

PAUTA

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



ARBITRAJE Y MEDIACIÓN

No. 88
Enero 2019

No. 88 Enero 2019

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)

Coordinador de Comisiones y Grupos de Trabajo

Lic. Ivanna Chávez Leal

Coordinador de Comisiones y Grupos de Trabajo

Lic. Hugo Daniel Pérez Collí

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 2019 Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio.

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

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

Editor Responsable: Lic. Rosa Laura Altamirano López

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

Autor: 04-2016 -122015041500 - 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.

Renovación de Reserva de Derechos al uso exclusivo

Número 04-2018 -122015041500 -106

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

1	EL Derecho Aplicable al Acuerdo de Arbitraje	Orlando F. Cabrera Colorado
2	Cumplimiento Voluntario de Laudos Arbitrales: Una cualidad que debemos proteger	Veronica Esquivel Patiño
3	El Rol del Abogado en la Audiencia Arbitral	Alejandro García Ramírez
4	Atención Urgente: Profundización en las reglas del Interrogatorio	Francisco González de Cossío
5	El Prurito del Perito	Francisco González de Cossío
6	Prohibido Prohibir: Las órdenes de suspensión de procesos arbitrales por órganos estatales.	Francisco González de Cossío
7	Elegir la manera de solucionar un conflicto entre particulares es un derecho humano: Propuesta de reforma al artículo 17 Constitucional	Enrique A. Hernández Villegas
8	El mediador: Un Torero de la Paz	Enrique A. Hernández Villegas
9	Motivación del Laudo: Una primera reflexión del Artículo 1448 del Código de Comercio en vigor	José Massas Farrell
10	El Efecto de la Sede en la noción del Arbitraje Comercial Internacional	Almudena Otero de la Vega
11	Mediación Obligatoria	Andrea Rivera Ríos
12	El Reporte de ICC sobre Instituciones Financieras y Arbitraje Internacional: Generalidades del Reporte y la experiencia de las Instituciones Financieras en el Arbitraje	Jorge Ogarrio Kalb

Carta del Presidente

Estimados socios:

Las empresas y los gobiernos de todo el mundo recurren cada vez más al arbitraje y a otros métodos de solución de controversias como una alternativa viable, efectiva y costo eficiente a la litigación en cortes y tribunales. Y no sólo por estas razones, sino también porque son formas de resolución de disputas que ofrecen una gran flexibilidad para atender adecuadamente los intereses de las partes en diferentes partes del mundo y de diversos sectores.

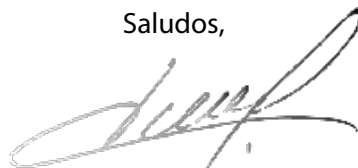
El arbitraje y los servicios de resolución de controversias de la ICC se han consolidado como uno de los principales mecanismos de resolución de controversias en el mundo. En 2018, la Corte Internacional de Arbitraje de la ICC registró un nuevo récord de registro de casos y esperamos los datos de este año consoliden esta tendencia a mayor uso del arbitraje a nivel mundial.

Este 2018 ha sido muy importante para el arbitraje de ICC. En marzo, se presentaron las nuevas Reglas de Arbitraje de ICC, las cuales fueron modificadas para fomentar mayor eficiencia y transparencia en el proceso.

Teniendo todos estos logros en mente y la creciente importancia, practicidad, eficiencia del arbitraje y la mediación, dedicamos este número de Pauta No. 88 a que nuestros socios compartieran su análisis y reflexión sobre distintos temas arbitraje y mediación.

Esperamos que encuentren los artículos de nuestros socios de gran valor e interés para mejorar el entendimiento la práctica del arbitraje y la mediación en México.

Saludos,



María Fernanda Garza Merodio
Presidente

El Derecho Aplicable al Acuerdo de Arbitraje



Orlando F. Cabrera Colorado

Foreign Law Clerk en Hogan Lovells US LLP. Estudió Derecho en la Université de Montréal (Canadá) donde fue alumno de intercambio; en la Universidad de las Américas Puebla (México) donde se graduó magna cum laude como Licenciado en Derecho y en New York University School of Law (EEUU) donde se graduó como Maestro en Derecho.

Resumen

Para determinar la validez de un acuerdo de arbitraje, ¿qué se debe aplicar? ¿El derecho aplicable al fondo del asunto? ¿El derecho que rige el contrato? ¿El derecho de la sede del arbitraje? El derecho que rige el contrato principal o el fondo del asunto no necesariamente implica que el mismo sirva para determinar la validez del acuerdo de arbitraje, existen criterios teóricos y prácticos diversos. Recientemente, un tribunal inglés concluyó que el análisis debe centrarse en la relación más cercana y real con el derecho del lugar del arbitraje. Sin embargo, no existen términos absolutos. Será un análisis de cada jurisdicción y las circunstancias específicas de cada caso, lo que en conjunto permita dar respuesta a estas interrogantes.

1. INTRODUCCIÓN

El derecho de la sede del arbitraje aplica a los arbitrajes internacionales que tienen lugar en el territorio de aquel país y les permite a los juzgadores locales anular laudos arbitrales hechos en su territorio. Véase Código de Comercio, Art 1515. Pero una pregunta no tan frecuente es ¿qué derecho aplica para determinar la validez de un acuerdo de arbitraje?

Si las partes expresamente pactaron un derecho aplicable al acuerdo de arbitraje, el tribunal judicial o arbitral deberán decidir de conformidad. Así, con frecuencia el resolutor de esta decisión lo hará atendiendo a la ley aplicable al compromiso arbitral. Esta es la ley de la autonomía conforme al artículo II.1 de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Convención de Nueva York, 1958), el artículo 21.1 del reglamento de

arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, artículo 28.1 de las reglas Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) y 22.2 del Reglamento de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (LCIA).

Sin embargo, existe una segunda vertiente para analizar el derecho aplicable al acuerdo de arbitraje. ¿Qué sucede cuando las partes no pactaron sobre el derecho aplicable al acuerdo de arbitraje? En la práctica, el autor nunca ha visto una cláusula arbitral donde se especifique que el derecho aplicable al contrato también sea el mismo derecho aplicable al acuerdo de arbitraje o incluso, que el derecho aplicable al contrato sea uno y que se estipule otro derecho aplicable al acuerdo de arbitraje.

Como se analiza, existe una disonancia entre los académicos y las jurisdicciones. Consecuentemente, los resultados llevan a diferentes direcciones. Este tema despierta interés pues replantea conceptos que algunas veces practicantes dan por sentados, cuando bien existe un mundo de posibilidades. Brevemente se empieza exponiendo la discusión académica. Posteriormente, se da paso a la realidad que enfrentan ciertas jurisdicciones. Finalmente, se hace la distinción entre las decisiones, así como se expone la crítica francesa respecto de las decisiones inglesas y se hace un comentario final.

2. LA DISCUSIÓN DOCTRINAL

Como señalamos existen dos corrientes de pensamiento que llevan a resultados opuestos respecto del derecho aplicable al acuerdo de arbitraje, mismo que sirve para determinar su validez. Así, por lo general se entiende que el derecho aplicable al fondo del asunto, se infiere que es el mismo que va a servir a un juzgador para determinar la validez del acuerdo de arbitraje. Pues esta concepción tradicionalista ha sido puesta en tela de juicio.

Algunas mentes creativas han desarrollado una corriente de pensamiento para determinar el derecho aplicable al acuerdo de arbitraje. Klaus Peter Berger

opina que el derecho de la sede determina la validez del acuerdo de arbitraje. Esto se debe a que la judicatura del lugar del arbitraje tiene una función supervisora, pues incluso puede anular el laudo. Según Berger, el derecho de la sede del arbitraje gobierna: (1) la validez sustantiva del acuerdo de arbitraje en ausencia de una elección de derecho aplicable; (2) la validez formal del acuerdo de arbitraje si le corresponde al tribunal arbitral determinarla; (3) la arbitrabilidad objetiva del objeto de la controversia. Véase Klaus Peter Berger, 'Re-examining the Arbitration Agreement: Applicable Law – Consensus or Confusion?' in Albert Jan van den Berg (ed), *International Arbitration 2006: Back to Basics?* (ICCA Congress Series No 13 Montreal 2006) Part II and III.

Berger, considera estar en armonía con el principio de la autonomía de las partes como uno de los pilares del arbitraje comercial internacional. El lugar del arbitraje típicamente lo eligen las partes o el tribunal o la institución. La elección de la sede se vuelve, de forma directa o indirecta, una elección del derecho de las partes. *Id.* Bien puede ser que las partes pacten un derecho aplicable al contrato y sea otro derecho el que gobierne el acuerdo de arbitraje. Sin embargo, esto en la práctica parece inexistente.

Berger incluso sostiene que existe un consenso al respecto. Para él, el artículo V(1)(a) de la Convención de Nueva York sustenta este consenso. Este artículo señala que se podrá denegar el reconocimiento y ejecución del laudo, si la parte que solicita esta denegación prueba ante el juez competente:

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

Siguiendo a Berger, ya que las partes rara vez escogen el derecho que rige el acuerdo de arbitraje, el derecho de la sede es el derecho aplicable siempre. Bentolila entra en el debate exponiendo sus razones por las cuales considera que

Berger está equivocado. Véase Dolores Bentolila, *Arbitrators as Lawmakers*, International Arbitration Law Library Vol. 43 (Kluwer International 2017) p. 16-17. Ella presenta tres argumentos principales.

Primero, Bentolila señala que el artículo V(1)(a) no obliga a los juzgados locales a denegar la ejecución de los acuerdos de arbitraje que no cumplan con las disposiciones del derecho de la sede y tribunales nacionales, pueden incluso aplicar reglas más favorables. *Id.*

Segundo, la postura en pro de la ejecución establecida por la Convención de Nueva York ha llevado a los juzgados a aplicar estándares internacionales reconocidos para la validez de los acuerdos de arbitraje, en vez del derecho de la sede. *Id.*

Cita un caso de la Corte de Distrito de Nueva York donde resolvió que la negativa a referir las controversias a arbitraje sólo opera si “la cláusula de arbitraje (i) está sujeta a una defensa internacionalmente reconocida como coacción, error, engaño o renuncia o (ii) contraviene políticas fundamentales del foro estatal.” *Id.*

Esta corte también hizo notar que los delegados de la Convención presentaron preocupaciones constantes en que los juzgados de los países signatarios en los que se busca ejecutar un acuerdo de arbitraje no deben permitir declinar la ejecución de los acuerdos de arbitraje con una visión localista de su atractivo o de cualquier forma que disminuya la naturaleza mutua y vinculante de los acuerdos. *Id.*

Tercero, Bentolila agrega que no todas las leyes prevén la aplicación del derecho de la sede como aplicable al acuerdo de arbitraje. Este es el caso de Francia, donde los tribunales aplican una presunción de validez que llaman orden público internacional. En Suiza, un acuerdo es válido en relación a la sustancia si está conforme al derecho elegido por las partes, el derecho que gobierna la sustancia de la controversia, en particular el derecho que rige al contrato principal o el derecho suizo. En Suecia, el derecho elegido por las partes para regir el acuerdo de arbitraje no es aplicable cuando el derecho tiene como efecto sobre

el acuerdo de arbitraje la invalidez o inoperancia o resulta incapaz de surtir sus efectos; en Alemania, ocurre lo mismo pero en relación a la validez formal de arbitraje. Bentolila hace notar que estas reglas en pro del arbitraje han llevado a los juzgados de estos países a aplicar sus leyes más favorables en procesos de ejecución de conformidad con el Artículo VII de la Convención de Nueva York. *Id.*

De forma similar, en el arbitraje de inversión, los juzgados locales invariablemente aplican el derecho a la disputa (derecho internacional) al acuerdo de arbitraje que resulta de la oferta de arbitraje incluida en un tratado de inversión y no del derecho de la sede. Esto no significa que consideren los arbitrajes más allá del alcance del control de sus juzgados, sino que la interpretación y aplicación de las reglas de derecho internacional controla a la jurisdicción.

Por ello Bentolila concluye diciendo que estas razones militan en su favor. El argumento de que el arbitraje se ancla en el derecho de la sede porque no existe un acuerdo de arbitraje sin derecho no tiene fundamento. *Id.*

Finalmente, vale la pena hacer notar que de un análisis de las cláusulas modelo de las instituciones más relevantes como la [ICC](#) o la [LCIA](#) en ninguna de ellas se recomienda pactar el derecho aplicable al acuerdo de arbitraje. Sólo se recomienda pactar el derecho aplicable al fondo del asunto o que rige al contrato, no así el derecho aplicable al acuerdo de arbitraje. Si bien los argumentos antes versados inclinan la balanza a favor de Bentolila, lo cierto es que la realidad supera la ficción y por ello procedemos a analizar decisiones de tribunales judiciales al respecto.

3. LA REALIDAD

a. Sulamérica: la relación más real y cercana del acuerdo de arbitraje es con el derecho del lugar del arbitraje

El pensamiento de Berger tuvo eco en decisiones recientes. En *Sulamérica Cia Nacional de Seguros S.A. v. Enesa Engenharia S.A.* la controversia surgió de dos pólizas de seguros contra varios riesgos relacionados para la construcción de una hidroeléctrica en Brasil. Véase *Sulamérica Cia Nacional De Seguros S.A. v. Enesa*

Engenharia S.A. [2012] EWCA Civ 638. En 2011, ocurrieron diferentes incidentes que llevaron a un asegurado a diversos reclamos. Las aseguradoras negaron la responsabilidad ya que las pérdidas no se encontraban aseguradas o excluidas de las pólizas. Las pólizas señalaron arbitraje para resolver controversias relacionadas con el monto de pago entre el asegurado y las aseguradoras; Londres, como lugar del arbitraje; una elección expresa de derecho brasileño para regir el contrato y una jurisdicción exclusiva en favor de las cortes de Brasil. Las partes reconocieron no haber elegido expresamente el derecho aplicable al acuerdo de arbitraje. *Id.*

La Corte de Apelaciones de Inglaterra y Gales resolvió que la elección expresa por las partes del derecho brasileño para regir la sustancia del contrato no es prueba suficiente que las partes *implícitamente* hayan elegido el derecho brasileño para regir el acuerdo de arbitraje, pues existe un riesgo serio de que el derecho brasileño dañe el acuerdo de arbitraje. Las partes no hicieron una elección implícita de derecho brasileño para regir el acuerdo de arbitraje. Un acuerdo de arbitraje para resolver controversias en Londres, de conformidad con el derecho arbitral inglés, no tiene una conexión jurídica cercana con el sistema de derecho que regula las pólizas de seguros. Su relación *más cercana y real* es con el derecho del lugar del arbitraje cuya judicatura tanto asistirá como supervisará el procedimiento arbitral para asegurar que sea efectivo. La Corte determinó que su relación *más cercana y real* fue con el derecho inglés. La Corte razonó que la elección de otro país como sede del arbitraje inevitablemente acarrea la aceptación del derecho de ese país para supervisar los arbitrajes. Las partes debieron anticipar y fue su intención que las disposiciones de la ley arbitral inglesa les aplicara. Esto sugiere que la intención de las partes fue que el derecho inglés aplicara a todos los aspectos del acuerdo de arbitraje, incluyendo asuntos relacionados con la validez del acuerdo de arbitraje y la jurisdicción de los árbitros. *Id.*

b. Arsanovia: no es necesario analizar el sistema jurídico con la relación más cercana y real al arbitraje

En un caso posterior, la Corte Superior de Inglaterra, en *Arsanovia*, aplicó los mismos principios de *Sulamérica*, pero llegó a un resultado diferente. En este caso, tres arbitrajes emanaron de un joint venture para desarrollar viviendas en Mumbai. Véase *Arsanovia Limited, Burley Holdings Limited, et al v. Cruz City 1 Mauritius Holdings* [2012] EWHC 3702. Para tal propósito, las empresas celebraron un contrato de accionistas y un Keepwell Agreement, entre otros. Retrasos e insolvencia produjeron los tres arbitrajes, mismos que fueron resueltos por tribunales arbitrales compuestos por idénticos árbitros. El contrato de accionistas y el Keepwell Agreement estipularon arbitraje LCIA en Londres, el derecho indio como derecho aplicable y que las partes no solicitarían medidas precautorias en India conforme a las reglas LCIA. Disposiciones específicas de la *lex arbitri india* fueron excluidas. *Id.*

La Corte Superior resolvió que si bien la elección de la sede es un factor relevante, por sí mismo no desplaza la afectación que produce una elección expresa de derecho para el contrato sustantivo. Incluso, la exclusión de ciertas disposiciones de la *lex arbitri india* implicó que el derecho indio fuese aplicable. A diferencia de *Sulamérica*, para la Corte Superior fue innecesario analizar el sistema jurídico con la relación más cercana y real al arbitraje. *Id.*

4. EL ANÁLISIS DE DIVERSAS JURISDICCIONES

c. La distinción entre Sulamérica y Arsanovia

El contraste entre los casos muestra que las cortes inglesas pueden llegar a resultados diferentes en relación al derecho aplicable al acuerdo arbitral. *Arsanovia* resulta más claro tomando en cuenta la referencia a la *lex arbitri india*. La Corte consideró la intención de las partes para arbitrar y la voluntad de excluir la aplicación de disposiciones de la *lex arbitri india*; por lo cual, concluyó que la intención de las partes fue que el derecho indio rigiera el acuerdo arbitral. En *Sulamérica*, el factor determinante fue "*fairness*" del consentimiento al arbitraje. Conforme al derecho brasileño el acuerdo arbitral era inválido; de tal modo, la Corte de Apelaciones determinó improbable que las partes habiendo elegido

arbitraje LCIA en Inglaterra, hubieran deseado que el derecho brasileño hiciera el acuerdo inválido. Véase Julian Lew 'Chapter 9: Sulamérica and Arsanovia: Arbitration Agreements' en Horacio A. Grigera Naón and Bachir Georges Affaki (eds), *Jurisdictional Choices in Times of Trouble, Dossiers of the ICC Institute of World Business Law*, Volume 12 (Kluwer Law International; International Chamber of Commerce (ICC) 2015) pp. 136 – 144.

Lew hace notar que el tribunal arbitral con mayor frecuencia que el judicial es quien determina el derecho aplicable al contrato y en casos más excepcionales el derecho que rige al acuerdo arbitral, principalmente cuando los árbitros tienen que decidir la validez o el alcance del acuerdo arbitral para cuestiones de jurisdicción o arbitrabilidad. Dos importantes diferencias existen cuando el derecho aplicable es determinado por los juzgados locales. Por una parte, el tribunal judicial tiene la obligación de velar por el interés nacional y es consciente que sienta un precedente. El tribunal arbitral, por el contrario, se funda en la autonomía de las partes y su obligación es hacia las partes, no al derecho nacional; además, no sienta precedentes. *Id.*

Por otra parte, dependiendo de la jurisdicción, algunas cortes aplican sus propias reglas de conflicto de leyes para determinar el derecho aplicable al contrato. Aunque en la mayor parte de arbitrajes el acuerdo se rige por el mismo derecho que el fondo del contrato, algunos sistemas como el inglés tienen disposiciones para determinar el derecho que rige al acuerdo de arbitraje. En Inglaterra, la validez, alcance e interpretación de un acuerdo de arbitraje se rige por (1) el derecho expreso o implícitamente elegido por las partes, y (2) a falta de tal elección, el derecho que tenga la conexión más cercana con el acuerdo de arbitraje, que por lo general será el derecho de la sede del arbitraje. Los tribunales arbitrales, por el contrario, no tienen reglas de conflictos de leyes. El artículo 21.1 de las Reglas de la CCI señala que las partes serán libres de pactar el derecho aplicable por el tribunal arbitral al fondo de la controversia; de lo contrario, el tribunal aplicará las reglas de derecho que determine apropiadas. Iguales disposiciones aparecen en el artículo 28 del reglamento de la CNUDMI y 22.2 del

reglamento de LCIA. La intención fundamental de las reglas conflictuales en asuntos contractuales es determinar y dar efecto a la intención de las partes. *Id.*

Para Lew cuando existe una elección expresa de derecho aplicable al contrato éste será reconocido, se dará efecto por los tribunales arbitrales y judiciales. De lo contrario, el tribunal arbitral o judicial tendrá que decidir tomando la intención de las partes en la forma que el contrato está redactado u otros factores relevantes (una elección de derecho implícita o indirecta). Si esto no es suficiente, buscarán fundamento en un factor objetivo que indique el derecho aplicable. Lógicamente, cuando una elección de derecho aplicable rige la substancia del contrato debe regir los aspectos del contrato *incluyendo el acuerdo de arbitraje*. Lew confiesa nunca haber visto un acuerdo arbitral en un contrato donde las partes pacten un derecho aplicable para el acuerdo de arbitraje diferente al derecho que rige al contrato. Debe haber algunas razones para asumir que aún cuando el contrato contiene una expresa elección de derecho aplicable, existe una implícita intención que el acuerdo arbitral sea regulado por un derecho diferente como fue el caso de *Sulamérica y Arsanovia*. *Id.*

d. En Francia

Si bien el juez inglés hace un razonamiento conflictual, un juez francés utiliza el método de reglas materiales de derecho internacional privado para aplicar el principio de autonomía y conservación del arbitraje internacional. El sistema francés funciona de la siguiente manera: *el acuerdo de arbitraje internacional escapa a todo razonamiento conflictual, a toda regla de conflicto de leyes*. El acuerdo arbitral se rige por reglas materiales francesas de aplicación directa cuyo contenido se desee conforme a las necesidades e intereses de comercio internacional o hacia la eficacia del acuerdo de arbitraje. En Francia, la autonomía de la voluntad excluye toda vinculación al principio de la ley del contrato que lo contiene, o la ley de la sede, o cualquier ley designada como un criterio objetivo de vinculación. François-Xavier Train, 'Chapter 10: Droit applicable à la convention d'arbitrage international – Sulamérica et Arsanovia v. Droit français' en Horacio A. Grigera Naón and Bachir Georges Affaki (eds), *Jurisdictional Choices in Times of*

Trouble, Dossiers of the ICC Institute of World Business Law, Volume 12 (Kluwer Law International; International Chamber of Commerce (ICC) 2015) 145 – 157.

