explico por qué.

### A. Cláusulas escalonadas

Las cláusulas ‘escalonadas’ son aquellas que contemplan que, previo a arbitrar o litigar, tenga lugar una negociación, mediación o conciliación. Se distinguen de las cláusulas que contemplan *multiplicidad* de mecanismos alternativos en que *exigen* dar el paso previo a demandar.<sup>1</sup>

### B. Obligación de mediar

Existe un (interesante) dilema en la ejecución de un pacto de mediar. Siendo que la mediación es voluntaria, el cumplimiento forzoso de un acuerdo para mediar implica *forzar* a realizar algo *voluntario*. Como resultado, la mayoría de las soluciones se ciñen a considerar que el contenido obligacional es limitado – a veces inexistente. Lo que es más, hay quien ha abogado en contra de pactar cláusulas escalonadas razonando que son vacuas y complican: si las partes desean mediar, lo harán. En cambio, pactarlo como obligación

<sup>1</sup> El efecto jurídico no sólo es variante y casuista, sino objeto de discusión. Lo explico en *ARBITRAJE*, Ed. Porrúa, México, D.F., 4ª ed., 2015, pp. 102 y 365.

brinda a partes recalcitrantes una excusa para complicar procesos arbitrales.

El dilema es interesante, y la preocupación sobre las excusas y complicaciones que invita es cierta. Sin embargo, está sobreexpuesto, es insuficiente para no pactar la obligación de mediar, y en cambio se pierde una oportunidad cuando ello no ocurre.

Está *sobreexpuesto* pues la táctica dilatoria consistente en intentar entorpecer la consecución de un proceso arbitral argumentando que no se ha agotado el paso previo (mediar) se vence fácilmente: ante la objeción, el tribunal arbitral suspende el proceso dando un plazo (v.gr., 15 días) para que las partes medien, en la inteligencia que cualquiera de ellas puede reactivar el proceso ante ausencia de cooperación de su adversario mediante simple petición al tribunal. Si en el plazo otorgado no se presenta una transacción, se retoma el proceso. Así, la chicana queda desactivada.

Es *insuficiente* pues —como explicaré— los beneficios de la lectura que aquí se propone son superiores a las complicaciones procesales que puede detonar.

La *oportunidad perdida* consiste en la posibilidad de *dialogar* antes de *pelear*. De habilitar un proceso (i) que permite encontrar espacios de acuerdo difíciles de explorar por las partes dadas las asimetrías de información inherentes a un desacuerdo, (ii) proclive a vencer obstáculos propiciados por las psicologías que prevalecen ante un problema, (iii) conducente a una solución centrada en *intereses*, no *derechos*. Sobre todo, una solución que preserve relaciones.<sup>2</sup>

Por lo anterior, debe tomarse la postura que la obligación de mediar tiene un contenido. No es vacuo. Cuando las partes acuerdan mediar, ello quiere decir que es su intención que exista un paso previo a demandar. Que antes de *pelear*, se intente *acordar*. Dicha voluntad, como toda voluntad contractual, merece respeto.

La postura tradicional que le niega ejecución en base al anterior razonamiento merece ser reconsiderada, no sólo por que no es obligada, sino por que el resultado es lamentable. Lo que es más, desdice la voluntad de las partes. Si bien es cierto que el *resultado* de una mediación es un acto voluntario, *mediar* no lo es. La obligación de mediar es mejor entendida como una obligación de *método*, no *resultado*. Una obligación que se descarga siguiendo un esfuerzo, al margen de lo que arroje. Y no puede ser cualquier esfuerzo, debe ser un esfuerzo *razonable*, atendiendo a las circunstancias.

Aunque es imposible saber *a priori* el resultado del esfuerzo, ello no quiere decir que no existe obligación de seguirlo. Tomar la postura contraria tiene por efecto que las partes nunca puedan *ex ante* encausar problemas *ex post*. Que nunca se puede procurar un resultado constructivo. Que siempre es necesario quemar los puentes.

La obligación consistente en *hacer un esfuerzo razonable para llegar a un resultado* es tal que no permite cumplimiento forzoso, pero sí atribuir una consecuencia de no cumplirse: condenar a costas.

## C. COSTAS

En arbitraje, el tribunal arbitral tiene discreción para decidir cómo distribuir las costas.<sup>3</sup> Propongo que dicha discreción se ejerza utilizando —como uno de los factores que merecen ponderación— la conducta procesal de las partes: si se respetó el deber de mediar. De esta manera, existirá un incentivo (que puede ser poderoso) para por lo menos intentar mediar. Y el esfuerzo no puede ser cualquier esfuerzo, debe ser de buena fe y razonable.