Así, la Corte de Casación en *Uni-Kod* decidió que la cláusula arbitral es independiente del contrato principal que lo contiene, su existencia y eficacia se aprecian a reserva de reglas imperativas de derecho francés y orden público internacional, conforme a la voluntad de las partes sin necesidad de referirse a la ley estatal. A contrario sensu, cuando exista una elección de derecho aplicable para regir la cláusula arbitral, el juez francés debe decidir conforme a la misma. Concretamente, en Francia la cláusula arbitral es válida y eficaz cuando se corrobora que las partes han consentido al arbitraje sin reserva de reglas imperativas. Train hace notar que las principales ventajas del derecho francés radican en la simplicidad del razonamiento judicial que lleva a la certeza en su resolución. Esto constituye una ventaja en sí misma y en claro contraste a las numerosas incertidumbres que resultan de poner en marcha el razonamiento conflictual. *Id.*

5. COMENTARIO FINAL

Como se expuso, la determinación del derecho aplicable al acuerdo de arbitraje puede ser compleja y puede estar influenciada por la sede. Lo cierto es que no hay términos absolutos. Las opiniones de Berger y Bentolila pueden hacer sentido en una jurisdicción, pero en otras no. Mientras que Berger es implícitamente reconocido en Inglaterra por el caso *Sulamérica*, Benotila tiene puntos a favor en Francia, Suiza, Suecia y Alemania. Será muy interesante observar el rumbo que toman otros foros latinoamericanos para ver si se suman más puntos en el tablero a favor de Berger o de Bentolila.

BIBLIOGRAFÍA

Arsanovia Limited, Burley Holdings Limited, et al v. Cruz City 1 Mauritius Holdings [2012] EWHC 3702.

Dolores Bentolila, *Arbitrators as Lawmakers*, International Arbitration Law Library Vol. 43 (Kluwer International 2017) p. 16-17.

François-Xavier Train, 'Chapter 10: Droit applicable à la convention d'arbitrage international – Sulamérica et Arsanovia v. Droit français' en Horacio A. Grigera Naón and Bachir Georges Affaki (eds), *Jurisdictional Choices in Times of Trouble, Dossiers of the ICC Institute of World Business Law*, Volume 12 (Kluwer Law International; International Chamber of Commerce (ICC) 2015) 145 – 157.

Julian Lew 'Chapter 9: Sulamérica and Arsanovia: Arbitration Agreements' en Horacio A. Grigera Naón and Bachir Georges Affaki (eds), *Jurisdictional Choices in Times of Trouble, Dossiers of the ICC Institute of World Business Law*, Volume 12 (Kluwer Law International; International Chamber of Commerce (ICC) 2015) 136 – 144.

Klaus Peter Berger, 'Re-examining the Arbitration Agreement: Applicable Law – Consensus or Confusion?' in Albert Jan van den Berg (ed), *International Arbitration 2006: Back to Basics?* (ICCA Congress Series No 13 Montreal 2006) Part II and III.

Sulamérica Cia Nacional De Seguros S.A. v. Enesa Engenharia S.A. [2012] EWCA Civ 638.

Cumplimiento Voluntario de Laudos Arbitrales: Una cualidad que debemos proteger



Verónica Esquivel Patiño

Abogada del grupo de práctica de Litigio Civil y Mercantil y Medios Alternativos de Solución de Controversias en Sánchez DeVanny Eserverri, S.C., representando a clientes frente a tribunales, árbitros y negociadores. Cuenta con un LL.M. por la University of California Berkeley y cursó su licenciatura en el Tecnológico de Monterrey, graduándose con Mención Honorífica.

1. INTRODUCCIÓN

De no ponerse especial atención a los cambios que se han ido produciendo dentro de la comunidad arbitral internacional, podría estar en riesgo una de las más aplaudidas cualidades del arbitraje: el cumplimiento voluntario de sus laudos. En cualquier foro de arbitraje, sea cual sea el tema específico, es común mencionar por lo menos una vez algunas de las ventajas del arbitraje. Estas ventajas, según la opinión de quienes se desempeñan en el medio, hacen del arbitraje el mejor método de solución de controversias. Entre las ventajas que tienden a mencionarse se encuentran: la reducción de tiempo y costos, la confidencialidad, la experiencia y neutralidad de los árbitros, la inmediatez, la flexibilidad del proceso, la eficiencia y ejecución de los laudos.

Quienes se dedican a la materia tienden a “presumir” que el arbitraje es un “proceso de caballeros” y que, debido a las tantas ventajas del arbitraje, la mayoría de los laudos arbitrales se cumplen voluntariamente por las partes. Sin embargo, no debe asumirse en ningún momento que esta cualidad, orgullo de todos quienes en algún punto de su carrera profesional han trabajado en instituciones administradoras de arbitraje, o han fungido como árbitros o como abogados de parte en el arbitraje, es un hecho o está garantizada infinitamente. La subsistencia de esta cualidad dependerá en gran medida de todos quienes nos desempeñemos en la profesión.

Paradójicamente, el *incremento* en número de procesos arbitrales, número de profesionistas que empiezan a incursionar en el arbitraje, número de instituciones arbitrales nacionales e internacionales; podría terminar por *reducir* la cantidad de laudos que se cumple voluntariamente por las partes. Lo anterior si no se le da el debido lugar al procedimiento arbitral y se atiende a una serie de recomendaciones que permita que el arbitraje siga reuniendo todas la ventajas, características y cualidades que lo convierten en un excelente método de solución de controversias.

2. EL CUMPLIMIENTO VOLUNTARIO DE LOS LAUDOS ARBITRALES

La última etapa del procedimiento arbitral involucra el pronunciamiento del laudo por el tribunal arbitral. Posterior al pronunciamiento del laudo, éste se convierte en *res judicata* y el cumplimiento y ejecución del mismo se convierten en obligación de las partes, y en su caso, tarea de las cortes nacionales.

A la fecha, la gran mayoría de laudos arbitrales se cumplen de manera voluntaria por las partes. El cumplimiento voluntario puede deberse a una infinidad de razones, lo cierto es que en el **2008** una encuesta conducida por *Queen Mary University of London* reflejó que el 88% de los abogados participantes en la encuesta indicaron que en más del **76%** de sus procedimientos arbitrales, la parte condenada daba cumplimiento voluntario al laudo arbitral¹. De igual manera, la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (“UNCTAD”, por sus siglas en inglés) reportó en el **2014** que, en relación con los reportes del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (“CIADI”), la mayoría de los Estados parte cumple con sus obligaciones derivadas de laudos arbitrales de forma voluntaria². El 76% resultante de la encuesta elaborada por *Queen Mary University of London* discrepa con lo expresado por Pierre Lalive en **1983** en la celebración de 60° aniversario de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (“CCI”) en Paris, Francia. Lalive indicó que en la mayoría de los casos la partes cumplen voluntariamente con el laudo y que estudios sugieren que el porcentaje de cumplimiento voluntario de los laudos arbitrales

excede el **90%** en asuntos de índole internacional³. Es decir, 25 años después al discurso de Lalive, se podría decir que ha disminuido el porcentaje de laudos arbitrales que se cumplen voluntariamente por las partes⁴. Como indicamos en la introducción del presente trabajo, de no atenderse a ciertas recomendaciones y prestar atención a lo que está sucediendo en el ámbito del arbitraje internacional, podría seguirse comprometiendo el porcentaje de laudos arbitrales que se cumplen de forma voluntaria.

A tal efecto se procede a analizar brevemente (i) las ventajas que a lo largo de los años han motivado a las partes a cumplir voluntariamente con los laudos arbitrales; (ii) los incrementos en número de asuntos que atienden las instituciones arbitrales; (iii) las recomendaciones o áreas que deben atenderse por todos quienes practicamos el arbitraje para poder continuar presumiendo con orgullo todas y cada una de las ventajas y cualidades del arbitraje; y, principalmente, el alto porcentaje de laudos arbitrales que se cumplen de manera voluntaria por las partes.

2.1. VENTAJAS DEL ARBITRAJE Y SU RELACIÓN CON EL CUMPLIMIENTO VOLUNTARIO DE LOS LAUDOS ARBITRALES

Entre las ventajas del arbitraje de mayor relevancia en relación con el cumplimiento voluntario de los laudos arbitrales se destacan las siguientes:

1. Confidencialidad

Una de las codiciadas ventajas del arbitraje es la confidencialidad del procedimiento. Al ser un procedimiento privado, las partes se evitan el riesgo de dar a conocer información privilegiada y de generar publicidad adversa a sus intereses. Atendiendo a lo anterior, generalmente las partes que valoran el arbitraje por la confidencialidad que dicho proceso brinda tienden a dar cumplimiento voluntario a los laudos, precisamente para evitar que el procedimiento de ejecución tenga que ventilarse ante cortes nacionales, finalmente desaprovechando la ventaja que el arbitraje les había brindado.

2. Experiencia del tribunal arbitral

El hecho de que las partes puedan seleccionar árbitros expertos en el caso concreto genera en ellas la sensación de que el laudo arbitral que finalmente se dicte es justo y toma en consideración las particularidades del caso, lo cual de manera evidente conlleva a que las partes cumplan voluntariamente con los laudos.

3. Inmediatez

A diferencia de los tribunales nacionales, los árbitros manejan un número limitado de procedimientos arbitrales al año, lo cual les permite tener inmediatez con el caso y con las partes. Lo anterior, al igual que la experiencia del tribunal arbitral, genera confianza en las partes en la calidad del laudo y en que sus pretensiones fueron debidamente consideradas, resultando en el cumplimiento voluntario de los laudos.

4. Neutralidad de los árbitros

Particularmente relevante en el arbitraje internacional, donde las partes no desean verse inmiscuidas en procedimientos judiciales ante los tribunales nacionales de su contraparte, la neutralidad de los árbitros, al igual que las ventajas anteriormente descritas, provoca en las partes la sensación de seguridad jurídica y debido proceso. Lo anterior cobra relevancia en relación con el cumplimiento voluntario de los laudos arbitrales.

Por si fuera poco, es relevante considerar que adicional a las ventajas que se han venido detallando y que tienen injerencia en la experiencia de las partes durante el procedimiento arbitral y consecuentemente en la ejecución voluntaria de los laudos, existen otras razones por las cuales las partes pudieran optar por cumplir voluntariamente, como lo son:

5. El hecho de haber expresado su voluntad de someterse al arbitraje para resolver determinada controversia y atendiendo a que este acuerdo suele considerarse un “pacto de caballeros” a solucionar una disputa en un “procedimiento de caballeros” conduce a las partes a de la misma forma aceptar el laudo como final y

vinculante.

6. La convicción de las partes de que el laudo puede ser efectivamente ejecutado por tribunales nacionales suele resultar en el cumplimiento voluntario del laudo. Es decir, el cumplimiento voluntario de laudos arbitrales puede en ocasiones deberse al rol disuasivo de las legislaciones nacionales, convenciones internacionales y precedentes internacionales que favorecen el arbitraje y la ejecución de laudos. El solo hecho de la existencia de una Convención Internacional como lo es la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (“Convención de Nueva York”) de 1958, ratificada por 157 países, que establece un número limitado de supuestos a los tribunales nacionales para rehusar la ejecución de los laudos es razón suficiente para que las partes den cumplimiento voluntario a sus respectivos laudos.
7. En casos específicos, las presiones comerciales de las partes son razón suficiente para cumplir voluntariamente con los laudos. Por ejemplo, en algunos casos, debido a que las partes forman parte de una asociación de comercio internacional que incentiva el cumplimiento voluntario de laudos a sus miembros (i.e. la *Grain and Feed Trade Association* o “GAFTA” suele circular entre todos sus miembros reportes de los miembros que no den cumplimiento voluntario a los laudos en los cuales son condenados). Básicamente nos referimos a un tipo de “presión social organizada” que parte de la buena fe y honestidad en la conducción de negocios, y que generalmente implica un factor psicológico.
8. La propia calidad de los laudos lleva en muchas ocasiones a las partes a cumplir voluntariamente con los mismos.

2.2. CRECIMIENTO EXPONENCIAL DEL NÚMERO DE ASUNTOS QUE SE PRESENTAN POR AÑO ANTE LAS DIVERSAS INSTITUCIONES ARBITRALES.

El incremento del número de acuerdos arbitrales internacionales, así como las múltiples rescisiones económicas de las grandes economías han resultado en el aumento de disputas que se someten a arbitraje. La globalización de las actividades económicas lleva

a un relevante incremento en el número de controversias internacionales, que en virtud de la popularidad del arbitraje tienden a referirse a este método de solución de conflictos.

La siguiente tabla evidencia el referido crecimiento exponencial en el número de disputas sometidas a arbitraje⁵:

Institución	2012	2013	2014	2015
ICC International Chamber of Commerce	759	767	791	801
DIS German Institution of Arbitration	121	121	132	134
SCC Stockholm Chamber of Commerce	177	203	183	181
VIAC Vienna International Arbitration Center	70	56	56	40
SCAI Swiss Chamber's Arbitration Institution	92	68	105	100
LCIA London Court of International Arbitration	277	301	296	326
ICDR International Centre for Dispute Resolution	996	1165	105 2	106 3
SIAC Singapore International Arbitration Centre	235	259	222	271
CIETAC China International Economic and Trade Arbitration Commission	1060	1256	161 0	196 8
HKIAC Hong Kong International Arbitration Centre	293	260	252	271
ICSID International Centre for Settlement of Investment Disputes	50	40	38	52
TOTAL	4130	4496	4737	5207

Por si fuera poco, la CCI publicó en sus estadísticas del año 2016 que se

administraron **966** nuevos arbitrajes internacionales en el referido año; 165 procedimientos más que en el año inmediato anterior.

Lo anterior evidencia que el arbitraje está aquí para quedarse, pero lo más importante es que el número de procesos arbitrales iniciados por año sigue al alza, y consecuentemente aumenta la *demanda* de instituciones arbitrales y de mejoras a la administración de arbitrajes, así como un aumento en la *demanda* de árbitros y abogados de parte que se especialicen en arbitraje.

Ahora bien, en caso de que esta *demanda* no sea debidamente atendida, podría incurrirse en graves riesgos que ocasionen una disminución en el porcentaje de laudos que se cumplen voluntariamente. Los riesgos pueden resultar, por ejemplo, de la proliferación de instituciones arbitrales sin experiencia que no duran más que algunos años en el mercado y fracasan debido a su incapacidad para administrar arbitrajes conforme a los estándares mínimos, también pueden ocasionarse por tribunales arbitrales que no estén preparados para los retos que se presentan en todos y cada uno de los arbitrajes y que puedan redundar en laudos deficientes o procesos que no revistan los requisitos mínimos que prevé la Convención de Nueva York para su legalidad; y evidentemente, abogados de parte incapaces de representar los intereses de sus clientes ante tribunales arbitrales, acostumbrados a los procesos judiciales y carentes de capacitación básica y experiencia en procedimientos arbitrales.

3. SUGERENCIAS Y CONCLUSIONES, EVITANDO LA DESAPARICIÓN DEL CUMPLIMIENTO VOLUNTARIO DE LAUDOS ARBITRALES

Como fue correctamente expresado por Lalive en 1983, "un laudo arbitral no es siempre digno de ser respetado y ejecutado; por consecuencia, las apelaciones en contra de laudos, o la negativa de ejecutar un laudo puede en ciertos casos ser justificado en atención al interés general y en aras de una mejor calidad en el arbitraje"⁶⁶, complementando lo anterior con el problema que representa descuidar las ventajas y cualidades del arbitraje, pues "para ser viable en el futuro, cualquier solución dirigida a

asegurar la ejecución de los laudos arbitrales, y la calidad de los mismos, debe comenzar con una mejor preparación de todos los participantes en el arbitraje internacional”⁷.

Entonces, para sostener el cumplimiento voluntario de los laudos arbitrales en años por venir, es necesario que los siguientes participantes se involucren activamente en la arena que conforma la comunidad de arbitraje internacional y dentro de sus respectivas prácticas se aseguren de que la expansión y crecimiento del arbitraje para la resolución de disputas se haga preservando la calidad, características y ventajas que lo han caracterizado en el pasado:

3.1. Árbitros

Es fundamental que los árbitros sean conscientes de su gran responsabilidad en el ámbito del arbitraje internacional, siempre procurando la actualización y ampliación de sus capacidades para resolver, atendiendo al siempre cambiante panorama internacional, siendo conocedores no sólo de la legislación nacional, sino de variedad de legislaciones que le permitan ejercer su visión comparativa. De igual manera, es imperativo que quienes se encuentren dotados de vasta experiencia como árbitros recuerden que tienen una responsabilidad para apoyar en la capacitación de nuevos árbitros, pues la reiterada designación de los mismos árbitros conocidos lo único que genera es que jóvenes árbitros no estén en posibilidades de adquirir experiencia, lo cual podría ser desastroso en el momento en que fueran designados árbitros por primera ocasión. Adicionalmente, debe atenderse al monopolio que ejercen ciertos árbitros en la arena del arbitraje internacional, pues es importante para mejorar la percepción del arbitraje a nivel internacional que comience a diversificarse el *pool* de árbitros debido a nacionalidad, edad, raza y género.

3.2. Instituciones Arbitrales

La proliferación de instituciones arbitrales, tanto nacionales como regionales, requiere de cierta prudencia, pues debe evitarse que instituciones arbitrales poco calificadas ocasionen un desprestigio al arbitraje. Adicionalmente, debe exigirse a las instituciones

arbitrales establecidas y con años de experiencia que sean más transparentes, pues solo así puede tenerse conocimiento de información relevante como: (i) diversidad en la selección y nominación de árbitros; (ii) porcentaje de laudos que se cumplen de manera voluntaria; (iii) porcentaje de laudos anulados; entre otros.

3.3. Abogados

Por último, no debe de olvidarse el importantísimo rol de los abogados de parte. Es ilógico asumir que toda la responsabilidad recae en los árbitros y en las instituciones arbitrales, cuando es evidente que la preparación y conocimiento de los abogados de parte juega un papel fundamental en el aprovechamiento de las ventajas que ofrece el arbitraje.

Adicionalmente, la creciente demanda de abogados de parte con experiencia en arbitraje ha llevado a que muchos profesionistas que con anterioridad no apartaban su ejercicio de los tribunales nacionales se encuentren ahora inmiscuidos en procedimientos internacionales seguidos ante tribunales arbitrales, buscando hacer uso de mecanismos o técnicas procesales de sus legislaciones locales, evidentemente entorpeciendo el procedimiento arbitral y perjudicando a sus mismos clientes. Es necesario asegurar que la representación de las partes en los arbitrajes internacionales se siga por abogados que busquen su continúa capacitación y actualización en materia arbitral, pues sólo así podrá verdaderamente aprovecharse el procedimiento arbitral. Es tarea de todos asegurar que el porcentaje de laudos que se cumplen voluntariamente por las partes vaya en aumento y no siga disminuyendo año con año. Debemos asegurar que el cumplimiento voluntario de laudos arbitrales no se termine incluyendo en el catálogo de cualidades del arbitraje en "peligro de extinción".

BIBLIOGRAFÍA

Born, Gary B. "International Arbitration: Cases and Materials", 2º Edición, *Wolters Kluwer*, 2015.

Altenkirch, Markus and Frohloff, Jan. "Global Arbitration Cases Still Rise - Arbitral Institutions", Baker McKenzie, 25 de Agosto de 2016, <<https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=73afdeb0-e147-433a-9d10-4a1e4ddf73ca>>

Lalive, Pierre. "Enforcing Awards", *60º Aniversario de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI*, Paris, 11 al 13 de octubre de 1983.

Queen Mary's Arbitration Survey. "International Arbitration: Corporate Attitudes and Practices", *Queen Mary University of London*, 2008.

UNCTAD Publication, "Pink Series Sequel: Investor-State Dispute Settlement", *UNCTAD*, Julio 24, 2014.

NOTAS

- ¹ Queen Mary's Arbitration Survey. "International Arbitration: Corporate Attitudes and Practices", *Queen Mary University of London* 2008, pg. 2
- ² UNCTAD Publication, "Pink Series Sequel: Investor-State Dispute Settlement", *UNCTAD*, Julio 24, 2014, pg.156
- ³ Lalive, Pierre. "Enforcing Awards", *60º Aniversario de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI*, Paris, 11 al 13 de octubre de 1983, pg. 7, 70
- ⁴ Es evidente que la metodología para obtener los porcentajes de laudos cumplidos voluntariamente en 1983 y 2008 puede haber sido distinta; sin embargo, sólo recientemente las instituciones administradoras de arbitraje han comenzado a publicar información que permite conocer la situación actual del arbitraje. Adicionalmente, una vez pronunciado el laudo arbitral, cesa la competencia del tribunal arbitral y precluyen ciertas cuestiones procesales a cargo de la institución administradora, lo que conlleva a que no exista un verdadero seguimiento a la ejecución de los laudos y su cumplimiento, ya sea voluntario o forzoso.
- ⁵ Altenkirch, Markus and Frohloff, Jan. "Global Arbitration Cases Still Rise - Arbitral Institutions", Baker McKenzie, 25 de Agosto de 2016, <<https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=73afdeb0-e147-433a-9d10-4a1e4ddf73ca>>
- ⁶ Lalive, Pierre. "Enforcing Awards", *60º Aniversario de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI*, Paris, 11 al 13 de octubre de 1983, pg. 2 [traducción al español propia]
- ⁷ Ídem., pg. 4 [traducción al español propia]

El Rol del Abogado en la Audiencia Arbitral



Alejandro García González

Socio del despacho Hogan Lovells, a cargo del área de litigio y arbitraje en la Ciudad de Monterrey, N.L. Cuenta con una experiencia de más de 20 años, representando clientes ante tribunales judiciales estatales y federales en México, así como tribunales arbitrales. Su práctica se centra en el litigio mercantil, civil y administrativo, así como en el arbitraje internacional y doméstico. Es abogado egresado de la Facultad Libre de Derecho de Monterrey

1. INTRODUCCIÓN

El arbitraje comercial es un método alternativo de resolución de controversias, en el cual las partes encomiendan la decisión final sobre la disputa a un órgano unipersonal o colegiado elegido por ellas mismas o conforme al procedimiento pactado. En consecuencia, resultan inaplicables las reglas de procedimiento que rigen los juicios ventilados ante los órganos oficiales.

La naturaleza convencional del arbitraje tiene diversas implicaciones, pero una de ellas es que las partes pueden, hasta cierto punto, determinar el procedimiento que regirá la resolución de la disputa. Lo anterior, incluye desde luego, la forma en que se desarrollarán las audiencias que deban llevarse a cabo durante el procedimiento arbitral.

Otra característica del arbitraje es que, a diferencia de un juicio ventilado ante los tribunales establecidos por el Estado, las partes deberán soportar los costos inherentes al procedimiento para la solución de la disputa. Esto incluye no sólo los honorarios de abogados, consejeros y peritos, sino también los honorarios del árbitro o árbitros que conformen el tribunal arbitral y, desde luego, los costos relacionados con las audiencias que se celebren. Si las partes deciden someterse a las reglas de alguna institución administradora de arbitraje, también deberán cubrir las cuotas correspondientes a dicha administración.

Además, el éxito de un arbitraje se determina en buena medida por la buena o mala conducta de las partes que se sometieron al arbitraje; de manera tal que si alguna o todas las partes, a pesar de haber convenido en resolver sus disputas por la vía del arbitraje, plantean posturas que no favorezcan el correcto desarrollo y la culminación del procedimiento privado, el resultado seguramente no será satisfactorio; independientemente de quien obtenga el laudo favorable.

Por tales motivos, cuando nos planteamos el rol que debe desempeñar el abogado de parte durante la audiencia arbitral, consideramos que se deben analizar no sólo la conducta desplegada concretamente durante la audiencia, sino también las intervenciones que tendrá el abogado antes y después de celebrada la audiencia. En adición, advertimos que el rol del abogado en la audiencia no se limita a su función técnica como profesionalista del Derecho, sino que abarca otros aspectos de índole conductual y económica. De manera que el presente trabajo se encuentra dividido en diversas etapas del procedimiento arbitral que en nuestra opinión determinan el rol del abogado en la audiencia.

2. ESTRUCTURA PROCESAL

La autora Jane Jenkins señala que con el consentimiento de las partes y la autorización del tribunal arbitral, la audiencia puede esencialmente tomar cualquier forma. En efecto, ni los reglamentos de arbitraje de las distintas instituciones existentes, ni las leyes de arbitraje vigentes en diversos países del orbe, contienen una regulación detallada del procedimiento arbitral; por lo que la definición de estas reglas queda a cargo de las partes -en cierta medida- y del tribunal arbitral.

En nuestro país, por ejemplo, el Código de Comercio dispone en sus artículos 1435 y 1440 que las partes tendrán libertad para convenir el procedimiento a que se haya de ajustar el tribunal arbitral en sus actuaciones. A falta de acuerdo, el tribunal arbitral podrá dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado. El tribunal arbitral decidirá, entre otras cosas, si han de celebrarse audiencias para la presentación de pruebas o de alegatos orales.

Por su parte, el Reglamento de Arbitraje (el "Reglamento") de la Cámara de Comercio Internacional (la "ICC")¹, establece en su Artículo 19 que el procedimiento ante el tribunal arbitral se regirá por el Reglamento y, en caso de silencio de éste, por las normas que las partes o, en su defecto, el tribunal arbitral determinen ya sea con referencia a no a un derecho procesal nacional aplicable al arbitraje. Asimismo, el Acta de Misión prevista en el Artículo 23 del Reglamento, debe contener precisiones con relación a las normas aplicables al procedimiento.

Consecuentemente, la función que el abogado desempeñará durante la audiencia, como lo señalamos anteriormente, quedará en cierta medida enmarcada por los acuerdos que se tomen al respecto y/o las órdenes procedimentales que dicte el tribunal en la etapa inicial del arbitraje o antes de celebrarse la audiencia.

De manera que el abogado tendrá la responsabilidad de decidir, primero, si es necesario o conveniente siquiera celebrar una audiencia y, en caso de que la misma deba celebrarse por solicitud propia, de la contraparte u orden del tribunal, deberá decidir cuál es la mecánica idónea para desarrollar la audiencia, no sólo en función de las necesidades técnicas del caso, sino también de los costos que la audiencia representará para su cliente.

En la guía denominada "Conducción Eficaz del Arbitraje" (la "Guía") publicada por la Comisión de Arbitraje y ADR de la CCI (la "Comisión") se enlistan diversos factores a considerar respecto de las audiencias, a saber: una ubicación apropiada; las fechas; los asistentes; una duración adecuada; la distribución del tiempo entre las partes; si habrá o no alegatos de apertura y/o cierre y, en su caso, su duración; si habrá interrogatorios directos, contrainterrogatorios y/o careo de testigos de hecho y peritos; si se transcribirá la audiencia; si será necesario contar con intérpretes y, en su caso, si la interpretación será consecutiva o simultánea; y si una parte o toda la audiencia se llevará a cabo mediante videoconferencia.

Como se observa, en el abogado de parte recae la función de estructurar la audiencia, en conjunto con la(s) contraparte(s) y con el tribunal arbitral; y esta función resulta de trascendental importancia durante la audiencia misma, pues la audiencia se desarrollará en los términos previamente acordados por las partes y/o indicados por el

¹ Vigente a partir del 1 de marzo de 2017.

tribunal. Al respecto, Jeffrey Waincymer señala que idealmente, si el marco procedimental ha sido manejado adecuadamente, la conducción de la audiencia será bastante eficiente.

3. PREPARACIÓN DE LA AUDIENCIA

Una vez determinada la estructura de la audiencia, el abogado deberá preparar dicha etapa procesal. El rol de abogado durante esta etapa previa incluye, por lo menos, dos aspectos a considerar; uno estrictamente jurídico y otro más de índole administrativa.

A) Testigos y Peritos

Fundamentalmente, las audiencias tienen como propósito que las partes presenten a sus testigos y sus peritos, a fin de que las partes puedan interrogarlos y contrainterrogarlos, respectivamente. Por regla general, el tribunal también estará facultado para realizar preguntas a los testigos y peritos. Aunque existen diversas modalidades para el desahogo de estas probanzas, lo usual es que los testigos y peritos presenten sus testimonios u opiniones por escrito antes de que se celebre la audiencia, a fin de que las partes y el tribunal se impongan de los mismos, y puedan preparar las preguntas que formularán durante la audiencia.

Si bien, en algunos sistemas jurídicos no es bien aceptado o, incluso, está prohibido que los abogados interactúen con testigos y peritos, en palabras de Georg von Segesser, el consenso en la comunidad arbitral internacional es que sí es aceptable que las partes y sus abogados tengan contacto con testigos y peritos potenciales y puedan preguntarles acerca de los hechos en disputa.

Por ejemplo, dicho autor añade, con razón, que las "Reglas de la International Bar Association sobre la Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional" (las "Reglas IBA"), en su Artículo 4.3 disponen que no será considerado impropio que una parte, sus directivos, empleados, asesores legales u otros representantes entrevisten a sus testigos o potenciales testigos y discutan con ellos sus posibles testimonios. Dichas Reglas IBA, por cierto, se utilizan con bastante frecuencia en los arbitrajes comerciales internacionales. Esto se logra mediante el acuerdo de las partes, quienes determinan que dichas reglas serán aplicables al arbitraje correspondiente.

Por lo tanto, otra función clave del abogado en la audiencia, aunque se desarrolla en forma previa a la misma, es la preparación de los testigos y peritos. El éxito de la

audiencia y, en algunos casos, del arbitraje en sí mismo, dependerá de la labor que realice el abogado durante la etapa de preparación de testigos y peritos.

B) Organización de la Audiencia

Como señalamos previamente, dado que el arbitraje constituye un método alternativo de resolución de disputas, que se ventila ante un tribunal designado por las partes y no ante un tribunal del Estado, corresponde a las partes la organización del mismo y cubrir los costos derivados.

La audiencia se desarrollará en el lugar y fecha establecidos por el tribunal arbitral. Blackaby, Hunter, Partasides y Redfern explican que los arreglos administrativos serán hechos por una de las partes –normalmente la demandante– con el consentimiento de la otra parte. Como alternativa, pueden hacerse por el árbitro único o el presidente del tribunal, o bien, por el secretario del tribunal (si es que se designó uno). Inclusive, algunas instituciones arbitrales son las que se encargan de la organización.

En el caso de arbitrajes administrados por la CCI, la organización queda a cargo de las partes y el tribunal arbitral. Esta función, como bien apuntan los autores recién citados, no es una función menor y no debe subestimarse. En este sentido, la Comisión destaca en la Guía, que llevar a cabo audiencias es costoso y, cuanto más largas sean, más costosas serán.

Algunos abogados de parte y miembros de tribunales arbitrales, recomiendan una conferencia previa a la audiencia, a fin de tratar el desarrollo de la misma. De esta forma, el tribunal puede expresar lo que pretende de la misma, y las partes pueden compartir – hasta donde sea conveniente– lo que pretenden acreditar durante dicha audiencia. Esta conferencia previa puede ayudar a que la audiencia se desarrolle en forma más práctica y eficiente.

Como referencia, señalamos que el Reglamento de la ICC en su Artículo 22.1 dispone que el tribunal arbitral y las partes deberán hacer todos los esfuerzos para conducir el arbitraje de una manera expedita y eficaz en términos de costos, teniendo en cuenta la complejidad y el valor de la controversia.

A la luz de lo expuesto, el abogado tendrá en consideración el costo que la audiencia puede implicar para su cliente y deberá encontrar un balance entre lo que se requiere desde el punto de vista técnico-legal y el costo de la audiencia. Es decir, el

abogado debe asegurarse de que el desarrollo de la audiencia sea necesario y, desde luego, productivo para el caso, pero al mismo tiempo, debe buscar que los costos no sean elevados.

4. DESARROLLO DE LA AUDIENCIA

Ciertamente, la audiencia constituye una etapa fundamental del arbitraje, pues durante la misma las partes tienen oportunidad de presentar alegatos orales frente al tribunal y apoyarse en elementos visuales o auditivos que pueden generar convicción en el tribunal o, por lo menos, dejar una impresión positiva. Además, como lo hemos señalado, será la oportunidad para interrogar a los testigos y peritos que hayan participado en el arbitraje. No son escasos los arbitrajes que se deciden por las opiniones técnicas de los peritos, o bien, en los que los testimonios presentados por las partes tienen un peso específico. De ahí que el rol de abogado en la audiencia sea de capital importancia.

En el caso concreto de arbitrajes administrados por la CCI, el tribunal arbitral tendrá la plena dirección de las audiencias, según se establece en el Artículo 26.3. Igualmente, las Reglas IBA indican que el tribunal arbitral tendrá en todo momento pleno control sobre la audiencia probatoria. Entre otras cosas, esto significa que a los abogados se les debe dar oportunidad razonable para presentar sus pruebas y persuadir al tribunal, pero corresponde al tribunal y no a los abogados, determinar qué es razonable.

La intervención del abogado durante la audiencia, entonces, se verifica en los momentos específicos que se hayan acordado previamente o haya dispuesto el tribunal. No obstante, en términos generales, podemos señalar que el abogado tendrá a su cargo, lo siguiente: a) expresar oralmente alegatos de apertura, b) interrogar a sus testigos, c) contrainterrogar a los testigos de la contraparte, d) interrogar y contrainterrogar peritos, y e) expresar alegatos de clausura.

En este sentido, Jane Jenkins señala que en la práctica existen diferencias en la estructura de la audiencia, dependiendo de la composición y los antecedentes de las partes y del tribunal, pero que una práctica común es que se permita un breve alegato de apertura a cada parte, seguido de la presentación de los testigos y peritos. No siempre se permiten los alegatos de clausura, pues algunos tribunales prefieren que las partes los expresen por escrito en forma posterior a la audiencia, una vez que hayan tenido oportunidad de analizar lo acontecido en la audiencia.

Al expresar los alegatos de apertura, el abogado debe asegurarse de que el tribunal conozca las manifestaciones realizadas previamente por escrito y la evidencia presentada hasta ese punto. También debe explicar qué es lo que pretende probar durante la audiencia y cómo pretende hacerlo. Todo esto, de manera concisa y clara, pues normalmente tendrá un tiempo limitado para hacerlo. El abogado siempre tendrá oportunidad suficiente para preparar estos alegatos iniciales.

Típicamente, el tribunal permitirá que los abogados se apoyen en material visual o audio durante sus presentaciones. El uso de estos materiales puede generar un mayor impacto en el tribunal, aunque también puede tener por efecto generar distracción.

Para el interrogatorio de los testigos, normalmente se permitirá al abogado que lo presenta, realizar el interrogatorio inicial. Después el abogado de la contraparte podrá contrainterrogar. Posteriormente, se puede dar oportunidad al abogado oferente, de formular repreguntas sobre aspectos que se hayan presentado durante el interrogatorio y contrainterrogatorio. Si bien, el abogado que realiza el interrogatorio inicial podrá preparar sus preguntas, debe tener la capacidad de formular en el acto algunas otras preguntas en caso de ser necesario. Igualmente, los abogados a quienes corresponde contrainterrogar, aunque es posible que puedan preparar algunas preguntas, basados en el testimonio por escrito que haya presentado el testigo o perito (en caso de que así se haya acordado), la realidad es que deben saber reaccionar y conducir un interrogatorio adecuado basados en la información recibida durante la misma audiencia.

El abogado debe ser cauteloso en la estrategia utilizada para interrogar. En algunos sistemas jurídicos la tradición es que los abogados sean agresivos al momento de interrogar, particularmente si se trata de peritos. Sin embargo, en términos generales, la tendencia es que los tribunales arbitrales no aprecian los ataques agresivos o descortesos de los abogados.

No omitimos recordar que en virtud de la naturaleza convencional del arbitraje, pueden presentarse una gran variedad de formas en que se desarrolle la audiencia, por lo que el rol concreto del abogado dependerá de los acuerdos y circunstancias específicas. Además, tengamos en cuenta que ni la *lex arbitri*, ni los reglamentos arbitrales, contienen reglas específicas sobre el desarrollo de la audiencia, como se mencionó anteriormente. Sin embargo, las funciones esenciales del representante de parte durante la audiencia son las que se mencionaron en este apartado.

5. CONCLUSIONES

El rol del abogado en la audiencia, en realidad, inicia mucho antes de que ésta efectivamente se lleve a cabo. En las etapas iniciales del arbitraje, el abogado tiene la trascendental tarea de definir las reglas aplicables al procedimiento y, de dicha definición, dependerá en gran medida la forma en que se desarrollará la audiencia.

Una vez que se determina la necesidad de que se realice una audiencia, sea por acuerdo de las partes o por orden del tribunal, el abogado tendrá la misión de preparar dicha audiencia. Dicha preparación será, por una parte, de naturaleza técnica, y por otra parte, de naturaleza administrativa.

La función del abogado en la preparación de testigos y peritos es clave dentro del arbitraje. Esta función, que puede estar inclusive prohibida en ciertos sistemas jurídicos tradicionales, no es mal vista en el arbitraje. Por lo tanto, el abogado normalmente podrá tener contacto con dichos terceros; aunque esta interacción siempre deberá tener límites, pues no puede llegar al grado de que el abogado les indique qué es lo que deberán declarar o cómo es que deben apreciar los hechos que les constan. Para cumplir adecuadamente con sus responsabilidades durante la audiencia, resulta fundamental que el abogado prepare a detalle la audiencia.

En esta etapa previa, también es importante que el abogado organice adecuadamente la audiencia. Debe contarse con todos los elementos materiales necesarios para el correcto desarrollo de la misma, sin dejar que los costos se incrementen en perjuicio de las partes. De manera tal que en esta función administrativa el abogado debe tomar en cuenta una serie de factores, tales como el lugar, la fecha, el número de asistentes, la duración de la audiencia, si se transcribirá, si participarán intérpretes, si algún testigo participará vía videoconferencia, si existe conexión a internet, entre otros factores.

Durante el desarrollo de la audiencia, el rol del abogado consiste en la expresión de alegatos, ya sea de apertura o de clausura, los cuales pueden resultar de capital importancia para atraer la atención del tribunal a ciertos aspectos del caso o para lograr convencer al tribunal sobre algún punto en debate. Otra función de igual o mayor importancia resulta la formulación de interrogatorios y contrainterrogatorios a los testigos y peritos; pues no es poco común que los arbitrajes se decidan con base en dichas probanzas. Por último, una vez concluida la audiencia, el abogado de parte en ciertas ocasiones deberá analizar a conciencia lo acontecido durante la misma, a fin de expresar

por escrito sus alegatos de clausura. Además, en ciertos casos deberá asegurarse de aspectos técnicos, como lo son la correcta transcripción de la audiencia o la grabación de la misma, en caso de que se haya celebrado vía videoconferencia, entre otros aspectos.