<sup>2</sup> Para abundar, véase *MEDIACIÓN EN LA PRAXIS MEXICANA*, ob. cit.

<sup>3</sup> Artículo 1453 del Código de Comercio de México.

El que sea *'de buena fe'* dependerá de determinar si *in casu* alguna de las partes actuó de una manera que cerró innecesariamente las puertas de entendimiento. Si dijo 'no' demasiado rápido. Si en verdad escuchó a su adversario y, después de considerar con cuidado su propuesta, se vio obligado a rechazarla.

El que sea *'razonable'* también depende de las circunstancias. El objetivo será discernir si el esfuerzo empleado es proporcional a la consecuencia negativa a evitar o beneficio a obtener. Si, dadas las implicaciones del problema a la luz de las consecuencias de un fallo ganar-perder, la conducta de las partes es demostrativa del deseo de procurar un resultado que evite que una pierda (conjugado con cuánto pierde).

Ambos elementos exigen discernimiento. Analizar si la conducta de las partes (según se demuestra en el expediente) es demostrativa de un deseo plausible: un esfuerzo razonable y de buena fe para dialogar y acordar.

Hay quien ha dicho que lo anterior es imposible de determinar. Difiero. Quien conoce un expediente sabe la respuesta a lo anterior.

### III. Experiencia extranjera

Con seguridad, la iniciativa generará reticencia en algunos. Para demostrar que es viable, citaré la experiencia de otras jurisdicciones, comenzando con una importante.

#### A. INGLATERRA

En Inglaterra existe no solo una *cultura*, sino una *industria*, de la mediación. Ello no solía ser así. Pero un caso cambió el terreno: *Halsey v Milton Keynes General NHS Trust* ("**Halsey**").<sup>4</sup>

*Halsey* no es importante por su contenido sustantivo, sino por lo que significó para el medio inglés: estableció que existe un deber de intentar mediación en casos en los que ello se justifica. En palabras del tribunal inglés:<sup>5</sup>

All members of the legal profession who conduct litigation should now routinely consider with their clients whether their disputes are suitable for ADR

[todos los miembros de la profesión que litigan deben ahora rutinariamente considerar con sus clientes si sus disputas son apropiadas para ADR]

De no ocurrir, la Corte podrá ejercer su facultad de condenar a costas. En sus palabras:<sup>6</sup>

In deciding whether to deprive a successful party of some or all of his costs on the grounds that he has refused to agree to ADR, it must be borne in mind that such an order is an exception to the general rule that costs should follow the event. In our view, the burden is on the unsuccessful party to show why there should be a departure from the general rule. The fundamental principle is that such departure is not justified unless it is shown (the burden being on the unsuccessful party) that the successful party acted unreasonably in refusing to agree to ADR.

[al decidir si se debe privar a una parte exitosa de todo o parte de sus costas en base a que

4 [2004] 1 WLR 3002. Estoy en deuda con el Lic. Alejandro Flores por haberme compartido este caso. Sin embargo, el Lic. Flores no es responsable de cualquier aseveración respecto del mismo.

5 Id., 11. (Supreme Court of Judicature, Court of Appeal (Civil Division)).

6 Id., 13.

se rehusó a aceptar un MASC, debe tenerse en mente que dicha decisión es una excepción a la regla general que los costos deben seguir la suerte del fallo. En nuestra opinión, la carga está sobre la parte que pierde, quien debe demostrar por qué debe darse dicho resultado, que difiere de la regla. El principio fundamental es que dicho resultado no se justifica a menos que se demuestre (y la carga está sobre los hombros de la parte que pierde) que la parte que ganó actuó en forma no razonable al negarse a mediar]

El motivo:<sup>7</sup>

Mediation provides litigants with a wider range of solutions than those that are available in litigation

[la mediación brinda un margen mayor de soluciones que aquellas disponibles en litigio]

El caso es paradigmático en que (se me explica) dio a luz a toda una industria. Ahora, los despachos ingleses prominentes de litigio suelen contar con un ala de mediación. Ello no sólo es plausible, sino sintomático de sofisticación. Lo mercados sofisticados se segmentan. Suelen dividirse para atender a las necesidades y preferencias del consumidor, en la forma que éste necesita. El mercado de servicios jurídicos no es una excepción. Los problemas jurídicos no son idénticos. Ostentan características *diversas* que exigen que su manejo correcto sea *diverso*. Hay problemas que son idealmente encausados al litigio; hay problemas idealmente canalizados al peritaje; otros a los *dispute boards*; otros a la conciliación; y aún otros a la mediación. Y por supuesto, otros son ideales para el arbitraje. El abogado que encausa todos de la misma manera —la que sea— le hace un flaco favor a su cliente. Le recomienda aspirinas, cuando lo que necesita es cirugía – o viceversa.

La negociación, mediación, conciliación, peritaje, litigio, arbitraje y *dispute boards* son un *continuum*: herramientas jurídicas diversas que son ideales para problemas diversos. Usar uno para todos es tanto como usar un serrucho para hacer neurocirugía. Y como dice el viejo adagio: “cuando lo único que se tiene es un martillo, todos los problemas parecen clavo”.

Esta visión no sólo es la más sofisticada, sino la que deriva de entender que la gestión del riesgo jurídico no es uni-facética. Existen herramientas diversas para problemas diversos.<sup>8</sup> Y sobre las objeciones que se han hecho a mi postura, hago eco de lo que *Halsey* dijo al evaluar la conducta de las partes al negarse a mediar:<sup>9</sup>

The question whether a party has acted unreasonably in refusing ADR must be determined having regard to all the circumstances of the particular case.

[La cuestión sobre si una parte actuó en forma razonable al rehusarse a mediar debe determinarse tomando en cuenta todas las circunstancias del caso particular]

El *quid* a resolver será:<sup>10</sup>

...the fundamental question is whether it has been shown by the unsuccessful party that the successful party unreasonably refused to agree to mediation

[la cuestión fundamental a resolver es si la parte que perdió ha demostrado que la parte que ganó actuó en forma no razonable al negarse a aceptar mediar]

7 Id., 15.

8 Desarrollo esta idea en ARBITRAJE, ob. cit., p. 9 et seq.

9 Id., 16.

10 Id., 28.

## B. Hong Kong

En Hong Kong hay mediación justamente por que se han tomado pasos semejantes a los sugeridos.<sup>11</sup>Shahla F. Ali and A. K. C. Koo explican que la *Hong Kong Mediation Ordinance* ha tenido el efecto de:<sup>12</sup>

Although mediation was not made mandatory ... the court's proactive approach in case management, coupled with the court's discretion to impose adverse cost penalties if it believes a party has acted unreasonably in refusing to mediate, might make parties feel that they are left with no choice but to go through mediation. This has brought about changes in the litigation culture in Hong Kong and the use of mediation in Hong Kong as a means of alternative dispute resolution has been reinforced and increasingly favoured.

[A pesar de que la mediación no se hizo obligatoria ... la aproximación proactiva de las cortes en el manejo del caso, junto con su discreción de ordenar pagar costas si considera que una de las partes no ha actuado razonablemente al negarse a mediar, puede hacer que las partes sientan que no les queda otra opción que pasar por la mediación. Esto ha traído consigo cambios en la cultura del litigio en Hong Kong y el uso de la mediación en Hong Kong como medio alternativo de solución de controversias se ha reforzado y es cada vez más favorecida.]

Ello obedece no sólo a que las reglas imponen el deber a los jueces de facilitar el acceso a la mediación con miras a lograr una transacción, sino que también exigen que los practicantes asistan a lograr dicho propósito. La *Practice Direction on Mediation* número 31 exige que los litigantes firmen una declaración que asegura que han informado a sus clientes sobre la disponibilidad de mediación, sus costos en comparación con litigio, y que las cortes tienen la discreción de emitir ordenes que obliguen a pagar los costos legales de su contrario por rehusarse a mediar en forma no razonable.<sup>13</sup>

## C. Ecuador

Algo semejante ha ocurrido en Ecuador donde el tercer párrafo del artículo 15 de la Ley de Arbitraje y Mediación<sup>14</sup> establece que si a la audiencia de mediación concurriera sólo una de las partes, será escuchada y se anotará la ausencia de la otra, a la que será declarada en rebeldía, lo que será tomado en cuenta para la condena de costas. En la praxis, esto significa que se le imponen costas a la parte que actualiza dicho supuesto. Resultado: en Ecuador existe mediación.

## IV. Observaciones

La propuesta vertida en este ensayo fue realizada como iniciativa en cuatro foros: ante el Instituto Mexicano de la Mediación (IMM),<sup>15</sup> el Instituto Mexicano del Arbitraje (IMA),<sup>16</sup> Comité de Mediación del Capítulo Mexicano

<sup>11</sup> Estoy en deuda con Sylvia Sámano Beristain por hacerme ver esto.