BIBLIOGRAFÍA

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

Nigel Blackaby, Constantine Partasides, et. al., *Redfern and Hunter on International Arbitration*, Sixth Edition (Kluwer Law International; Oxford University Press 2015).

Jeffrey Waincymer, *Procedure and Evidence in International Arbitration*, (Kluwer Law International 2012).

Georg von Segesser, "Witness Preparation in International Commercial Arbitration", *ASA Bulletin*, (Association Suisse de l'Arbitrage; Kluwer Law International 2002, Volume 20 Issue 2).

Comisión de Arbitraje y ADR de la Cámara de Comercio Internacional, *Conducción Eficaz del Arbitraje*, (Cámara de Comercio Internacional 2015).

Atención Urgente: Profundización en las reglas del Interrogatorio



Francisco González de Cossío

Socio de González de Cossío Abogados S.C. Es experto en arbitraje. Su actividad principal es actuar como árbitro en todo tipo de casos, particularmente de complejos. Áreas de especial experiencia y actividad son construcción y energía. También actúa como abogado de parte y experto. Obtuvo su licenciatura en Derecho en la Universidad Iberoamericana. Cuenta con una maestría y doctorado por la Universidad de Chicago (en análisis económico del Derecho), así como un grado de negocios y finanzas por la Universidad de Harvard.

Resumen

El título de este ensayo busca provocar. Abrir los ojos. Transmitir una preocupación. La práctica arbitral latinoamericana adolece de un problema transversal: la falta de conocimiento, preparación y entrenamiento sobre el interrogatorio. Como resultado, es raro ver un buen interrogatorio en procesos arbitrales. Y la respuesta actual de los practicantes (tanto abogados de parte como árbitros) no es la que debe ser.

El problema con lo anterior es doble. Primero, el evidente: el interrogatorio dista de ser lo que podría ser. Lo que debe ser. Segundo, la mala praxis se está cristalizando.

La praxis genera usos.¹ La reiteración genera aceptación. De esta manera, el soft law se convierte en hard law. Y cuando no cuestionamos la praxis, se cristaliza. Se enraíza. Y entre más tiempo pasa, entre más ocurre, más difícil es extirpar una práctica subóptima: los practicantes nos hacemos a la idea de que algo debe ser de cierta manera por el sencillo hecho que así se ha hecho. Resultado: osificación. Y pasado el tiempo, cuando alguien quiere hacer ver que las cosas deberían de ser hechas en forma distinta, la predisposición del destinatario de la apreciación es descartar apriorísticamente.

Esto es lo que está sucediendo en materia del interrogatorio en arbitraje en América Latina. Estamos plagados de mala praxis que se observa como auto-perpetuante. El objetivo de este ensayo es indicar por qué, y ofrecer algunas alternativas de cambio.

1. OBJETIVOS

El objetivo del interrogatorio es averiguar la verdad. Más específicamente, transmitir al evaluador (el árbitro) por qué *mi* verdad (la del interés que defiende; la de mi cliente) es una *mejor* verdad, una verdad más aceptable, que la de mi adversario.²

La verdad que se acepte como buena *in casu* constituirá la hipótesis de la norma (legal o contractual) relevante para resolver la disputa que le ha sido confiada. Será el elemento en base al cual el juzgador (juez o árbitro) ancle la opinión que se forme.

Entendido lo anterior, el objetivo de interrogar es *demostrar*. Probar al evaluador que una versión (la de quien la esboza) es la más fiel a la realidad.³

Hay muchas maneras de lograr lo anterior. Y es una verdad frecuentemente escuchada que, mientras que el sistema de tradición civil descansa más en elementos escritos (pruebas documentales), el sistema del *common law* descansa más en la oralidad. La praxis contemporánea del arbitraje internacional ha destilado lo mejor de ambos mundos dando lugar a un *modus operandi* que se basa primordialmente en la prueba escrita en la parte postulatoria (de instrucción de la causa), para luego usar instrumentos y métodos del *common law* en la audiencia.⁴

En *El Arte del Interrogatorio*,⁵ defiende que el interrogatorio (cuando bien hecho) es un arte, siguiendo la definición de Leo Tolstoy.⁶ El motivo en esencia es que comunica. Pone en contacto a intelectos diversos en una esfera distinta y más profunda, usando como vehículo algo material.⁷ En este caso, el esgrima intelectual que es el ejercicio involucrado en un interrogatorio bien hecho.

2. MÉTODOS

Quedando claro los objetivos, los métodos cobran importancia. A continuación, se describirán siguiendo la ruta crítica más aceptada: la examinación directa (§a), la examinación cruzada (§b), y la examinación re-directa (§c). Las objeciones también serán comentadas (§d).

A) EXAMINACIÓN DIRECTA

i. Propósitos y praxis

La examinación directa es la que se realiza del testigo ofrecido por la parte que realiza la examinación. Es decir, es el interrogatorio de 'su' testigo. Y en arbitraje suele ser realizada primordialmente mediante un testimonio por escrito presentado al momento de presentar los escritos sustantivos.

Conforme a la práctica del *common law* existiría la oportunidad de que el abogado de la parte que lo ofrece lo examine durante la audiencia. La praxis en arbitraje suele reducir, y con frecuencia eliminar, este paso. El razonamiento de ello es doble. Primero, para encausar lo más posible el caso, haciéndolo más veloz y esbelto. Segundo, para evitar sorpresas. Que la contraparte que lo examinará pueda prepararse adecuadamente. Para algunos, esto último es inclusive una cuestión de debido proceso.

La anterior es la práctica habitual. Como resultado, esta fase de la audiencia suele ser casi un formalismo: la parte que ofrece el testigo le pide que ratifique su opinión (y a veces pregunta si hay algo que desee matizar o corregir). Como resultado, se pasa casi directamente a la fase de interrogatorio cruzado. Y con creciente frecuencia ni siquiera ocurre esto. Se pasa directamente a la examinación cruzada.

ii. Instrumentos

La forma de realizar una examinación directa es mediante preguntas 'abiertas'. Una pregunta es 'abierta' cuando no contiene la respuesta; cuando invita a su destinatario a que la conteste en forma amplia. Contrasta con las preguntas 'cerradas'⁸ en que éstas contienen la respuesta.

El motivo por el que se utilizan preguntas abiertas es para permitir que el testigo se explique. De esta manera, el foco de atención es el testigo. Y el objetivo es explicación. Dar detalles. Brindar la mayor cantidad posible de información. Así, se logra el propósito que la parte que lo ofrece cuente *su* historia de lo acontecido.

Un ejemplo de una pregunta abierta es la siguiente:

P: “Señor Ramírez, explíquenos por favor qué percibió la noche del martes 3 de marzo.”

R: [explicación detallada de lo acontecido la noche del 3 de marzo]

No existe una prohibición absoluta para hacer preguntas cerradas en la examinación directa.⁹ Algunos consideran que pueden hacerse preguntas ‘razonablemente cerradas’.¹⁰ Siempre que den algo de contexto, que no busquen evidenciar el hecho en cuestión, supliendo lo que se busca del testigo. Ello pues facilitan el interrogatorio directo. A su vez, pueden ayudar a calmar, guiar o concentrar a un testigo que esté abrumado u ofuscado. Lo que debe evitarse es que se tornen en el género de preguntas encausadas utilizadas en la examinación cruzada. De ocurrir, la consecuencia probable será que el evaluador (el árbitro) les reste valor probatorio.

iii. Propuesta

La práctica arbitral preponderante privilegia el que no exista examinación directa. Que ésta sea sustituida por el testimonio por escrito que los testigos han presentado.

Deseo proponer un matiz a dicha práctica que postulo que la mejoraría: que sí exista examinación directa. Conviene que, en adición a la testimonial escrita, exista un interrogatorio directo por el abogado de la parte que ofrece al testigo en la cual se le permita decir lo que percibió, en la forma que desee. El motivo: las testimoniales por escrito son frías. No comunican todo lo que deben comunicar, y que debe conocer el evaluador para bien decidir. Atadas con una examinación directa, lo que era un testimonio frío y parco se convierte en uno vivo y útil. Con la examinación directa el testimonio cobra vida.

Amigos que aprecio y colegas que respeto difieren del postulado. Lo consideran innecesario, que consume tiempo e invita sorpresas. Sobre todo, es ineficiente: la testimonial por escrito tiene el mérito de encausar. Acelerar lo que de otra manera sería un paso que consume tiempo. Como resultado, la mayoría de los casos actuales no permite

examinación directa; o la permite sólo para confirmar la testimonial (corrigiendo cualquier error tipográfico) y “hacer entrar en calor” al testigo (“*warm-up*” dicen algunos¹¹).

Dicha práctica dista de ser lo que podría ser. Es perfectible. Someto a la consideración del lector que hay dos motivos para preferir que exista un interrogatorio directo breve por la parte de su testigo.

Primero, mucho se pierde cuando no se le permite al testigo decir en sus palabras qué atestiguó. Contar su historia. Los documentos son fríos y pueden no transmitir a cabalidad aquello que debe ser conocido (a veces sentido) por el evaluador.

Segundo, se pone al oferente del testigo a la merced de la contraparte. Es una táctica frecuentemente observada el que la contraparte se niega a examinar a un testigo a sabiendas de que ello veda que existan repreguntas (lo cual se acostumbra y se aconseja). Cuando sucede, ello es lamentable.¹² El propósito de la audiencia es justamente conocer qué tienen que decir los testigos. El que mediante trucos como este se vede dicha posibilidad es, en mi opinión, contrario a los propósitos mismos de la audiencia—además de generar desperdicio. Y en casos extremos podría ponerse en riesgo el que el proceso sea debido: se le puede estar privando al juzgador de insumos clave para bien-decidir.

Si a lo anterior se suma que los motivos en los que descansa en paradigma de no-examinación directa son logrables de forma que no se propicie un resultado tan lamentable, la conclusión es que el paradigma requiere ser revisitado—en mi opinión. Así lo propongo en este ensayo.¹³

B) EXAMINACIÓN CRUZADA

El interrogatorio cruzado (conocido en inglés como *cross-examination*) es el interrogatorio del testigo de la contraparte. Es el correctivo de la examinación directa. Parte de la premisa que la mejor manera de averiguar la verdad es mediante una presentación vigorosa del caso por las partes mismas. Mientras que en el interrogatorio directo la parte cuenta *su* historia, en el contra-interrogatorio (examinación cruzada) se hace ver por qué dicha historia no es correcta o confiable.

Algunos, hechizados por películas de Hollywood, consideran que el objetivo es que alguien confiese. Ello nunca pasa.¹⁴ El objetivo es mucho más sutil. No es hacerse de información para ganar el caso, sino demostrar por qué el testimonio no es digno de deferencia.

El propósito esencial de una audiencia es permitir al tribunal decidir entre las dos versiones que le fueron presentadas. El propósito de la toma y recepción de las pruebas es determinar cuál de las dos versiones que compiten por la persuasión del juzgador es más probable que sea verdad. Para ello, una parte esencial del ejercicio es someter el material probatorio (testimonial o pericial) a la prueba de presión de la examinación cruzada. Es mediante esta confrontación, que incluye un enfrentamiento de intereses contradictorios, que se obtiene el insumo necesario para decidir quién merece ser creído.

i. Propósitos

El propósito de la examinación cruzada es cuestionar. Ya sea al testigo (o perito¹⁵) en su persona, o el contenido del testimonio. En el primer caso, el cuestionamiento (*ad hominen*) tiene como propósito hacer ver que el testigo no merece ser creído. En el segundo (*ad rem*), que lo que dice no es cierto.

ii. Instrumentos

La interrogación se realiza mediante preguntas 'cerradas'. Que contienen el resultado. El motivo es control: permitir al examinador ejercer control sobre el testigo—máxime que es su tiempo el que está siendo consumido (y el tiempo en las audiencias arbitrales suele ser escaso¹⁶).

Las preguntas deben ser hechas de tal manera que se puedan responder con un "sí" o un "no". Ello puede lograrse con la forma en que se estructura la pregunta o con la inflexión del tono de la pregunta. Por ejemplo, en el primer caso haciendo una aseveración seguida de una interrogación. En el segundo, haciendo la aseveración con todo de pregunta. Veamos un ejemplo.

- P: ¿La noche del martes 3 de marzo usted estaba cenando en el restaurante Astrid y Gastón, correcto?
- R: Si.
- P: ¿Durante la cena usted vio que el señor López agredió al señor Vargas?
- R: Si.
- P: ¿Cómo resultado el señor Vargas fue hospitalizado?
- R: Si
- P: El señor López fue detenido por la seguridad del restaurante, ¿verdad?
- R: Si
- P: Minutos después la policía llegó y arrestó al señor López, ¿correcto?
- R: Si.
- P: ¿Vio usted que el señor Vargas hubiera agredido al señor López previo al altercado?
- R: No.

Como puede observarse, todas las preguntas contienen la respuesta. Y la técnica exacta varió: mientras que en algunas se añadió un "¿correcto?" o "¿verdad?", en otras simplemente se aseveró con un tono de pregunta. Todas estas formas de preguntar son válidas. Todas. Esto es importante decir pues hay quien ha malentendido lo anterior. Hay quien objeta la existencia de preguntas que contienen la respuesta en examinación cruzada.¹⁷

Como resultado, la respuesta sólo puede ser un "si" o "no". (Si las preguntas permiten una respuesta distinta, probablemente están siendo mal diseñadas.¹⁸) Ello mantiene el control sobre el examinado, permitiendo al examinador seguir la ruta crítica que ha diseñado.

Al diseñarlas, deben tenerse en cuenta los siguientes lineamientos:

- **Preguntas concisas:** las preguntas largas invitan respuestas largas, o pueden ser difíciles de contestar, lo cual invita complicaciones que pueden hacer que desdigan el propósito del examinador. Una buena pregunta debe propiciar respuestas “si” o un “no”.
- **Un hecho por pregunta:** debe preguntarse un hecho por pregunta. Cuando se hacen más, se confunde o complica el interrogatorio. Lo que es más, se diluye. Además, invita respuestas largas que invitan descontrol. Ello consume más tiempo del interrogador.
- **Ser breve:** el interrogatorio debe ser breve. Cuando largo, probablemente se está haciendo daño. Entre más tiempo se dedica a algo, más importancia se trasmite al evaluador. Trasmir importancia del testimonio del testigo contrario puede tener el efecto contrario al deseado.
- **Escuchar:** En su concentración muchos reciben la respuesta y pasan a la que sigue sin deparar sobre lo que se les ha dicho. Ello puede desperdiciar la oportunidad de explorar un aspecto importante de lo contestado, dejando cabos sueltos. (Ello incluye que la respuesta requiera una segunda pregunta para lograr el propósito deseado; también puede ser necesario seguir momentáneamente un camino diverso al originalmente planeado.¹⁹⁾ Por ende, al preguntar, debe escucharse activamente y con cuidado la respuesta recibida. Y sólo después de ello, debe continuarse con otra.²⁰⁾

Mientras que en la examinación directa el foco de atención es el testigo, en la examinación cruzada el foco de atención es el abogado que pregunta. Si hace bien el interrogatorio, podrá inteligirse lo que quiere transmitir al evaluador. Ello puede incluir el hacer ver por qué el testigo no está siendo veraz, está omitiendo algo relevante para el caso, se está contradiciendo, o cualquier otra circunstancia que la parte en cuestión desee sembrar en la mente del evaluador.

Existe diferencia de opinión (y praxis) sobre el alcance del interrogatorio cruzado. Para algunos, el interrogatorio cruzado se circunscribe a lo indicado en la testimonial (o, en su caso, en el interrogatorio directo) o las credenciales del testigo. Para otros (la visión inglesa), si ofreces un testigo, puede ser examinado sobre lo que sea: "*give me a witness and she's mine*" es el aforismo citado. Mientras que la primer visión tiene como motivo de apoyo evitar sorpresas, la segunda visión tiene como apoyo el argumento de exhaustividad: sea porque el testigo tiene conocimiento de algo, o existe un motivo (el que sea) para cuestionarlo, es (debe ser) posible cuestionarlo sobre lo que sea. Al fin y al cabo, el objetivo es averiguar la verdad.

Cualquiera que sea la postura preferida, el común denominador es que el objetivo del interrogatorio cruzado es demostrar que algo que se ha dicho merece ser matizado.

iii. Observación

Es muy raro ver un buen interrogatorio cruzado. Uno que sea útil. Que logre el propósito que el interrogatorio debe tener. Ello obedece a motivos atribuibles a los abogados de parte, los testigos y los árbitros. A su vez, por el esfuerzo intelectual que implica.

Respecto de los abogados de parte, es sorprendente la cantidad de (inclusive muy buenos) abogados que no sabe hacer una examinación cruzada. Y es frecuente observar no sólo no saben, sino que no saben que no saben. Como resultado, no se dan cuenta de cuán malo es su interrogatorio por el simple hecho que no tienen marco de referencia. Con qué compararla.

Respecto de los testigos, es frecuente observar testigos que no desempeñan bien el papel de ser testigos. O peritos que no saben ser peritos: expertos en ser expertos. Ello puede ser por motivos intencionales o no-intencionales. Puede ser que el abogado que los ofreció no les explicó su papel—algo frecuente. Por ende, incumplen reglas básicas sobre cómo contestar (por ejemplo, decir la verdad; contestar sólo lo que se les pregunta; y, notoriamente, *contestar*—muchas respuestas no son responsivas de lo que se les pregunta). Otro motivo puede ser nerviosismo;²¹ aun otro suponer que su papel es tratar

de 'echarle la mano' a 'su' parte. O puede ser que se entregue a la rivalidad que suele generarse entre el abogado que lo interroga y él. Como resultado, uno observa discusiones no sólo descorteses sino ásperas. Y cuando ello pasa, todos pierden—empezando por la verdad.

Los árbitros con frecuencia complican buenas examinaciones. Y se observa que un motivo de ello suele ser el mismo que el indicado sobre abogados de parte: no saben hacer una examinación cruzada. Por consiguiente, su actuar con frecuencia complica—particularmente por el hecho que su situación como evaluador hace difícil encausar constructivamente sus errores.²² Pero este no es el único motivo. Se observa con frecuencia por ejemplo que los árbitros interrumpen. Esto suele estropear el tempo que estableció el abogado que está interrogando, y puede hacer necesario tener que recomenzar el hilo de preguntas que transmiten el punto al que se desea llegar—lo cual es lamentable porque el tiempo es escaso (además de que la repetición puede invitar distracción). Otro motivo es que no saben cuándo meter las manos: cuándo ser firmes y cuándo no. Aún otro motivo es no poner atención. La examinación cruzada es un diálogo complejo en el cual mucho está ocurriendo como subtexto. Debajo de lo ostensible. Entre líneas. El que por ejemplo exista una contradicción suele no estar acompañado de una aseveración de existencia de interrogación—salvo que el abogado que interroga no sepa interrogar—por lo que la falta de atención tiene por efecto descuidar. Que dicho valioso elemento para la toma de decisión se cuele entre las ranuras de su distracción. Otro motivo es no conocer bien el expediente. Mucho de lo que se está comunicando depende de conocer las premisas de la discusión (jurídica y fáctica) tanto en los escritos como en las testimoniales. Por ende, carecer de dicho antecedente suele tener por efecto que el evaluador no entienda el porqué de una línea de preguntas.²³ Y ello a su vez invita distracción.

Finalmente, la ignorancia suele generar comentarios atrevidos de difícil manejo. La posición del árbitro²⁴ es tal que, aunque diga algo incorrecto, los abogados de parte probablemente no lo corregirán. Pero ello no resta que complican. Y a veces hasta dan

municiones a la otra parte para entorpecer. Por ejemplo, he escuchado a árbitros regañar a un abogado de parte por usar preguntas que contienen la respuesta (*leading questions*). También he visto a árbitros hacer un llamado a un abogado a preguntar distinto pues "simplemente acompañar la oración de la frase "¿correcto?" tiene (*sic*) 'poco valor probatorio'". En un caso (curiosamente con sede en Estados Unidos llevado por abogados de Estados Unidos) un abogado objetó el que las preguntas de su adversario a sus testigos eran '*leading*'. El segundo contestó "*of course they are leading; this is cross!*" Ante la respuesta poco clara y asertiva del Presidente (sin duda, producto de falta de claridad sobre el hecho que en la examinación cruzada son bienvenidas las *leading questions*) ello se repitió varias veces, generando complicaciones y pérdida de tiempo. El abogado obstructivo logró su cometido. Y la respuesta tibia del Presidente fue la semilla de la irrupción.