<sup>12</sup> *MEDIATION IN HONG KONG SAR*, ¶1.07. Notas omitidas.

<sup>13</sup> *Id.*, ¶1.16.

<sup>14</sup> Registro Oficial 417 de 14 de diciembre de 2006.

<sup>15</sup> En septiembre 2015.

<sup>16</sup> En dos ocasiones: el 26 de enero 2016 y el 29 de marzo de 2016. Ambas discusiones dieron lugar a un intercambio intenso sobre la iniciativa. Con una excepción (el alcance del paso tres, que comento en §IV(B)(5), *infra*) existió no sólo aprobación de la iniciativa, sino aplauso a la idea de no quedarnos en palabras; a ser proactivos y tomar pasos específicos que fomenten la mediación. Deseo extender mi reconocimiento y agradecimiento al esfuerzo realizado por el IMA en general, y varios participantes en particular, al considerar con seriedad esta iniciativa. No me cansaré de decirlo: lo más que puede pedir alguien que hace una iniciativa como la aquí comentada es que se tome con seriedad. Así ocurrió por mis queridos colegas del IMA, que la estudiaron con cuidado, cuestionaron con detalles sus premisas, y compartieron su opinión en forma franca —a veces enérgica— sobre la misma. Mucho aprendí del (nutrido) intercambio que ello propició.

de la Cámara de Comercio Internacional (ICC México),<sup>17</sup> y el Boletín del Centro de Arbitraje de la Industria de la Construcción (CA/IC).<sup>18</sup> Desde entonces, he recibido una cascada de observaciones, tanto durante la presentación misma como mediante cartas y comunicados electrónicos. A continuación los documento y comparto.

## A. Apoyo

Me es grato reportar que la (avasalladora) mayoría de las observaciones recibidas han sido de apoyo. Son muchos los practicantes e intelectuales que han mostrado interés en la misma, apoyándola. Detecto que el motivo es que se comparte tanto la prognosis de la situación, como lo deseable de cambiarla. A su vez, percibo que se considera que la receta prescrita puede lograr el objetivo deseado.

## B. Dudas

La propuesta ha generado algunas dudas en algunos. He cuidadosamente registrado cada una y ponderado sobre la misma a efecto de mejorar y, en su caso, reconsiderar la iniciativa. Las dudas que se me han externado son que las cláusulas escalonadas generan problemas, que el estatus de la materia obedece a motivos culturales por lo que la solución debe ser difusión y educación, que la propuesta es simplista, que la mediación no ocurre por la debilidad que se comunica cuando se propone, que las partes suelen haber agotado su 'capital' de mediación para cuando acudieron a litigio o arbitraje, y dudas sobre si el juzgador debe evaluar el cumplimiento de un pacto de mediar.

A continuación las comento no sin antes agradecer a todos quienes han tomado con seriedad la propuesta; en particular por su sinceridad y rigor. Lo más a lo que una persona que hace una iniciativa como esta puede aspirar es que se tome con seriedad. El que así lo hayan hecho intelectuales serios y practicantes ocupados es una fuente de satisfacción.

### 1. Las cláusulas escalonadas generan problemas

Existe una voz, una sola voz, que toma la postura que las cláusulas escalonadas generan (*sic*) "problemas procesales enormes". En contra está la (aplastante) mayoría de personas —inclusive quienes tienen dudas sobre la propuesta— que consideran que las cláusulas escalonadas son útiles y deben continuar celebrándose *inter alia* pues ayudan a vencer el obstáculo consistente en que proponer mediación manda un mensaje de debilidad.

Recibida la observación quise saber más y pregunté a qué problemas se refiere su autor – después de todo, como se explicó arriba,<sup>19</sup> el antídoto de suspender por un plazo breve para permitir mediar y reanudar cuando concluido el plazo o cuando alguien lo pida ha mostrado ser suficiente para remediar cualquier táctica. En respuesta, simplemente se repitió la observación en términos abstractos; sin especificación alguna.

Respetuosamente, considero que la preocupación está tan exagerada como errada. Y para demostrarlo, pedí al emisor de la crítica —y pido al lector que comulgue con él— que me muestre un solo caso en que ha habido un laudo cuya validez se ha cuestionado o su ejecución complicado, como

<sup>17</sup> El 27 de enero de 2016.

<sup>18</sup> Octubre 2015, visible en [www.caic.com.mx](http://www.caic.com.mx).