En la examinación cruzada las preguntas deben ser *leading*; deben contener la respuesta. Por ende, hacer un llamado de atención por ello lo que demuestra es yerro *del evaluador*. A su vez, el añadir la frase "¿correcto?" o "¿verdad?" al final de una aseveración para convertirla en interrogación es una forma perfectamente válida y usual de hacer examinación cruzada. Y *per se* ello nada resta al peso probatorio de la respuesta. (Si fuera en examinación directa o re-directa la aseveración tendría mérito. Pero ello se observa que no queda claro a muchos.)

Este es uno de los motivos por los cuales es útil que los árbitros sean también abogados de parte:²⁵ las realidades (particularmente dificultad) de representar en un caso son fácilmente olvidadas o subestimadas por quienes sólo se dedican a actuar como árbitro—o el académico que es árbitro primerizo. Salvo que se cuente con una trayectoria como abogado de parte, actuar como árbitro puede tener el efecto de 'subirse al púlpito', perdiendo dimensión de lo difícil de la labor que están presenciando invitando "*Monday-Morning Quarterbacking*". Algo así como los espectadores que critican al torero, nunca antes habiendo toreado.²⁶ **Para evaluar un *quehacer*, es necesario saber *hacer*.**

iv. Precauciones

El interrogatorio cruzado es una actividad altamente riesgosa. Debe hacerse sólo cuando queda claro qué se desea lograr. Y debe ser fruto de mucha preparación. Existe una regla rápida que suele decirse: por cada hora de examinación cruzada debe haber 10 horas de preparación. Aunque parezca exageración, no lo es. (Es probablemente por que no se cuenta con dicha preparación que la mayoría de los interrogatorios no son buenos.)

Cuando un interrogatorio es bien hecho bien puede ser el aspecto más estimulante de un caso, tanto para el interrogador como el evaluador. No sólo por la adrenalina y emoción que corre, sino por que se trata de un auténtico esgrima intelectual. Y es en los espadaos donde se ve el nivel (intelectual) de los adversarios. Cuando sucede bien, es algo en verdad digno de observar. Un arte.

v. Mandamientos de la interrogación cruzada

Irving Younger dio una conferencia ante la Conferencia anual de la *American Bar Association* en agosto 1975 donde propuso lo que llamó los 10 mandamientos interrogatorio cruzado. Estos son de tal tino, que vale la pena reproducirlos:

- Mandamiento 1: Ser breve.
- Mandamiento 2: Usar palabras sencillas.
- Mandamiento 3: Usar preguntas que contienen la respuesta.
- Mandamiento 4: Estar preparado.
- Mandamiento 5: Escuchar.
- Mandamiento 6: No discutir.
- Mandamiento 7: Evitar repetición.
- Mandamiento 8: Evitar explicaciones del testigo.
- Mandamiento 9: Evitar demasiadas preguntas.
- Mandamiento 10: Guardar el *punch* para alegato final.

Con humildad, propondría los siguientes como adicionales:

1. **Saber cuándo parar:** Es frecuente diluir mediante sobre-exposición del punto. Como dice el adagio: *stop drilling when you hit oil.*
2. **Saber cuando abandonar:** cuando una línea de interrogación no esté llegando a nada, más vale dejarla y cambiar a otra.
3. **Si vez peligro, esquiva:** si se observa que existe una probabilidad alta que el camino que se está siguiendo puede desembocar en un lugar indeseable para el caso, cámbiese de camino lo antes posible.
4. **Referencia de anexos:** Referirse bien a las pruebas relevantes para el interrogatorio, de preferencia haciendo un paquete por testigo anexando a la misma la prueba que ya obra en expediente. Si bien genera algo de duplicidad, facilita al árbitro seguir la examinación y por ende evaluar.
5. **Dejar en paz:** Si no está roto, no lo arregles. Como dice el viejo adagio: *If it aint broke, don't fix it.*

C) EXAMINACIÓN RE-DIRECTA (REPREGUNTAS)

El propósito de la examinación re-directa (también conocido como 'repreguntas') es *remediar*. Corregir el daño que se pudo hacer en la examinación cruzada, si es que es posible. También puede ser esclarecer algo que quedó pendiente. Por ejemplo, puede ser que, aunque la respuesta del testigo fue un "sí", indicó que había algo que añadir, y el abogado que lo interrogó no le permitió continuando con la siguiente pregunta.²⁷

El género 'remediar' tiene cuatro especies:

1. **Dar contexto:** contextualizar la respuesta que se dio en examinación cruzada y que sin el contexto podría entenderse de forma equivocada o distinta a lo que en verdad debe entenderse.
2. **Aclarar:** es posible, y frecuente, que el testigo no haya entendido la pregunta. Sea que haya sido mal planteada o por cualquier otro motivo, puede ser necesario

replantear la pregunta para que la respuesta aclare lo que pudo haber sido una respuesta basada en una pregunta entendida de forma diversa.

3. **Completar:** frecuentemente el testigo es forzado a dar una respuesta “si” o “no” a una pregunta que no puede encasillarse en dicho resultado sin ser simplista. En dicho caso, el examinador debe retomar la respuesta en examinación de re-directa para permitir que el testigo se expone en lo que no se le permitió.
4. **Corregir:** este es el escenario más difícil. Ello pues, de haberse dado una respuesta que lastima el caso, puede ser que lo mejor sea no repasarla en examinación redirecta. El motivo: puede enraizar en vez de mejorar. Por ende, la decisión de hacerla es táctica. Pero si se decide hacerla, debe estar claro qué se está buscando.

El alcance de la examinación redirecta se ciñe a los temas tocados en la examinación cruzada. Ello atento al propósito explicado de ir cerrando la litis. (De lo contrario, se permitiría tocar algo que no pudo abordar quien interrogó cruzadamente, lo cual sería injusto, pues probablemente no habrá oportunidad después para aclarar.)

Debe pensarse con cuidado re-preguntar. Si no se hizo daño, es muy comunicativo el que se diga “Señor(a) Presidente, no tenemos preguntas”. Querrá decir que el contenido de la examinación cruzada fue tal, que no merece ser aclarado. (Léase: quien interrogó no logró hacer daño alguno.)

El formato a seguir sobre el alcance de las preguntas es “de embudo”: la litis se va cerrando. Las preguntas en interrogatorio directo deben versar sobre la testimonial por escrito. Y las preguntas en interrogatorio cruzado deben versar sobre lo que obra en el testimonio y el interrogatorio directo. Las preguntas en repreguntas deben ceñirse a lo preguntado en el interrogatorio cruzado.

D) EXAMINACIÓN RE-CRUZADA

Aunque raro, en algunos casos se observa que las partes y tribunal pactan que, después de la examinación directa, puede tener lugar una segunda ronda de examinación cruzada,

que se circunscriba a lo preguntado en la examinación directa. El propósito es exhaustividad y equilibrio—pues algunos consideran que la estructura tradicional examinación directa-cruzada-redirecta le da una ventaja al oferente por encima de la otra parte. Si se añade un eslabón de examinación adicional, se habrá equilibrado el ejercicio, pues (i) habrán podido intervenir dos veces ambas partes, no sólo quien ofrece; y (ii) concluye alguien distinto del que empieza.

E) OBJECIONES

Las objeciones tienen un papel que jugar, pero no es el mismo que en procesos conforme al *common law*. Mientras que en éste su objeto es cerciorar que el régimen del derecho probatorio es resguardado de tal forma que no entre al expediente material probatorio que no lo respeta, en arbitraje suele no existir un cuerpo normativo sobre reglas de prueba que cuestionan su admisibilidad como ocurre en *common law*. El motivo: el evaluador en *common law* es un órgano no entrenado para ello: el jurado. En arbitraje, el evaluador es un órgano especializado. Entrenado y dedicado a evaluar. Per se, ello explica que no exista el nivel de preocupación—de corte tutelar—que se observa en *common law*: las partes escogen especialistas.

Por lo anterior, mientras que las objeciones son frecuentemente vistas en procesos de *common law*, son infrecuentemente observadas en arbitraje. Lo que es más, no son bien vistas. Se citan con frecuencia como ejemplo de lo que no debe hacerse en arbitraje—por lo menos no cómo se hacen en dichas jurisdicciones. De ocurrir, lo más probable es que sea mal visto por el tribunal arbitral.²⁸

La posibilidad de objetar existe en procesos *common law* puesto que es la forma en que se cerciora la aplicación del (complejo) régimen de pruebas—algo muy distinto al proceso civil y al arbitraje internacional. Partiendo de la premisa que en los procesos del *common law* es un evaluador no-entrenado el que realiza las determinaciones fácticas (el jurado), siendo que existe un régimen de admisibilidad de pruebas que es arduo y plagado de sutilezas, la forma en que ello se hace cumplir es mediante la herramienta de la objeción. Sin embargo, ello no ocurre en arbitraje. No sólo por que el evaluador es un profesional

especializado, escogido por las partes justamente por dicho motivo, sino también por que el régimen de pruebas suele no ser semejante al del *common law*. Ello explica que los árbitros sean laxos en la forma en que se interroga, y poco ávidos a aceptar objeciones.

Pero ello no quiere decir que no deban existir objeciones. Puede haberlas. Pero son mucho menos en volumen, en su agresividad y en sus objetivos.

En cuanto a volumen, mientras que en los procesos *common law* existe una enorme cantidad de motivos para objetar, en arbitraje son visibles solamente:²⁹

- **Fuera del ámbito:** como se explicó, el alcance del interrogatorio tanto cruzado como re-directo lo define el paso previo. En el caso del cruzado, se define por el contenido de la testimonial por escrito y por lo preguntado en interrogatorio directo. En interrogatorio re-directo, se define por el alcance de lo preguntado en interrogatorio cruzado. Si una pregunta rebaza dicho espacio, estará fuera del ámbito. Y por ende no debe ser permitida.
- **Pregunta respondida:** en la medida que una pregunta haya sido contestada, puede objetarse su repetición.
- **Argumentativa:** el interrogatorio debe ser justamente eso: un interrogatorio. No es el momento de argumentar. En la medida que una pregunta sea retórica, argumentativa, no cumple el propósito, y por ese motivo no debe ser tolerada.
- **Especulativa:** el objeto de un testimonio es transmitir lo percibido con los sentidos, no dar opinión, y mucho menos especulación.
- **Irrelevancia:** las preguntas deben guardar relevancia con el objeto de la testimonial y del caso. En la medida que no lo guarden, pueden ser reprobadas. (Este es un motivo que suele ser poco exitoso, pues la relevancia o falta de relevancia de una pregunta suele con frecuencia no ser clara; y en cambio trae aparejada su sanción: consume el (escaso) tiempo existente. Por ende, son frecuentemente toleradas.)
- **Pregunta legal:** cuando se examina a un testigo o perito, en principio no se deben hacer preguntas jurídicas. (Sin embargo, la regla puede recibir excepciones en la

práctica por motivos diversos. Por ejemplo, si el punto de partida de la aseveración es una disposición contractual, puede ser relevante referenciar el mismo. Otro ejemplo lo son casos de construcción en donde es una especificación técnica contractualmente definida lo que está en discusión.)

- **Ausencia de conocimiento directo:** La ausencia de conocimiento directo, conocido como “hearsay” en *common law*, es un motivo para cuestionar la admisibilidad de un testimonio. En arbitraje, ello suele ser motivo para restar peso probatorio más que declararlo inadmisibile, pero se observa que algunos admiten dicha objeción.
- **Exposición incorrecta de la prueba:** puede pedirse que se rectifique una exposición incorrecta de una prueba a efecto de evitar una respuesta que parta de una premisa falsa. (Algunos no la admiten razonando que ello puede corregirse en examinación re-directa, por lo que su rechazo *in límite* en examinación cruzada es improcedente.)

Las objeciones en arbitraje son poco frecuentes—y poco bienvenidas. Por ende, al hacerlas se sugiere:

- (a) **Ser cortés:** una objeción áspera probablemente reciba una respuesta negativa del tribunal arbitral.
- (b) **Estar listo:** El abogado que haga la objeción debe siempre poder explicar la objeción de inmediato, en forma breve y contundente.
- (c) **Calma:** es esencial mantener la calma cuando se hagan las objeciones.
- (d) **Acatar y continuar:** Cualquiera que sea el resultado, continuar. No discutir con el árbitro si la respuesta no es la deseada – inclusive si el árbitro se equivoca.³⁰
- (e) **No discutir:** ni con el árbitro ni con el abogado contrario. Respecto del segundo, la discusión debe dirigirse al tribunal arbitral, no al adversario.

Las objeciones son un reto—y para todos. Tanto quien las hace, como el abogado objetado, como el tribunal arbitral. Siendo que suelen ser respondidas en tiempo real, quien hace la objeción debe poder articular el motivo en forma instantánea en una oración.

Quien responde debe poder hacer lo propio: contestar de inmediato por qué no es procedente la objeción. Y el tribunal arbitral debe decidir de inmediato. En tiempo real. Por lo general, ello es tarea del Presidente, quien es quien dirige la audiencia. Si la objeción suscita más complejidad, o un punto más fino a resolver, no es mala idea detener un momento la audiencia, para que el tribunal arbitral salga y delibere *in camera* sobre la procedencia de la misma. Mientras ocurre, el testigo o perito no debe contestar. Y las partes deben respetar el intercambio ocurrido, sin pedir demasiadas intervenciones al respecto; de lo contrario, se afecta el *tempo* de la audiencia.

Decidida la respuesta a la objeción hay tres cosas a considerar. *Primero*, quien debe soportar el tiempo de la misma. Ello es de difícil generalización. Una regla rápida es que se cargue a quien propició el intercambio; es decir, a quien no prevalezca del mismo. *Segundo*, qué respuesta debe merecer de las partes. Se propone que la respuesta debe, como regla, siempre ser aceptación. Inclusive cuando haya yerro del tribunal (lo cual puede ocurrir pues todo ocurre en tiempo real, y *errare humanum est*). La excepción puede ser que se propicie un gran desequilibrio procesal. Sólo en ese caso debe merecer más acción—y aún así debe mantenerse al mínimo, so pena de generar desagrado por entorpecimiento del proceso.

3. COMENTARIO FINAL

Interrogar es un arte. Ello pues comunica un algo a través de aquel (bello) medio de comunicación que es la sensibilidad artística.³¹ Lo que ahora deseo destacar es que el interrogatorio tiene un papel formidable que jugar en arbitraje. Permite escudriñar; indagar; decantar la verdad de lo que de otra manera sería un acervo frío e interpretable de muchas maneras. Es la forma en que se pueden resolver dilemas que los practicantes hemos vivido y detectado desde hace mucho,³² y que el medio arbitral internacional está en vías de poner bajo la lupa.³³ En pocas palabras, un buen interrogatorio es arte—útil (desde una perspectiva consecuencialista; utilitaria).

Con el paso del tiempo lo que ahora deseo decir como comentario conclusivo es que es mi sincero deseo que este ensayo detone una discusión. Que abra los ojos de

abogados y árbitros para reconocer que hay una mejor manera de hacer las cosas en nuestra disciplina. Y de hacerse, podemos lograr mejor los (importantes) fines de aquellas (estimulante) herramienta que tenemos en nuestras manos, y que tanto puede hacer para satisfacer necesidades de nuestra región: *el arbitraje*.

NOTAS Y BIBLIOGRAFÍA

- ¹ En su sentido jurídico. A veces inclusive generan jurisprudencia.
- ² El lector con nociones filosóficas (epistemológicas) apreciará de inmediato que la aseveración parte de la premisa que *la* verdad no existe; depende del ángulo conforme al cual se mira. *La* verdad no es *una*. Cada quien tiene *su* verdad. Y esta depende de la perspectiva de la parte. De allí la gran lección que es frecuentemente utilizada en los mecanismos de solución de controversias: para que dos personas se peleen no se necesita un bueno y un malo. Se necesitan dos personas con *perspectivas diversas*. Con verdades distintas. En la medida en que estas se conjuguen con intereses opuestos, se detonará la controversia.
- ³ La exposición del punto busca dejar entrever que el ejercicio no es perfecto. De allí que la experiencia arroje instancias de contradicción. Ello no es un síntoma de imperfección de la herramienta sino imperfección de la habilidad humana de tomar conocimiento.
- ⁴ La aseveración es una generalización, y por ende es inexacta para ciertas cuestiones específicas. Sin embargo, como generalización es válida.
- ⁵ González de Cossío, Francisco (2017). *El arte del interrogatorio en: Destrezas legales en el litigio arbitral*, Lima, Perú (en edición).
- ⁶ Leo Tolstoy, *WHAT IS ART?*, Roads Classics, Dublin, Ireland, 1897, 2014.
- ⁷ Tolstoy dice en su obra *What is Art?* que el arte establece una 'relación' entre el artista y su observador, cuyo medio de comunicación es esa (dichosa) habilidad del humano de sintonizar con lo que siente el autor de una obra. (Id. p. 63.) Sugiero al lector que así ocurre con el interrogatorio: gracias a aquella (interesante) habilidad de leer entre líneas, el observador puede inferir (o abducir). Llegar a una conclusión en base a un conjunto de circunstancias y el testimonio sobre las mismas.
- ⁸ En este ensayo me referiré a las preguntas que contienen la respuesta como 'cerradas'. Existen muchas formas de aludirlas ('insidiosas' o '*leading questions*'). Por concisión, las aludiré de esta manera para distinguirlas de su opuesto: las preguntas 'abiertas'. Un comentario de cultura jurídica es relevante. En muchos sistemas este tipo de preguntas se prohíben pues se parte de la premisa que su objetivo es lesionar – de allí el título 'insidiosas'. Sin embargo, bajo la praxis del *common law*, el objetivo no es tanto lesionar como lo es controlar. De allí su nomenclatura en inglés: '*leading questions*'.
- ⁹ Algunos dicen que no hay prohibición de hacer preguntas cerradas en examinación directa, pero admiten que su peso probatorio es bajo (DIRECT AND RE-DIRECT EXAMINATION, Anne Véronique Schaffer y Vanessa Alarcón Duvanel, en THE GUIDE TO ADVOCACY, Global Arbitration Review, Stephen Jagusch y Phillippe Pinsolle (eds.), 2017, p. 53).
- ¹⁰ El artículo 8(2) de las *IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration* alude a pruebas que no sean "*unreasonably leading*".

-
- ¹¹ Quien lo defiende aduce que ello es útil pues el ser interrogado es estresante. Gracias al *warm-up*, se puede hacer entrar en confianza al testigo o perito.
- ¹² Uno observa con frecuencia que las partes llaman expresamente al testigo, a veces haciendo que incurra en gastos de viaje no insignificantes y pérdida de tiempo, para luego, al momento de decidir examinar o no, simplemente decir que no lo hacen. La actitud observable es que la parte que hace esto actúa como si fuera muy astuto. Y si la contraparte no conoce la regla, probablemente se lleve un revés del árbitro cuando pida examinar no obstante lo ocurrido. En mi opinión, no es astucia lo que en verdad se observa. Es deseo de esconder o de molestar. No debería ser tolerado. No sólo por los motivos evidentes, sino porque se perdió la oportunidad de transmitir al evaluador (el árbitro) algo que debe saber para bien-decidir. Y el objetivo de la audiencia era justamente permitir que tome conocimiento de lo ocurrido.
- ¹³ No estoy sólo en esta propuesta. La he hecho en algunos casos y conferencias, con resultados poco fructuosos lo admito. Pero observo que, al dialogarlo con otros, no estoy sólo. Además, una obra reciente apoya esta visión (Schlaepfer & Alarcón, *ob. cit.*, pp. 48 y 50).
- ¹⁴ Lo ocurrido en *A Few Good Men* cuando Tom Cruise (Daniel Kaffé) examina y hace enojar a Jack Nicholson (coronel Jessep), logrando que confiese, es un caso dramático del punto. Pero así es Hollywood.
- ¹⁵ En lo sucesivo, por simplicidad, aludiré sólo al testigo. Sin embargo, la descripción es aplicable a ambos (a menos que el contexto indique lo contrario).
- ¹⁶ La práctica más observada es la del reloj de ajedrez: distribuir el tiempo de la audiencia en partes iguales, y deducir del total asignado el monto consumido. Todo con miras a permitir que cada parte tenga la misma oportunidad de presentar su caso.
- ¹⁷ En un caso reciente, mi adversario objetó mis preguntas por que contenían la respuesta. La objeción demuestra ignorancia de la técnica del interrogatorio. Así es justamente como se hace. Y el (experimentado) Presidente del Tribunal Arbitral así lo decidió – cosa que no siempre ocurre con presidentes menos adiestrados.
- ¹⁸ Digo “probablemente” pues puede suceder que la respuesta no pueda ser contestada con un “sí” o un “no” no por mal diseño sino porque la realidad no puede ser encajonada en una respuesta estrecha. Es decir, requiere explicación. Pero para ello es la examinación re-directa; las repreguntas. En contexto de la examinación cruzada, el objetivo debe ser controlar.
- ¹⁹ En la guerra la estrategia debe acomodarse al contrincante. Y el litigio es la guerra.
- ²⁰ Un beneficio adicional de esto es que se permite un ritmo que permita al evaluador digerir la información recibida.
- ²¹ Ser testigo suele ser una experiencia estresante. Aunque en la experiencia de este autor en muchos casos acaba siendo una experiencia de vida interesante, en otros el testigo es vencido por sus nervios.
- ²² Otro motivo puede ser que el árbitro sea parcial y desee estropear. Sin embargo, ello es un problema distinto que no evoca el objeto de este ensayo. Por ende, no lo abordo.
- ²³ He observado muchas actitudes, y escuchado aseveraciones, de desesperación que lo que comunican es que el evaluador no está en sintonía con el subtexto de lo que está pasando. Invito, distinguido lector, que medite sobre ello: atestiguar durante 4 o 5 horas (con frecuencia más) una línea de preguntas sobre una cuestión que no se entiende es fácil que genere desesperación. Que agote la paciencia del observador. Es cierto que ello puede ocurrir por malas preguntas, pero también sucede que ocurre porque el observador no está en sintonía con las sutilezas de lo que se está preguntando. Y ello puede ser resultado de no conocer el expediente.
- ²⁴ Que no sería exagerado decir que genera lo que en teoría del acto jurídico se conoce como ‘temor reverencial’.
- ²⁵ Lo cual es una de las varias contestaciones a la preocupación de algunos del llamado “*Double-Hat*”: abogados que actúan tanto como árbitros como representantes legales en casos distintos. La puerta circulatoria

abogado/árbitro permite complementar una formación. Mucho se aprende como árbitro cuando se actúa como representante de parte sobre (*inter alia*) la dificultad de enderezar una acción exitosa—y para evaluar bien es necesario saber hacer (una lección que aprenden todos los que administran: el líder tiene que conocer *el todo*, tanto individual como colectivamente, so pena de gerenciar miopemente). Y mucho se aprende como abogado de parte sobre (*inter alia*) la forma de presentar la acción para facilitar su aceptación. Prohibir actuar en ambas capacidades no sólo es sobre-prohibitivo (pues la exigencia de independencia e imparcialidad es suficiente para lograr el propósito deseado), sino supóptimo: desperdicia oportunidades y el perfeccionamiento de destrezas jurídicas que son mutuamente complementarias.

²⁶ Además, se trata de una habilidad. Y las habilidades se refinan justamente incurriendo en errores. Mediante el proceso de aprendizaje ensayo/error. Nadie nació sabiendo cómo interrogar, de la misma manera en que nadie nació siendo nadador. Eso es lo que Johnnie Cochran y Michael Phelps tienen en común: su habilidad se hace a través del esmero y de recoger las lecciones que los errores (la experiencia) enseña. Por ende, irónicamente, cometer errores en esta materia no es en sí deplorable, es el antecedente de la pericia.

²⁷ Lo cual en sí no merece reproche. Tal es la estructura de la examinación cruzada.

²⁸ Y nunca debe objetarse la pregunta de un árbitro.

²⁹ No es mi intención hacer una lista *números clausus* sino orientar.

³⁰ Recuérdese que la solución de las objeciones ocurre en tiempo real, generalmente por el Presidente del tribunal arbitral sin consultar con sus coárbitros. Como toda decisión rápida, su rectitud puede no ser la ideal, inclusive puede haber inconsistencia. Lo importante en dicho contexto es acatar y avanzar. Evitar irrumpir el tiempo, o consumir demasiado tiempo.

³¹ Así como el arte eleva, el interrogatorio eleva.

³² Todos hemos enfrentado testigos que faltan a la verdad. Y los expertos que ajustan su opinión a lo que la parte que los contrata desea son, lamentablemente, la regla.

³³ Por ejemplo, existe un interés actual sobre cómo lidiar con las testimoniales. Asegurar que sean veraces, y no producto de la guía, (a veces pluma) de los abogados de parte. Uno observa grupos de trabajo creados para atender esta cuestión, así como atención y discusión sobre ello en foros distintos. Ello no ha estado exento de iniciativas, la mayoría no muy buenas, algunas abiertamente malas. La solución—se propone—es someter al testigo a un buen interrogatorio. Así, la verdad saldrá a relucir.

EL PRURITO DEL PERITO



Francisco González de Cossío

Socio de González de Cossío Abogados S.C. Es experto en arbitraje. Su actividad principal es actuar como árbitro en todo tipo de casos, particularmente de complejos. Áreas de especial experiencia y actividad son construcción y energía. También actúa como abogado de parte y experto. Obtuvo su licenciatura en Derecho en la Universidad Iberoamericana. Cuenta con una maestría y doctorado por la Universidad de Chicago (en análisis económico del Derecho), así como un grado de negocios y finanzas por la Universidad de Harvard.

Resumen

En las disputas complejas, incluyendo las de construcción, los expertos juegan un papel clave. El contenido y alcance preciso del mismo es sin embargo malentendido en lo conceptual y mal-implementado en la praxis. Como resultado, con frecuencia, la participación de expertos dista de ser lo que podría —y debería— ser. En los casos en los que la pericia es un insumo necesario, la consecuencia de lo descrito oscila entre desperdicio y oportunidades perdidas hasta desastre. Decisiones divorciadas —y con frecuencia erróneas— de la ciencia técnica sobre las que versan.

El escenario puede parecer pesimista; melodramático inclusive. Sin embargo, no es irrealista. A continuación, se expondrá el origen del problema (§I) para luego ofrecer una solución (§II).

I. MALENTENDIDO

Se observan diferentes formas de entender el papel del perito. Por ejemplo, hay quien entiende al perito como un aliado del equipo que representa a la parte en el proceso, cuya lealtad expositiva se debe a quien lo nombró. Como resultado, todo lo que el perito hace, dice y omite tiene una finalidad: *defender*. Exponer el

punto técnico de la manera que más asiste a quien lo ofrece (en verdad, su cliente).

Existe otra visión, sin embargo. Hay quien entiende al perito como una persona que debe *ilustrar*, no *abogar*. Debe transmitir las normas de la ciencia en la cual es experto al tomador de decisión (juez o árbitro). Ello debe incluir traducir del lenguaje técnico al común y corriente para que sea entendido por el juzgador—en sí, un experto en otra materia (la jurídica).

Esta concepción con seguridad atraerá comentarios diversos. Desde crítica, hasta matices, incluyendo quien la considere inocente, señalando la práctica cotidiana como evidencia de ello. Y es de admitirse que el crítico encontraría más apoyo del que nos gustaría admitir. Aunque el señalamiento, es de admitirse, sería correcto (por lo menos en un número importante de casos), ello no quiere decir que no haya una mejor manera de hacer las cosas. Un ideal que perseguir. Y dicho ideal tiene implicaciones pragmáticas importantes. Las comentaré (§b), no sin antes aludir a los síntomas visibles en la postura contraria (§a).

A. SÍNTOMAS

El problema descrito tiene síntomas que con probabilidad el lector experimentado ha vivido. Por ejemplo:

1. Es raro encontrar un perito que difiera de la parte que lo nombra. Es cierto que esto *podría*¹ explicarse por el hecho que un abogado no va a presentar una pericial que no sirva a su causa. Luego entonces, si hizo su trabajo bien, la opinión elegida será consistente con la postura defendida. Pero el hecho también puede ser comunicativo de algo diverso: que

el perito esté presto a decir lo que se le pida. Afortunadamente hay maneras de distinguir.

2. El contenido de la pericial tiende a ser argumentativo. Ello es *in natura* diverso a lo que un perito debe hacer. Un perito debe *ilustrar*, no *abogar*, para eso están los abogados.
3. En la examinación cruzada durante la audiencia frecuentemente se observa que peritos son gelatinosos en su actuar. En ocasiones, lejos de contestar, buscan evadir. Ello es comunicativo. Su comportamiento es parecido al de un pez que desea escaparse de las redes—algo muy distinto a dar una contestación sincera.

Como puede observarse, se observa una marcada diferencia de práctica sobre lo que se *dice* que es el papel del perito, y lo que se *hace*. Y como dice el dicho: “el árbol se ve por sus frutos”.

B. CONSECUENCIAS

Bajo la aproximación que crítico, algo se pierde. Si se acepta como regla, el resultado será que el juzgador *siempre* tiene una visión parcial y sesgada del componente técnico de la disputa. Y en ausencia de mecanismos correctores,² sus opciones al juzgar oscilarán entre tener que tomar una decisión con información subóptima, hasta verse obligado a escoger de entre dos polos el menos extremo o irracional. Siendo que no habla el idioma—no es experto en la materia cuya exposición está en vías de analizar—es justificado suponer que su apreciación será imperfecta, ya sea en la mayoría de los casos o siempre. Resultado: en el mejor de los casos, decisiones basadas en tierra movediza conceptual. En el peor—y más probable: fallos erróneos. Y cuando el

hecho técnico a ser determinado sea lo que actualice la hipótesis normativa de la cual se derivarán consecuencias legales, el yerro propiciado por el fenómeno denunciado bien puede afectar la rectitud del laudo *en su totalidad*.

Como puede verse, la práctica que cuestiono es peligrosa. Puede demeritar el núcleo de la decisión, o aspectos importantes de ella. Es por ello por lo que se propone revisitarla. La postura “inocente” merece ser defendida puesto que incrementa la calidad del sistema, así como la percepción ética del mismo. Ambos motivos son individualmente suficientes para defender el postulado. El que una forma de usar una herramienta procesal sea *per se* más conducente a la calidad del sistema *in toto* es motivo suficiente para apoyarlo. Pero además, el que incremente *la percepción* de que el sistema es mejor—más limpio—es *en sí* un motivo independientemente suficiente para defenderlo.

II. EL PAPEL DEL PERITO

A. EL IDEAL

El Perito debe *ilustrar*. Orientar. Influir en el componente técnico de la decisión que tome el árbitro. Para ello, debe comunicarse con profundidad y con sinceridad con el juzgador sobre los puntos técnicos evocados por la litis que está en vías de juzgar. Y su lealtad está con el juzgador, no con la parte.

Cuando un aspecto de la disputa es técnico, no es exageración decir que el árbitro (que no conoce la ciencia relevante y necesaria para aquilatar el aspecto técnico de su decisión) está en manos del perito. Si el perito informa bien, es más probable que el fallo salga bien. Y lo inverso es igualmente cierto.

B. DIFICULTAD

Es raro observar que el perito se desempeñe en la forma sugerida;³ pero en los

casos en que ha ocurrido, el resultado ha sido muy positivo. Por ende, vale la pena entender el motivo de la infrecuencia a efecto de fomentar el resultado.

Sospecho que la infrecuencia obedece a un doble factor. *Primero*, el estatus actual de la praxis es tal que la estrategia dominante al escoger un perito tiende a ser contraria al ideal aquí defendido. Proponer a un perito 'inocente' puede⁴⁴ implicar una desventaja procesal—pues lo más probable es que la otra parte proponga un perito 'dúctil'. Y ello detona una espiral negativa: partes deseosas de hacer un uso correcto del instrumento pericial pueden verse orilladas a 'jugar sucio' (escoger un perito maleable) para cerciorarse que contrarrestan a su adversario. Hacer lo contrario ('jugar limpio') puede sentirse inconveniente por inocente. *Segundo*, dada la práctica actual, existirá un manto de sospecha sobre el experto propuesto por una parte. Por ende, es posible que hayan existido casos de peritos correctos, 'inocentes', que hayan pasado desapercibidos.

Experiencias recientes me hacen pensar que este factor puede ser mucho más frecuente de lo que nos damos cuenta. En un caso reciente e importante, la energía con la que los representantes de una parte hacían ataques *ad hominem* al perito—y no sólo en el contexto del asunto, sino en foros académicos y tras bambalinas—es evidencia de que estaban convencidos que el perito actuaba con sesgo, no obstante que no era el caso.⁵ Y cuando alguien está convencido de algo, la evidencia en contra se descuenta—consciente o inconscientemente.

En el caso que tengo en mente, el perito hizo esfuerzos significativos para hablar con franqueza y expresar una opinión objetiva.⁶ En respuesta, tanto el perito contrario como los abogados que lo presentaron se dedicaban a atacarlo *en lo personal*, más que a refutar su dictamen. Al hacerlo, *inter alia*, se intentaba

insinuar contradicción entre lo que explicaba en su dictamen y sus escritos académicos.⁷ Lo ocurrido puede parecer normal: se trata de una táctica frecuente y aceptada tanto en proceso (arbitral y otro) tanto nacional e internacional. Mi punto no es mostrar extrañeza con la táctica, sino cómo, aun en casos en que el experto se esmera por ser sincero y no sesgado, es visto con sospecha y atacado. Ello es resultado de lo acendrado de la praxis actual. En el caso que aludo, llamaba la atención el (enorme) esfuerzo que el perito hizo para hablar con franqueza, incluso admitiendo debilidades de *su* dictamen cuando preguntado.

He ponderado sobre dicho incidente y tiendo a pensar que lo ocurrido se explica por el mecanismo de defensa llamado “proyección”: vemos en otros los defectos que encarnamos. Es decir, el dicho bíblico “ves la paja en el ojo de tu hermano y no la viga que llevas en el tuyo”⁸ tiene raíces psicológicas defensivas.

Al margen del resultado propiciado por el fenómeno psicológico, y dejando de lado la descortesía profesional (a veces personal), *esta forma de argumentar pierde algo*. Ese algo es elocuentemente expuesto por Mario Vargas Llosa en su ensayo *las Reglas del Juego*:⁹

...Parece casi fatídico que las polémicas, entre nosotros, al margen de los asuntos que los motiven, se reduzcan tarde o temprano a tratar de descalificar moralmente al adversario. Más importante que rebatir sus ideas es sumirlo en la ignominia, aunque sea con golpes bajos como el insulto y la calumnia. Estos métodos pierden a quien los emplea en los países cultos, aquellos en los que se considera que el juego es tan importante como las reglas del juego. En los nuestros, no. Quien degüella al adversario, también ganó la discusión y se le llama, con justicia, «temible polemista». ... Todo esto tiene un lado triste, porque simboliza nuestro atraso. Pero también es cómico, chispeante, vital...

La crítica de Vargas Llosa no sólo es atinada; es ubicua y conspicua. Lo que es más, contiene el mensaje que se desea transmitir en este ensayo: el prurito del

perito debe ser comprender que tan importante como el juego es seguir las reglas del juego.

Nunca dejaré de impresionarme por la frecuencia con la que quienes más incurren en la praxis criticable se la reprochan a otros—con frecuencia sin mérito.¹⁰ Como indiqué, sospecho que ello es un caso freudiano de *proyección*—inclusive *transferencia*— como mecanismo de defensa. Pero cualquiera que sea el motivo, el punto merece atención por los motivos señalados por Vargas Llosa: *nos arrastran a niveles bajos de discusión*. De hecho, mi única diferencia con respecto a la (dura pero aguda) crítica de Vargas Llosa es que el panorama visible sea cómico. Dista de serlo. El motivo: su consecuencia. Como resultado de la práctica que cuestiono se priva al proceso de un insumo importante: pericia inteligentemente expuesta. Como resultado, el fallo sufre. Dista de lo que podría ser.

Por ende, no obstante la dificultad, vale la pena defender la práctica aplaudida. Los motivos son los descritos: la mejora de la calidad del sistema de solución de controversias y su percepción—dos fines independientemente suficientes para dar el paso defendido. Como diría Vargas Llosa: *es tan importante el juego como las reglas del juego*. Esto debe ser el prurito del perito.

C. UNA SUTILEZA: DEFENDIENDO SIN ABOGAR

La postura encomiada no es incompatible con defender; siempre que verse sobre lo correcto y se haga de la forma correcta. Me explico.

Un perito puede defender siempre que la defensa verse sobre su opinión, no la parte o su postura en proceso. Además, hay un cauce apropiado para ello. Ello es legítimo si constituye la opción que merece la aprobación o preferencia

dentro de las opciones *posibles* bajo los cánones de la ciencia en la cual se especializa. Lo que no es correcto es falsear. Sobre- o subexponer. Aprovechar la ignorancia del árbitro para exponer una postura falsa, o como si fuera la única, o como si las opciones fueran tan improcedentes que no merecen ser aludidas— convenientemente aquellas que no sirven al caso de quien lo designó (su cliente).

Esto último es importante, pues existen periciales que refugian sesgo bajo el argumento que es *su* opinión. Dado que discernir es difícil, por esta ranura se cuele actividad indeseable. Para distinguir propondría que la estrella polar del actuar debe ser que la opinión que el perito tenga y presente debe resistir análisis bajo los cánones de la ciencia en que se presenta. Es decir, bajo el manto de “mi opinión” no se puede decir lo que sea.

Esto último detona un dilema. Como es sabido, mucho del crecimiento y mejoría del conocimiento se le debe a los pensadores que cuestionaron un paradigma y tuvieron el valor de sostener una postura minoritaria hasta que, pasado el tiempo y después de sujetarlo a la dialéctica, se hizo *mainstream*— incluyendo quienes sostenían la postura contraria. Es decir, es mediante el debate que la minoría *a veces* se torna en mayoría. Esto no sólo es un proceso interesante, sino bello. Y el progreso depende de ello.¹¹ Es decir, existe un “mercado de las ideas”:¹² nuevas ideas son presentadas al consumidor de las ideas (los pensadores, incluyendo los expertos en una ciencia) quienes, después de consumirlas, las aceptan o rechazan dependiendo de si la idea es aceptable. Visto así, para que dicho ‘mercado’ sea ‘eficiente’ se requiere de tolerancia. Apertura intelectual. Deshacernos de dogmatismo. Entender que el acervo actual de conocimiento es poroso; admite nuevas ideas.

El proceso descrito genera una tensión que guarda relevancia con nuestro

tema. Siendo aceptado que se vale tener opiniones distintas a *mainstream*, por un lado, pero aceptado también que bajo el argumento 'mi opinión' no puede decirse lo que sea, ¿Cómo distinguir? ¿Cómo discernir entre opiniones frescas que merecen ser toleradas mientras son escudriñadas, pero son contrarias a lo más aceptado dentro de la ciencia en cuestión, y la paja— incluyendo *ipse dixit* de pistoleros a sueldo que se dicen 'expertos'?

Contestaría que una apreciación —aunque minoritaria— debe ser ofrecida por un experto si sigue y satisface los métodos aceptados por la ciencia en la cual es perito. Cualquier otra cosa sería inservible por inaceptable. Por ser producto intelectual que no pasa escrutinio de método científico.

Cuando el perito hace lo anterior, algo interesante —inclusive bello¹³— sucede. El juzgador es puesto en sintonía con el dilema que suscita la cuestión a resolver. Y ya que está en sintonía, puede exponerse porqué cierta vertiente de las *posibles* merece preferencia. ¿Cuál? La que el perito considera preferible. Y cuando preguntado sobre las alternativas, debe¹⁴ indicar todas las (válidamente¹⁵) disponibles y de entre ellas porqué una merece preferencia.