<sup>19</sup> II.A, supra.

resultado de esto. Fui enfático en esto durante el debate – y al día de hoy (seis meses después) – sigo esperando respuesta. Sospecho que no la habrá. El motivo: *las cláusulas escalonadas no son (en verdad) problemáticas*. El pequeño hipo procesal que pueden generar está muy superado por los beneficios que puede dar. Quien las ha querido utilizar para trabucar y ha contado con un buen tribunal arbitral encuentra que su táctica es fácil y rápidamente contrarrestada.

## 2. La solución es cultural

Se me indica que la solución al problema es cultural: poner esfuerzos en difusión y en educación. Fomentar cursos y entrenamiento. Respetuosamente, difiero. No por que considere que la difusión y educación no son un paso loable —lo son— sino en que han probado ser insuficientes. Llevamos años (¿décadas?) haciendo esto, sin lograr una respuesta sensible. Lo que es más, algunas iniciativas de cursos recientes han encontrado como resultado un fracaso enorme en atraer interés. Luego entonces, es (lógica y empíricamente) errado pensar que si seguimos haciendo lo mismo, cambiaremos el resultado. Se necesita algo más.

## 3. La propuesta es simplista

Después de asentir sobre lo lamentable del *statu quo* de la materia y aplaudir el deseo de hacer algo, un (destacado) colega y amigo me indicó que consideraba que la iniciativa era simplista. Que no lograría el cometido. Le extiendo mi agradecimiento por su sinceridad y franqueza – particularmente su deseo constructivo de dialogar para mejorar. Deseo compartir las reflexiones que dicha observación me generó para sujetarlas al escrutinio de los lectores de Pauta.

Un modelo o teoría es “simplista” cuando fracasa en tomar en cuenta todos los factores clave de la realidad que busca modelar o explicar. Siguiendo dicha exigencia analítica, supongo que lo que quiso decir mi amigo al tildar mi propuesta de “simplista” es que sería insuficiente para lograr el cometido buscado. Es decir, que no dará resultado.

Propongo al lector que la propuesta no es “simplista”; es “simple”. Sencilla. Y ello no debería ser motivo para *crítica*, sino *aplauzo*. Uno debe reducir las propuestas a su esencia con miras no sólo a facilitar su *consecución* sino *comprensión*: ya lo decía Einstein: “las cosas deben expresarse de la manera más sencilla posible, mas no más sencilla”.

Pero además de lo anterior, propongo que ello no es motivo para no seguirlo. Si se analiza, cada uno de los pasos propuestos son pasos que deberían ser tomados de todos modos.<sup>20</sup> Es decir, aún si la receta no lograra su cometido, no haría daño. En lo que concierne al paso uno (las cláusulas escalonadas), dado lo explicado anteriormente,<sup>21</sup> no se propicia problema alguno. En cuanto al paso dos (respetar la voluntad de mediar y pedir costas), lo primero es intrínsecamente loable y lo segundo es algo que ocurre de todos modos y no hay resultado lamentable de que así sea. Y en cuanto al paso tres (condenar a costas) ello constituiría una forma preferible de aplicar derecho arbitral, pues es eficiente e incentiva conducta procesal correcta.<sup>22</sup>

20 La única excepción es la propuesta que los jueces hagan condenas en costas tomando en cuenta esta iniciativa. Sobre esto, mi amigo detractor hizo la aclaración que ello exigiría una modificación legal, pues los jueces tienen que condenar a costas siguiendo su *lex fori*. Mi colega tiene razón. De hecho, esto es parte de lo que implica la propuesta.

21 II.A, supra.

22 Para saber por qué, ver el ensayo Costas en Arbitraje: El Método Porcentual, Spain Arbitration Review, número 24, Vol. 2015, pp. 63-68. (También visible en [www.gdca.com.mx/publicaciones/arbitraje](http://www.gdca.com.mx/publicaciones/arbitraje).)

#### 4. Los conceptos “razonable” y “buena fe” son vagos

Dar contenido a la obligación de mediar ha preocupado. El que la obligación se entienda como una que exige seguir un ejercicio “razonable” y de “buena fe” ha generado escepticismo. ¿Qué significa ello, exactamente?

La preocupación suele ser revestida de anécdotas en las que un juzgador obligó a partes a mediar. Aunque las anécdotas varían, el común denominador suele ser situaciones en las que se observó que un juzgador obligó a las partes a hacer algo que no querían. Por ejemplo, forzar una transacción bajo la amenaza —a veces velada, a veces ostensible— que el juzgador decidiría en contra.