No faltará quien cuestione lo anterior indicando contradicción: habiendo aseverado que el perito no debe *abogar*, lo anterior resuena mucho a ello. Contestaría que el perito no debe abogar *por el cliente* o su postura en el proceso; pero sí por la postura técnica que considera más apropiada. Es decir, *defender* su concepción de lo que es más técnico. Entendido así, *defender* es distinto a *abogar*.

III. COMENTARIO FINAL

El perito cumple una función importante cuando expone de una manera objetiva un tema técnico al árbitro, incluyendo su opinión sincera. En esta oración, el adjetivo es clave: “sincera”. El perito debe ser franco con lo que piensa, y porqué lo piensa. Y si hay un eslabón débil en su cadena expositiva, debe admitirlo si se le pregunta.

Este es y debe ser el prurito de todo perito.

NOTAS Y BIBLIOGRAFÍA

¹ El que así sea es casuista.

² Como la designación de un perito experto tercero en discordia, que el tribunal cuente con ‘su’ perito, o que el árbitro motu proprio examine directamente, entre otros. Sin embargo, los mecanismos correctores pueden ser de difícil o infrecuente utilización. Lo que es más, pueden generar otros problemas (que no abordo). Siendo que lo que se busca es resolver un problema que podría evitarse, dichas (lamentables y difíciles de corregir) consecuencias son motivos adicionales para seguir la postura por la que aquí se aboga.

³ Y cuando ocurre, dada la praxis descrita, existe un manto de sospecha sobre él tanto de los juzgadores (jueces y árbitros) como contrapartes.

⁴ Digo ‘puede’ pues el resultado no es obligado. Si el árbitro es sofisticado, proponer a un perito ‘inocente’ será una ventaja. Primero, porque será más persuasivo. Segundo, por lo que comunica: que la parte juega limpio.

⁵ Explicar por qué esto es cierto sería arduo y exigiría entrar en el caso—algo indisponible por confidencialidad, e impráctico dada la complejidad. Sin embargo, puede generalizarse que sus dictámenes eran cuidadosamente elaborados para no decir nada que no fuera totalmente objetivo. Eran expositivos, no argumentativos.

⁶ Lo cual sitúa a peritos en una situación difícil. La parte que lo ofrece hará esfuerzos para que presente su opinión de la manera que más le conviene. Si se niega—como ocurrió en este caso—el resultado puede ser que no satisface a nadie: ni a quien lo presenta, ni al juzgador—y obviamente no a la parte contraria.

⁷ El ejercicio—de sí aceptable—era realizado en forma sesgada mal citando (con frecuencia fuera de contexto y poniendo palabras en su boca). Y los adjetivos y ataques personales eran tan frecuentes como estridentes.

⁸ Lucas 6, 39-42.

⁹ Mario Vargas Llosa, *SABLES Y UTOPIAS*, Ed. Aguilar, Perú, 2009, pp. 183-184.

¹⁰ Por cierto, la aseveración no sólo aplica a los peritos, también a los árbitros. En los casos que he compartido tribunal arbitral con árbitros parciales, me he percatado que son los parciales los que sospechan parcialidad de los demás. Y lo inverso es igualmente cierto.

¹¹ Para abundar, véase Thomas S. Kuhn, THE STRUCTURE OF SCIENTIFIC REVOLUTIONS. The University of Chicago Press, Chicago, Third Edition, 1996.

¹² Como lo denomina Milton Friedman.

¹³ Para quienes encuentran estímulo en pensar y entender.

¹⁴ El lector cuidadoso deseará saber por qué aludo a “deber”. ¿Cuál es el fundamento? El cuestionamiento sería tan apropiado como exigente. Contestaría que el fundamento de la aseveración es honestidad intelectual. Lo que considero la forma correcta de discutir y buscar persuadir.

¹⁵ La validez de una postura dentro del margen de apreciación lo dictarán las reglas de la ciencia en cuestión.

Prohibido Prohibir: Las órdenes de suspensión de procesos arbitrales por órganos estatales



Francisco González de Cossío

Socio de González de Cossío Abogados S.C. Es experto en arbitraje. Su actividad principal es actuar como árbitro en todo tipo de casos, particularmente de complejos. Áreas de especial experiencia y actividad son construcción y energía. También actúa como abogado de parte y experto. Obtuvo su licenciatura en Derecho en la Universidad Iberoamericana. Cuenta con una maestría y doctorado por la Universidad de Chicago (en análisis económico del Derecho), así como un grado de negocios y finanzas por la Universidad de Harvard.

Resumen

Las intromisiones en proceso arbitrales solían ser raras en México. Inexistentes casi. Recientemente, un puñado de casos han propiciado obstaculización, frustración, y preocupación. Lo que es más, han motivado una serie de aseveraciones, propuestas y condenas genéricas que propician problemas y son cuestionables en su análisis. Como resultado, la respuesta al fenómeno ha sido lacónica tanto en lo pragmático como en lo conceptual. En este ensayo explico por qué, haciendo propuestas.

Para ello, comienzo con identificar el fenómeno (§I), para luego ponerlo bajo el microscopio de derecho arbitral a efecto de procurar un planteamiento correcto (§II), y que de pie a su solución (§III).

Este ensayo constituye una versión profundizada y refinada de aquél publicado en el Boletín del Centro de Arbitraje de la Industria de la Construcción (CAIC) 1 “Obstaculización de Arbitrajes: ¿Dilema, Aporía o Dicto Simpliciter?”. Lo hago en el contexto de Pauta dada la importancia del tema, la coyuntura en que ocurre, y el interés y retroalimentación recibida. Al hacerlo, he decidido adoptar el lema liberal con el cual titulo este ensayo pues engloba la idea medular:² a los jueces y demás órganos estatales les está prohibido prohibir la consecución de procesos arbitrales. Procedo a sustanciar la aseveración.

I. PROBLEMÁTICA

A. NOCIÓN

La obstrucción de un proceso puede tomar muchas formas. Esta nota se centra en la obstrucción *jurídica* de procesos arbitrales.

La doctrina arbitral³ llama "*anti-suit injunctions*" a una orden (generalmente de un juez) que prohíbe a una parte que inicie o continúe procedimientos legales en otro foro.⁴ Estas medidas han atraído mucha atención, pues pueden⁵ constituir un obstáculo serio a la eficacia de procedimientos arbitrales. Un antídoto ocasionalmente utilizado son, valga la redundancia, las órdenes anti-anti-arbitraje (*anti-anti-suit injunctions*),⁶ por virtud de las cuales un tribunal estatal o arbitral ordena a la parte que ha recurrido a una jurisdicción distinta a obtener la orden anti-arbitraje de abstenerse de continuar con dicho procedimiento.⁷

El que estas medidas puedan emitirse depende de la jurisdicción. Como generalización,⁸ mientras que las jurisdicciones de *common law* lo permiten, las civilistas no. El motivo es que derivan de una facultad que el derecho procesal del *common law* confiere a los juzgadores como método de resolver traslapes jurisdiccionales, procurando eficiencia. En contraste con las bases de jurisdicción en jurisdicciones civiles (que contienen reglas), las bases de jurisdicción en *common law* suelen contener estándares, mismos que suelen ser abstractos y proclives a interpretaciones expansivas. De sí, ello constituye caldo de cultivo de conflicto de leyes (en su caso particular de conflicto de jurisdicciones competentes). Y entre más expansivo se interprete, más se exagera el fenómeno. Ante ello, con miras a evitar duplicidad, contradicción y desperdicio, el derecho procesal del *common law* suele investir a juzgadores con la facultad de emitir *anti-suit injunctions*. Así, se centra el asunto en una jurisdicción (generalmente la primera que tuvo conocimiento del asunto).

En México, como se detalla más abajo, no es posible que estas medidas puedan lícitamente tener lugar.⁹ Por lo menos no mediante una aplicación *correcta* del derecho existente.

En lo sucesivo, llamaré a estas medidas “órdenes anti-arbitraje”. El nombre no es exacto, pues es un caso particular del fenómeno. Sin embargo, es aceptable por ser el arbitraje el enfoque de este ensayo.

B. CASOS

Hasta hace poco, si bien habían existido anomalías, como regla en México no se observaban este tipo de medidas. Y las que existían eran justamente eso—anomalías. Yerrores excepcionales que no permiten generalizar. Sin embargo, recientemente su frecuencia ha incrementado. Los casos que han existido han tomado formas distintas. La mayoría ha versado sobre medidas precautorias basadas en derecho procesal civil o mercantil—sin citar derecho arbitral. Algunas se fundamentan en derecho de amparo. Un par derivaron de derecho penal.

La respuesta a las medidas varía. Mientras que algunos las toman con estoicismo, otros se alarman—a veces entran en pánico. Si bien la respuesta humana es algo que escapa (o debe escapar) el análisis jurídico que pretendo hacer en esta nota,¹⁰ lo que no escapa es el postulado dramático de algunos: que puede ser el acabo del arbitraje. Propongo al lector que ello no solo no es cierto, sino contrario a lo que la experiencia lo demuestra. Jurisdicciones extranjeras prominentes han vivido el fenómeno, y lo han superado.¹¹ Un ejemplo es el caso *West Tankers*,¹² otro es *Gazprom*.¹³ Invito al lector a no caer en postulados dramáticos superficiales, que lo único que hacen es nublar el buen criterio y cerrar opciones.

C. OCUPACIÓN, NO PREOCUPACIÓN

Las órdenes anti-arbitraje han generado preocupación—a veces exageración. La preocupación es válida, la exageración no. La *preocupación* debe incitar *ocupación*: lo

cual es lo que busca este ensayo. En vez de *exageración* (que debe ser rechazada), lo que se necesita es un análisis del derecho existente para conocer y esclarecer por qué está sucediendo, las aristas legales que suscita, y los pasos a tomar. Esta es precisamente la finalidad de este ensayo.

II. PLANTEAMIENTO

Las órdenes anti-arbitraje son ilegales (§a), han merecido un manejo conceptual subóptimo (§b), lo cual ha tenido por efecto que se pierda de vista el deber más importante del árbitro: *juzgar* (§c).

A. ILEGALES

Las intromisiones son contrarias a la jurisdicción elegida (§1), violan el principio *compétence de la compétence* (§2), y el principio de no intervención en el arbitraje (§3). Además, dependiendo de la forma que tomen, pueden existir violaciones accesorias (§4).

1. Contrariar la jurisdicción elegida

El arbitraje es optativo. Pero una vez pactado, es *la* jurisdicción elegida por las partes para dirimir sus controversias relacionadas con la relación jurídica en cuestión. Dicho pacto, como todo pacto (toda expresión de voluntad contractual), debe ser respetado. Y debe hacerse cumplir.

Las apreciaciones realizadas en el párrafo anterior bien pueden entenderse como un caso particular del corolario *pacta sunt servanda*. Son sin embargo algo más. El derecho a optar por el arbitraje es un derecho no solo legalmente contemplado, sino constitucionalmente tutelado. Como explicó recientemente la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación:¹⁴

“el arbitraje es una figura legislativa con relevancia constitucional.”¹⁵

“la decisión tomada por dos partes o más de pactar y acudir al arbitraje en lugar de la jurisdicción estatal ... se manifiesta como el ejercicio de libertades de relevancia constitucional”¹⁶

“la decisión de las partes ... más que una renuncia de derechos constitucionales, el arbitraje encierra el ejercicio afirmativo de libertades constitucionales que deben, por tanto, estar protegidas por las instituciones del Estado.”¹⁷

Nuestro máximo intérprete ha caracterizado al arbitraje como el ejercicio de un **derecho constitucional**, con todas las implicaciones que ello tiene. Dicho derecho debe ser respetado por todo órgano. *Todo*. Quien no lo haga, está violando el ejercicio de un derecho constitucional.

La obstaculización de un proceso arbitral comunica algo de la parte que lo incita—cuando así ocurre. Necesariamente significa que o está faltando a la palabra dada o no comprendió las implicaciones del pacto que firmó. Mientras que el segundo no merece atención, el primero sí. (El que una parte firme un contrato sin conocer a cabalidad todas sus implicaciones jurídicas nunca ha sido motivo para no hacerlas valer. De allí el aforismo “la ignorancia del Derecho no excusa su cumplimiento.) Por lo que vale la pena concentrarnos en la segunda hipótesis.

La parte que ha dado su palabra, al momento de confeccionar un acto jurídico, que cualquier problema que se relacione con el mismo será decidido en arbitraje, y luego busca obstrucción, es una parte en contra de la cual debe operar una presunción en contra de su postura. Significa *a fortiori* que no honra lo que promete. Debe por ende existir una predisposición en contra de toda la actividad que busque ir en contra de un proceso arbitral. Inclusive, aunque la cuestión sustantiva pudiera parecer, a primera impresión, que tiene algo de mérito. Debe ser vista con sospecha, pues ocurre en un trasfondo cuestionable.

2. *Compétence*

Compétence de la compétence es uno de los principios más caros de derecho arbitral. Existe por que resuelve un dilema que no abordo en este ensayo, pero cuya esencia es dar efectos a la voluntad de las partes. Así como el derecho contractual se resume en un cuerpo de normas que da efectos a la voluntad contractual, el derecho arbitral es un cuerpo normativo que da efectos a la voluntad de las partes de cursar su disputa de una manera distinta a la tradicional; la arbitral. Dicha voluntad—como toda voluntad contractual—debe ser respetada.

Compétence en su mejor expresión significa que el árbitro es el *primer* juez de su jurisdicción. El juez *final* será el juzgador competente que conozca del juicio de nulidad¹⁸ o no-ejecución del laudo arbitral.¹⁹ La primera oración del artículo 1432 del Código de Comercio contiene la expresión mexicana del principio:

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. ...

La práctica y jurisprudencia mexicana ha—como regla—bien-entendido, aplicado y respetado dicho principio.²⁰ Un criterio lo demuestra, en el contexto del dilema sobre el nivel de revisión por un juzgador de la decisión del árbitro sobre su propia competencia, cuando ante cláusulas arbitrales ambiguas:

LAUDOS ARBITRALES. ESTÁNDAR DE REVISIÓN JUDICIAL PARA DETERMINAR LA VALIDEZ DE LA DECISIÓN DE UN TRIBUNAL ARBITRAL SOBRE SU PROPIA COMPETENCIA.

En un modelo de Estado constitucional como el de México, los Jueces tienen la responsabilidad de revisar la validez de los actos y las normas producidos por otros poderes u órganos, así como los emitidos por particulares y deben preguntarse por el apropiado estándar de revisión judicial aplicable, pues no todo acto de producción jurídica debe someterse a un estándar idéntico, ya que, de aplicarse uno estricto sobre decisiones previstas para ejercerse con un alto grado de discrecionalidad, se generaría una indebida interferencia; igualmente, uno laxo sobre decisiones diseñadas para ejercerse con poco margen de apreciación diluiría el poder de controlar la regularidad de la aplicación del derecho. Ahora bien, los árbitros no pueden aspirar a tener libertad absoluta para interpretar el acuerdo arbitral, pues el artículo 1457, fracción I, incisos c) y d), del Código de Comercio establece, entre otras cuestiones, que un

laudo arbitral podría ser anulado ante autoridad judicial cuando los árbitros han fijado incorrectamente los límites de su propia competencia. Así, la autoridad judicial debe involucrarse en la interpretación de los términos de un contrato y revisar las decisiones interpretativas del tribunal arbitral; sin embargo, ello no implica que puedan sustituirse. Así, los Jueces deben auto-restringirse y no someter a escrutinio las operaciones interpretativas de los árbitros con el mismo alcance con el que se revisa a una instancia judicial inferior, por lo que deben evaluar la regularidad de los laudos arbitrales con base en un estándar de dos pasos. En primer lugar, la autoridad judicial debe acudir al texto del acuerdo arbitral o cláusula compromisoria y determinar si los términos empleados por las partes son claros y precisos, en cuyo caso el Juez debe aplicarla. De no ser clara la estipulación contractual, los jueces deben acudir al segundo paso, es decir, cuando se constate que el lenguaje del acuerdo arbitral sea ambiguo, deficientemente precisado por las partes, o vago, pues en ese caso debe anteponerse el poder de los árbitros de determinar su sentido. Aquí los juzgadores no deben imponer la interpretación que mejor les parezca, sino verificar si la del tribunal arbitral es razonable y, sólo declarar su invalidez si la decisión arbitral es caprichosa o arbitraria, siendo suficiente constatar la utilización de un método interpretativo razonable.²¹

(énfasis añadido)

El criterio es plausible por motivos diversos. Dado el tema aquí abordado, destaco tres. *Primero*, por que aborda un dilema que había escapado a muchos. *Segundo*, por que adopta una postura deferente al mismo. *Tercero*, y más relevante para los propósitos de este ensayo, por que hace eco del principio que un juez no debe entrometerse en procesos arbitrales más que en las instancias en que el derecho arbitral lo permite. Y aún así, debe hacerlo con un nivel de revisión que no subvierta el principio. Que evite que la excepción devore la regla: que el análisis de *validez* de un laudo se use como excusa para cuestionar el *sentido* del laudo.

Como explicó recientemente la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación:²²

“la autoridad judicial, ante una duda razonable sobre la actualización de la competencia del tribunal arbitral, no debe preferir fallar en favor de la jurisdicción del Estado, esto es, no cabe

afirmar *ex ante* la existencia de un principio *pro actione* en favor de la jurisdicción del estado, pues ... lo que se busca es la optimización de dos derechos de naturaleza constitucional —de acceso a la justicia y de acceso a los medios alternativos de conflictos”

Esta afirmación es preciosa. Debe normar todo el actuar de toda autoridad (incluyendo el actuar de todo juzgador) ante el arbitraje. Ello incluye órdenes anti-arbitraje.

Por todo lo anterior, *compétence de la compétence* a la mexicana consiste en que:

- (1) El árbitro es el primer juez de su jurisdicción. Mientras él decide, *nadie puede sacar de sus manos la decisión de su competencia*. Nadie. De ocurrir—por ejemplo mediante una orden anti-arbitraje—se estará subvirtiendo derecho arbitral.
- (2) El juez competente puede analizar la decisión sobre jurisdicción que tiene un árbitro, pero sólo en las instancias y momentos que el derecho arbitral lo permite.
- (3) Las instancias en que el derecho arbitral permite que un juzgador evalúe la decisión de jurisdicción de un árbitro son tres—*y sólo tres*:
 - (a) Ante un laudo parcial sobre jurisdicción, a los treinta días de emisión del laudo parcial.²³
 - (b) En el juicio de nulidad del laudo.²⁴
 - (c) En el juicio de ejecución del laudo.²⁵

Por lo anterior, si una medida (por ejemplo, una orden anti-arbitraje) busca sacar de las manos del árbitro la decisión sobre su jurisdicción, estará subvirtiendo derecho arbitral. Ello incluye *a fortiori* suspender un proceso. Un juez sólo puede ser llamado a analizar la validez de la decisión tomada por el árbitro una vez que ésta ocurra, no suplantar o extirpar la decisión del árbitro por la que el juez considera correcta. Hacerlo es (sería) contrario al derecho constitucional a arbitrar.

3. El principio de no intervención

El artículo 1421 del Código de Comercio establece:

Salvo disposición en contrario, en los asuntos que se rijan por el presente título, no se requerirá intervención judicial.

El principio contenido en la norma citada es importante pues es la piedra angular que regula—equilibra, de hecho—la (necesaria y compleja) relación que existe entre un Poder Judicial y un tribunal arbitral. Como alerta con agudeza Jan Paulsson en su obra más reciente, el derecho arbitral contiene una paradoja: *busca apoyo del derecho y autoridades de las que busca liberarse*.²⁶

El derecho arbitral necesita del poder judicial. El tribunal arbitral se complementa con el actuar judicial. De sí, ello es un tema rico y digno de exploración—lo cual no hago en esta nota. Lo único que haré es mencionar que la forma en que ello ocurre invita (puede invitar) confusión. Ello no solo porque el régimen puede interpretarse más o menos expansivamente (y la experiencia enseña que mentes diversas opinan en forma diversa sobre ello), sino por el factor humano: un juez está naturalmente predispuesto a tomar conocimiento de un asunto, de ejercer sus facultades cuando una parte se lo pida o cuando sea llamado a intervenir. Es por ello que la respuesta del derecho arbitral es sabia: hacer una enumeración *números clausus*, revestida de una enunciación de principio: *No intervención*.