Mi respuesta a esta observación exige discernir principio de praxis. En principio, no veo mal que un juzgador *incentive* una mediación. Pero si en la praxis incentivar se torna en *obligar*, considero que ello es un *exces de pouvoir*. Un juzgador debe juzgar. Esa es su labor. Si al hacerlo, en ejercicio de sus facultades para seguir el proceso, crea coyunturas que permiten que las partes vean con más claridad la conveniencia de mediar en vez de pelear, ello no solo no está mal, sino que es digno de aplauso – permitirá a las partes llegar a un resultado ganar-ganar. Pero ello es fundamentalmente distinto a *exigir*. A que el juzgador presione utilizando como instrumento de presión el temor reverencial que las partes le tienen. *Procurar* no debe tornarse en *orillar*. Hacerlo es un exceso. Un desvió del poder inherente al voto de confianza con el que se le ha investido. Un mal uso del acervo de facultades con las que cuenta para dirigir un proceso.

Como se explicó arriba,<sup>23</sup> propongo que la obligación de mediar se entienda como una de medios, no resultados. Y para que tenga contenido, debe satisfacer al juzgador dos cosas. Primero, que se siguieron esfuerzos ‘razonables’ para encontrar una solución a la disputa. Segundo, que sean de ‘buena fe’. Ambos adjetivos merecen explicación.

Un esfuerzo será ‘razonable’ si la cantidad de esmero empleado guarda una correlación lógica con el tamaño del problema, visto desde la perspectiva de sus consecuencias. Entendido ello, una junta de dos horas puede por ejemplo ser ‘razonable’ o no dependiendo de las circunstancias.

El esfuerzo merecerá ser tildado de ‘buena fe’ cuando no ostente cerrazón. Cuando la conducta visible permita concluir que las partes aproximaron el ejercicio con la mente abierta. Con una predisposición favorable a llegar a un arreglo. Con un ánimo a considerar con seriedad lo que se les propone. Que fue el *contenido* de la propuesta, a la luz de lo que la parte *necesita*<sup>24</sup> o las circunstancias,<sup>25</sup> lo que tuvo por efecto que se viera obligada a rechazarla. Dicho negativamente, que las partes no se cerraron puertas en forma innecesaria. Que no efectuaron un ejercicio mecánico y vacío de físicamente reunirse con su contraparte para inmediatamente decir ‘no’, sin considerar lo que se propone.

La determinación de lo anterior exige discernimiento. No habrá soluciones genéricas. Y probablemente habrá casos en que el evaluador tenga sospechas de conducta que dista de ello pero preferirá dar el beneficio de la duda. Lo que no puede decirse es que ello no puede ocurrir. Hacerlo implica tomar la postura que los juzgadores (jueces y árbitros) no pueden evaluar un conjunto complejo de circunstancias. Que su habilidad para razonar es robótica. Se ciñe a escenarios blancos o negros, cuando la realidad es muy distinta. El humano – los árbitros profesionales – están perfectamente capacitados para hacer evaluaciones de este género. Suelen ser practicantes experimentados, capaces de hacer evaluaciones de un conjunto de

23 *Id.*, supra.

24 Esto puede implicar muchas cosas. Por ejemplo, que exista un motivo de principio para rechazar; que propicie un efecto chicote (despierte otros problemas en otras áreas); que toque una sensibilidad de la industria en cuestión. Etcétera.

25 Hay disputas que no son aptas para mediar. Esto es algo que tendría que evaluar el juez o árbitro en el contexto del paso 3 (atribución de costas). Sea por su naturaleza, por el tipo de relación entre las partes, por que suscita una cuestión de principio, por la cuestión jurídica en juego, por el valor de precedente que tendrá, por las necesidades de la industria o mercado en cuestión, incluyendo que orientará su devenir próximo, hay casos en los que es necesario acudir a un mecanismo adversarial – litigio y arbitraje. Ello deberá ser constatado por el juez o árbitro, y la carga de la prueba estará sobre los hombros de la parte que rechazó la mediación. (El punto surgió en Reino Unido en *Halsey (Id., ¶¶16 y 28)* y ha surgido en otras jurisdicciones que siguen y fomentan mediación. Por ejemplo, en Hong Kong en *Golden Eagle International (Group) Ltd v GR Investment Holdings Ltd* se sostuvo que el onus probandi estaba del lado de quien rehusó mediar - [2010] 3 HKLRD 273 para 44.)

circunstancias grande y preñado de contenido. Dicha habilidad de discernimiento es valiosa en que es útil para evaluar si el actuar de una parte es tal que cumplió con una obligación de medios.

Lo anterior ha generado escepticismo. No debe. Lo que exige es tener cuidado con quien se elige como árbitro.

## 5. No debe sancionarse

La única cuestión que ha suscitado diferencia de opinión intensa respecto de la iniciativa es proponer que se condene a costas por incumplir la obligación de mediar. En palabras de algún practicante destacado, experimentado y respetado: “un árbitro no debe sancionar; debe resolver la disputa”. Varios colegas dieron eco al punto, haciendo ver que inclusive esto puede generar una resistencia respecto a la mediación: ¿O sea que si pactas una cláusula escalonada, corres el riesgo que un juez o árbitro te de un manazo por no llegar a un acuerdo en la mediación? ¿Qué pasa si tienes un bien motivo para no mediar? (V.gr., se trata de un deudor moroso que simplemente no quiere pagar.)

El punto es bueno, tengo que admitirlo. Y los ejemplos útiles – como haré ver. Agradezco que se haya traído mi atención al mismo, pues mucho depende de ser claro respecto de esto. Tengo tres apreciaciones que compartir respecto de esta observación: uno epistemológico, uno de incentivos, y una aclaración.

Primero, propongo que la facultad de distribución de costas no se entienda como una sanción. La percepción de las costas como una sanción no es obligada. Es posible, lo admito, pero no es obligada. Es mejor entendida como la distribución de las consecuencias de una conducta: si *A* no paga y obliga a *B* a litigar para lograr el resultado que debió ser producto de cumplimiento espontáneo, pues que *A* soporte una mayor parte de los costos. Después de todo, fue *A* quien los generó. Mas que sancionar, ello es canalizar consecuencias a quien las genera. Ello no es *sancionar*, es *responsabilizar*.

Segundo, los incentivos que se generan. Cuando la distribución de costas no se hace atendiendo a un principio, el resultado es que se propicia conducta errática; a veces incorrecta; a veces incentivos perversos. Y observo que esto pasa con cierta frecuencia. Hago eco de aquella propuesta que hice en *Distribución de Costas en Arbitraje: El Método Porcentual*,<sup>26</sup> que busca imbuir una brújula conceptual a un ejercicio que con frecuencia no es más que resultado de timidez o de levantar un dedo al aire. O peor aún, de “darle algo” a quien perdió un caso para que no se sienta mal. El costo de proceso es justamente eso: un costo. El resultado de la utilización de recursos para remediar un problema. Si el problema es “de buena fe” (es decir, una disputa de buena fe;<sup>27</sup> no motivada por oportunismo), la distribución de costas debe ser distinta a aquella que ocurriría en un caso donde una parte simplemente no quiso pagar voluntariamente; obligó a su acreedor a perseguirlo legalmente, siguiendo todas las vías legales posibles, poniéndole la mayor cantidad de trabas procesales que pudo encontrar, a efecto de arrojar lo más tarde posible el cumplimiento de la obligación.<sup>28</sup> Estoy seguro que el lector estará de acuerdo que los casos son distinguibles. En dicho caso, su tratamiento (en costas) debe ser distinto. ¿Cómo? Acorde al método porcentual: distribuyendo las costas en base a dividir lo ganado sobre lo pedido.<sup>29</sup> Cuando ello no ocurre, el resultado es detonar incentivos perversos: el oportunista tiene incentivos para ser más oportunista; y quien cumple (y litiga) de buena fe tiene menos incentivos para continuar litigando decentemente.<sup>30</sup> No podemos condenar (criticar) el litigio de mala fe (incluyendo chicanas) y luego decir que las costas deben dividirse en partes iguales.

26 ob. cit.

27 Por ejemplo, una diferencia de opinión sobre lo que dice un contrato. Una diferencia de opinión sobre quién debe soportar un costo imprevisto en un contrato.

28 Algo que no es infrecuente.

29 Este es el punto de partida, no total, del análisis.

30 Y lo que es peor, la experiencia enseña que es criticado por algunos practicantes por “inocente”; por no hacer “todo lo que se puede hacer” por defender a su cliente. Ello da lugar a aquella lamentable situación que no es infrecuente observar: que los clientes busquen a abogados chicaneros y que incurran en litigio sucio. Ello por entender el litigio como un concurso de voluntades, y no como la forma civilizada de encausar y resolver diferencias.

Estamos siendo contradictorios. Mientras no abramos los ojos a esto, seguiremos creando un mercado de litigantes sucios y clientes que los ansían. Lo bello de entenderlo así es que, quien acaricie la idea de no pagar espontáneamente y jinetearse dinero mientras obliga a su acreedor a perseguirlo procesalmente, tendrá que tomar en cuenta que soportará un costo importante de los costos legales que genere. Resultado: probablemente pague espontáneamente. Por qué no mejor hacer una virtud de la necesidad – y *en passant* ahorrarse dinero. Aceptémoslo: la postura que la distribución de costas es una sanción, aunque posible, no es obligada. Y en cambio la visión contraria tienen un efecto positivo: propiciar el cumplimiento espontáneo de derechos.<sup>31</sup>

Tercero, una aclaración: el postulado contenido en el paso tres no es que se condene a costas a quien no medie de buena fe; es que *se tome en cuenta* la violación al deber de mediar, entendido como la realización de un esfuerzo razonable y de buena fe para lograr un acuerdo. Se trata de cosas distintas, y las observaciones que he recibido parecen suponer que se condenará a costas por no *lograr* un acuerdo – algo distinto a lo que propongo. El contenido del paso tres de la iniciativa no quiere decir que siempre que alguien diga “no”, debe temer ser condenado a una porción mayor de costas. Quiere decir que si incumplió el deber de mediar *puede* serlo. Son cosas distintas. Y como explico en la iniciativa (§II.C, *supra*) ello no admite generalización; es casuista. Y exige discernimiento. Exige considerar si la disputa es del género que exige litigio, por —por ejemplo— evocar una cuestión de principio, o por que no hay común denominador, etcétera. Como explico en la iniciativa, no todas las disputas son iguales. La mediación —como el arbitraje, como el litigio, de hecho, como todo instrumento jurídico— es ideal para cierto tipo de disputas, y poco útil para otras. Se me indica que es difícil hacer dicho ejercicio. Coincido que puede ser difícil, pero también pienso que no es imposible. Que quien conoce un expediente sabe si hubo conducta de mala fe. Y si el tema no queda claro, pues simplemente no se condena por ello. Es decir, el postulado no es automático: es que se consideren como un elemento de distribución a la par de los otros factores tradicionalmente analizados en el contexto de la facultad de distribuir costas.

## V. COMENTARIO FINAL

Aceptémoslo. Podemos querer o no querer fomentar mediación. Ello es una decisión de “política” (*policy*) sobre cómo mejorar la realidad.<sup>32</sup> Pero si queremos, no podemos quedarnos con los brazos —y dedos— cruzados esperando a que algún día habrá más mediación. Que “algo” pasará para que ello ocurra. *Es necesario actuar*. Y si al actuar se toman pasos que son intrínsecamente plausibles, el resultado será que, aún si fracasa, la iniciativa tendrá éxito.

<sup>31</sup> Así lo defiende en *EL ESTADO DE DERECHO: UN ENFOQUE ECONÓMICO*, Ed. Porrúa, México, 2007.

<sup>32</sup> Comunico que del ejercicio realizado detecto que existe unísono que fomentar la mediación es deseable pues hay problemas que son mejor manejados con dicho instrumento. (Para abundar sobre por qué, véase *ARBITRAJE*, Ed. Porrúa, 4ª ed., 2014.)

# PAUTA 79

## **Sobre la International Chamber of Commerce (ICC)**

La ICC es la organización mundial de las empresas cuya misión es fomentar la apertura del comercio y la inversión internacional, así como ayudar a las empresas a enfrentarse a los retos y las oportunidades que surgen con la globalización.

Con intereses que abarcan todos los sectores de la empresa privada, la red global de la ICC comprende más de 6 millones de empresas, cámaras de comercio y asociaciones empresariales en más de 130 países. Los comités nacionales trabajan con las empresas miembro de la ICC en sus propios países para abordar sus preocupaciones e intereses, y haciéndoles llegar a sus respectivos gobiernos las posturas empresariales.

La ICC transmite sus prioridades a través de una estrecha colaboración con las Naciones Unidas, la Organización Mundial del Comercio, el G-20 y otros foros intergubernamentales.

Cerca de 3,000 expertos procedentes de las empresas miembros de la ICC alimentan con su conocimiento y experiencia los puntos de vista de la ICC sobre cuestiones específicas que afectan directamente a la actividad empresarial.

[www.iccwbo.org](http://www.iccwbo.org)

## **International Chamber of Commerce México (ICC México)**

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

[www.iccmex.mx](http://www.iccmex.mx)