Los casos en que un poder judicial puede intervenir en un proceso arbitral son únicamente: en la remisión al arbitraje,²⁷ colaborar en la constitución del tribunal arbitral,²⁸ obtener pruebas,²⁹ medidas precautorias,³⁰ en materia de costos,³¹ el juicio de nulidad³² y el juicio de ejecución del laudo arbitral.³³ Punto. No puede haber más intervención judicial. Hacerlo viola el derecho escrito³⁴—además de la distribución de facultades y el (delicado) equilibrio en el actuar entre un tribunal arbitral y un juzgador estatal.

Eso es justamente lo que hacen las órdenes anti-arbitraje.

4. Violaciones accesorias

Dependiendo de la forma que tomen, las órdenes anti-arbitraje pueden ser contrarias a la obligación de remitir al arbitraje (§a) y constituir un uso degenerativo de la herramienta procesal de las medidas precautorias (§b).

(a) La obligación de remitir al arbitraje

Cuando la obstaculización involucra ventilar un aspecto del fondo del asunto en sede judicial, existirá una violación a la obligación de remitir al arbitraje.

El artículo II(3) de la Convención de Nueva York establece:

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.

El primer párrafo del artículo 1424 del Código de Comercio es la norma de derecho local que implementa la Convención de Nueva York, y dice:

El juez al que se someta un litigio sobre un asunto que sea objeto de un acuerdo de arbitraje, remitirá a las partes al arbitraje en el momento en que lo solicite cualquiera de ellas, a menos que se compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o de ejecución imposible.

Ambos preceptos establecen un deber de derecho internacional a cargo de los jueces que conforman el Poder Judicial de todo Estado parte de la Convención de Nueva York. Y este consiste en remitir al arbitraje. Si a un juez se le presenta una petición

relacionada con una disputa amparada por un acuerdo arbitral, es una *obligación* de derecho local, constitucional e internacional remitir a las partes al arbitraje.

En la medida en que una orden anti-arbitraje admita para consideración (admita a trámite) una petición respecto de una disputa amparada por un acuerdo arbitral, estará violando tanto derecho arbitral nacional, como derecho internacional.

Es importante destacar esto último, pues han existido fallos internacionales que hacen internacionalmente responsable a un Estado por incumplir *inter alia* la obligación de respetar procesos y laudos arbitrales. Como órgano de Estado, el Poder Judicial puede detonar responsabilidad internacional del Estado cuando viole derecho internacional. Y siendo que el artículo II(3) de la Convención de Nueva York es derecho internacional, la primer premisa del análisis de derecho internacional de la responsabilidad internacional del Estado estará dada.

Para evitar que ello ocurra, ante una petición de obstrucción, un juez debe *remitir*.

(b) *Uso degenerativo de las medidas precautorias*

Las medidas precautorias judiciales tienen un cometido: *apoyar el arbitraje*. Cuando se usan para entorpecer un proceso arbitral, se utilizan con una finalidad para la que no fueron creadas.

Existiendo un acuerdo arbitral, uno podría dudar sobre la necesidad de que existan medidas precautorias en sede judicial: para eso está el tribunal arbitral.³⁵ Si la ley las contempla es por que existen circunstancias en que pueden ser útiles para colaborar con la efectividad del arbitraje—lo cual es la esencia misma de la herramienta procesal ‘medida precautoria’. (Por ejemplo, por que el tribunal arbitral aún no se ha constituido; para ser judicialmente coercibles en forma inmediata.)

Las medidas precautorias tienen como teleología dar efectividad al proceso del que derivan—no subvertirlo. Las obstaculizaciones que toman como forma una medida precautoria que suspende el arbitraje son una degeneración de lo que es una medida

precautoria. Debe por ende otorgarse el amparo (por ilegalidad) para corregir dicho actuar.

B. MANEJO CONCEPTUAL SUBÓPTIMO

Planteada la ilegalidad de las órdenes anti-arbitraje, viene el aspecto más interesante de este tema: ¿Qué hacer ante una orden anti-arbitraje? Aceptado que son ilícitas, lo cierto es que al recibirla el árbitro se encontrará en una situación difícil—de allí el título anterior de este ensayo. Lo que observo de muchos oscila entre, expresiones de dilema, aporías y hasta *dicta simpliciter*.

Un “dilema” es una situación en que hay varias posibilidades de actuación y no se sabe cuál de ellas escoger porque son igualmente buenas o malas. Una “aporía” es una situación en que ocurre una contradicción irresoluble. Una “*dicto simpliciter*” es la falacia de la generalización injustificada. De desear tratar un problema siempre de cierta manera, cuando ello no se justifica. Cuando el problema es tal que merece atención particular; especial. Hacer universal lo que en verdad es excepcional.

La exposición observable del planteamiento actualmente visible suele oscilar entre dos bandos: quienes dicen que debe *siempre* acatarse la medida y quienes dicen *nunca* debe acatarse la medida. Los primeros tienen algo de razón en que una orden de una autoridad mexicana debe ser acatada. Y cuando ello se vierte en molde de una orden judicial, no hacerlo puede actualizar la hipótesis normativa del delito de desacato. Los segundos tienen de su lado todos los argumentos citados en la sección II de este ensayo (sobre la ilegalidad de las órdenes anti-arbitraje).

Respetuosamente, *ambos están mal*. Mientras que los primeros pasan por alto que, contando con jurisdicción, un árbitro está obligado a ejercerla (por lo que citar una medida como motivo suficiente para no actuar raya en *dereliction of duty*), los segundos adoptan una postura superficial a un problema profundo.

El problema, objetivamente planteado, consiste en que se pone al árbitro en una situación semejante a lo que algunos llaman un *Catch 22*: el dilema lógico consistente en

que de acatar un mandato puede obligarse a violar otro. El resultado raya en lo esquizofrénico. Lo que en inglés aluden como: "*you're damned if you do; you're damned if you don't*". Y la discusión que de ello deriva suele olvidar el principio más elemental de un juzgador en general, y árbitro en particular: que, contando con jurisdicción, debe ejercerla—a lo cual paso.

C. EL DEBER DE EJERCER LA JURISDICCIÓN

Es un principio de jurisdicción que, contando con la misma, debe ejercerse. Se trata de un postulado que, al principio, suena sencillo, banal inclusive, pero que tiene implicaciones importantes—conceptuales y pragmáticas.

Es una violación a la jurisdicción no ejercer la jurisdicción con la que se cuenta. Vale la pena reiterarlo enfáticamente:

¡Es una violación a la jurisdicción no ejercer la jurisdicción con la que se cuenta!

De hecho, es un caso particular del concepto jurídico 'exceso de poder' (*excès de pouvoir*), en su expresión más fina. Esto es algo que debe primar en las mentes de quienes analicen este problema: un actuar omisivo puede constituir exceso de poder (en su caso particular de defecto al actuar).

El árbitro es una institución jurídica con un régimen jurídico orientado a lograr un propósito: juzgar. Eso es lo que es un árbitro: un juez privado. La apreciación es tanto ontológica como deontológica. Es su esencia; es su deber—jurídico y ético. Es aquello para lo cual se le eligió. Es lo que debe hacer, so pena de incumplir el propósito para el cual fue creado. *En passant*, ello subvierte la voluntad común de las partes al momento de celebrar un acuerdo arbitral: que su disputa sea adjudicada arbitrariamente.

Luego entonces, el deber de ejercer la jurisdicción debe tomarse en cuenta a la par de los actos de obstaculización que enfrente un tribunal arbitral. Su primer respuesta no

puede ser abdicar. Tirar la toalla. Debe ser procurar lograr su misión a toda costa; de la mejor manera posible.

Mientras que la obligación de acatar una orden anti-arbitraje es discutible (por los motivos detallados en la sección II, *supra*), es indiscutible que el árbitro tiene el deber de juzgar.

III. PROPUESTAS

Deseo hacer las siguientes propuestas cuando se esté ante intentos de obstaculizar procesos arbitrales:

- (1) El árbitro debe actuar
- (2) El abogado postulante debe defender
- (3) El juez no debe interferir; debe corregir

Para que no ocurran ni tengan éxito las obstaculizaciones de procesos arbitrales, los tres deben darse (aunque en niveles diversos dependiendo de las circunstancias).

A. EL ÁRBITRO DEBE ACTUAR

El papel del árbitro es objeto de diferencia de opinión. A continuación divido mi comentario en el actuar dentro de su proceso y actuar respecto de las medidas de obstrucción misma.

1. Actuar en el proceso arbitral

En *Arbitraje* propongo:³⁶

el tribunal arbitral puede tomar medidas para resguardar su jurisdicción. Ello puede incluir órdenes procesales sobre conducta procesal, consideración de distribución de costas en el arbitraje, y, en casos extremos, la emisión de anti-anti-suit injunctions.

Sigo convencido que el paso es procedente.³⁷ La idoneidad del paso es casuista sin embargo. Bien puede ocurrir que sea innecesario. Sin embargo, un llamado de atención o una orden de no-hacer por parte de un tribunal arbitral a una parte que está obstaculizando puede ser una buena idea. Así ocurrió en el caso ICC 20130/ASM en donde un árbitro único hizo un llamado de atención a una parte que estaba buscando suspender y descarrilar un proceso a toda costa. Al obtener una (sospechosamente conveniente³⁸) orden de suspensión de un ministerio público,³⁹ el árbitro le ordenó a la parte que desistiera de sus esfuerzos para suspender el proceso. El paso fue útil. El proceso continuó y llegó a buen puerto.⁴⁰

El actuar propuesto suscita una inquietudes penales. Las abordo dividiendo el comentario en su aspecto sustantivo y su aspecto procesal.

(a) Preocupación sustantiva

La preocupación sustantiva es que el actuar propuesto genere la comisión del delito de desacato. He estudiado el tema con profundidad y dialogado al respecto con penalistas prominentes. Deseo compartir algunas reflexiones que el ejercicio ha arrojado.

El primer párrafo del artículo 178 del Código Penal Federal establece:

Al que, sin causa legítima, rehusare a prestar un servicio de interés público a que la Ley le obligue, o desobedeciere un mandato legítimo de la autoridad, se le aplicarán de quince a doscientas jornadas de trabajo en favor de la comunidad.

El artículo 281 del Código Penal de la Ciudad de México establece:

Se le impondrá de seis meses a dos años de prisión o de trabajo en favor de la comunidad, al que rehusare prestar un servicio de interés público al que la ley lo obligue, o desobedeciere un mandato legítimo de la autoridad.

Existen tres motivos para concluir que no necesariamente se actualiza el delito de desacato. Primero, por que el mandato debe ser "legítimo". Segundo, puesto que el precepto exige que el actuar no obedezca a "causa legítima". Tercero, por que existe un causa de exclusión de responsabilidad penal: el cumplimiento de un deber. Explicaré cada uno.

(i) Mandato Legítimo

El que el mandato sea "legítimo" es algo exigido por el texto expreso del tipo penal y la jurisprudencia que lo interpreta. El texto del artículo 178 del Código Penal Federal dice:

Al que, sin causa legítima, rehusare a prestar un servicio de interés público a que la Ley le obligue, o desobedeciere un mandato legítimo de la autoridad ...

(énfasis añadido)

El artículo 281 del Código Penal de la Ciudad de México:

Se le impondrá de seis meses a dos años de prisión o de trabajo en favor de la comunidad, al que rehusare prestar un servicio de interés público al que la ley lo obligue, o desobedeciere un mandato legítimo de la autoridad. (énfasis añadido)

El artículo 283 del mismo código alude al mismo delito pero cuando versa sobre mandato judicial.⁴¹ Siendo que versa sobre el mismo delito, pero sólo agrava la pena, en análisis se centrará en el artículo que contiene el núcleo duro de la conducta típica: el artículo 281.

Un criterio judicial que explica el tipo penal indica:⁴²

DESOBEDIENCIA A UN MANDATO LEGITIMO DE LA AUTORIDAD, DELITO DE.

El artículo 183 del Código Penal Federal, establece que: "Cuando la ley autorice el empleo del apremio para hacer efectivas las determinaciones de la autoridad, sólo se consumará el delito de desobediencia cuando se hubieren agotado los medios de apremio." De esto se sigue, que si la ley que rige el procedimiento de donde proviene el mandato que se reputa desacatado, prevé medidas de apremio para constreñir al rebelde a la observancia de tal

determinación, es requisito legal que para proceder penalmente en su contra, previamente se hayan agotado esos medios de apremio; por lo que, atento a ello, debe convenirse que los elementos intrínsecos del delito de desobediencia a un mandato legítimo de la autoridad, a que se contrae el numeral 178 del ordenamiento invocado, son: a) La existencia de un mandato de autoridad; b) Que dicho mandato sea legítimo; c) Que el mismo sea desobedecido sin causa legal; y d) Que previamente se hayan agotado en contra del rebelde, los medios de apremio contemplados en la ley que rige el procedimiento de donde emana la resolución desobedecida. Por tanto, si en la causa penal instruida al quejoso, hay prueba de que pese a agotarse en su contra los medios de apremio legales, continuó en su conducta rebelde de no acatar el mandamiento de la autoridad, es inconcuso que quedó configurada la hipótesis criminal que se le atribuye en el citado artículo 178. (énfasis añadido)

Como puede verse, tanto el derecho penal escrito como jurisprudencial exige que el mandato judicial sea “legítimo”. El adjetivo hace las veces, conforme a la técnica jurídica penal, de un texto abierto. Y los textos abiertos imbuyen al juzgador la facultad de actuar con discernimiento. Ello obedece a la dificultad de evaluar los hechos, y son útiles cuando, dependiendo de las circunstancias, pueden o no darse los elementos de un delito. Para ello, se imbuye al juez de lo penal de una facultad: discernir. Aquilatar el conjunto de circunstancias a efecto de determinar si en efecto se está ante conducta típica, antijurídica y punible. No como robots, sino como humanos inteligentes dotados de criterio jurídico para evaluar el conjunto de circunstancias que se someten a su consideración. El objetivo será determinar si el conjunto de circunstancias es en verdad anti-jurídico. Como explica Muñoz Conde:⁴³

“la antijuricidad es la constatación de que el hecho producido es contrario a derecho, injusto o ilícito.”

“La esencia de la antijuricidad es... la ofensa a un bien jurídico protegido por la norma que se infringe con la realización de la acción. En la medida en que no se dé esa ofensa al bien jurídico no podrá hablarse de antijuricidad, por más que aparente o formalmente exista una contradicción entre la norma y la acción”.

Es en dicho contexto que el juez de lo penal debe evaluar y distinguir un desacato liso y llano del actuar de un árbitro—que está obligado a juzgar. Que tiene un deber jurídico que cumplir. Y que, siendo la orden anti-arbitraje contraria al derecho especial aplicable (el derecho arbitral), no se trata de un actuar no apegado a derecho. Antijurídico. Se trata de una medida necesaria para restaurar el equilibrio que procura el derecho arbitral y que alguien subvirtió ilícitamente. El motivo: todo lo expuesto en la sección II, *supra*. La obstrucción del proceso arbitral es ilícita—y por ende “ilegítima” para efectos de lo dispuesto en el tipo penal “desacato”.

(ii) Causa Legítima

El tipo penal libera de responsabilidad penal cuando se está ante “causa legítima”. El artículo 178 del Código Penal Federal dice:

Al que, *sin causa legítima*, rehusare a prestar un servicio de interés público a que la Ley le obligue, o desobedeciere un mandato legítimo de la autoridad, se le aplicarán de quince a doscientas jornadas de trabajo en favor de la comunidad.

(énfasis añadido)

El mismo criterio judicial citado explica:

DESOBEDIENCIA A UN MANDATO LEGITIMO DE LA AUTORIDAD, DELITO DE.

El artículo 183 del Código Penal Federal, establece que: "Cuando la ley autorice el empleo del apremio para hacer efectivas las determinaciones de la autoridad, sólo se consumará el delito de desobediencia cuando se hubieren agotado los medios de apremio." De esto se sigue, que si la ley que rige el procedimiento de donde proviene el mandato que se reputa desacatado, prevé medidas de apremio para constreñir al rebelde a la observancia de tal determinación, es requisito legal que para proceder penalmente en su contra, previamente se hayan agotado esos medios de apremio; por lo que, atento a ello, debe convenirse que los elementos intrínsecos del delito de desobediencia a un mandato legítimo de la autoridad, a que se contrae el numeral 178 del ordenamiento invocado, son: a) La existencia de un mandato de autoridad; b) Que dicho mandato sea legítimo; c) Que el mismo sea desobedecido sin causa legal; y d) Que previamente se hayan agotado en contra del rebelde, los medios de apremio contemplados en la ley que rige el procedimiento de donde emana la

resolución desobedecida. Por tanto, si en la causa penal instruida al quejoso, hay prueba de que pese a agotarse en su contra los medios de apremio legales, continuó en su conducta rebelde de no acatar el mandamiento de la autoridad, es inconcuso que quedó configurada la hipótesis criminal que se le atribuye en el citado artículo 178.

(énfasis añadido)

Existe “causa legítima”, siguiendo el artículo 178 del Código Penal Federal. Existe “causa legal”, parafraseado el criterio citado. Y es que existe un deber jurídico: *ejercer la jurisdicción*. Ello es la obligación primigenia de todo árbitro. Estando pellizcado por una orden anti-arbitraje, por un lado, y el deber jurídico de juzgar, por el otro, el árbitro debe cumplir con *su* misión. Ello es “legítimo”—“causa legal”—para efectos del tipo penal indicado.

Por consiguiente, existen elementos para considerar que no se actualiza la hipótesis normativa penal. Y siendo de interpretación y aplicación estricta, el que no se reúna un extremo del tipo es motivo suficiente para no estar en presencia del delito.

Pavón Vasconcelos y Vargas López ilustran el punto al explicar sobre el delito de desacato que:⁴⁴

“es obvio que la función que se trata de ejercer o el mandato a cumplimentar *debe ser legítimo*, y además *los medios empleados* para ejecutar aquélla o éste, *deben legalmente ser los adecuados*, dado que *el tipo penal exige que el mandato sea efectuado en forma legal*. Si *la función que se trata de ejercer no es legítima, se justifica legalmente la oposición a ella*, estándose en tal caso en el ejercicio de un derecho y de existir una verdadera agresión ilícita, tal vez estaríamos ante una legítima defensa, cuando la repulsa a la agresión de un derecho, se concrete en un determinado daño material o en la situación de peligro de un bien jurídico cualquiera. *Al expresar que el mandato legítimo sea ejecutado en forma legal, la ley alude al cumplimiento de los requisitos que las normas especiales señalen para cumplimentarlo, pues de no satisfacerse dicha exigencia, la oposición o resistencia a la ejecución del mandato no es constitutiva de delito*” (énfasis añadido)

Como puede observarse, para que exista desacato, el mandato tiene que ser 'legítimo'. De no serlo, *la resistencia al mismo no es delito*. Dado el deber de juzgar de un árbitro, no acatar un acto que desdice todo el régimen que lo inspira hace que no se reúna el requisito de antijuridicidad: tiene causa legítima para hacerlo.

(iii) Causa de exclusión

La fracción B.III del artículo 29 del Código Penal para el Distrito Federal establece:

B. Habrá causas de justificación, cuando: ...

III.- (Cumplimiento de un deber).- El agente realice una acción o una omisión atendiendo a su deber jurídico, siempre que exista necesidad racional de la conducta empleada para cumplirlo;

En forma semejante, la fracción VI del artículo 15 del Código Penal Federal establece:

La acción o la omisión se realicen en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional del medio empleado para cumplir el deber o ejercer el derecho, y que este último no se realice con el solo propósito de perjudicar a otro;

Sobre esta causal Francisco Muñoz Conde explica ejemplos en los que se actualiza esta causal de exclusión de responsabilidad penal (Uno es guardar secreto profesional) y explica genéricamente que:⁴⁵

cuando el mandato u orden infringe manifiesta, clara y terminantemente un precepto legal, no habrá ninguna obligación de obedecer. ...

el cumplimiento de un deber como causa de justificación al examinar el mandato que adolece de legalidad.

Como puede observarse, conforme a derecho penal, se exime responsabilidad penal cuando el sujeto activo está obligado a actuar de dicha manera conforme a un deber jurídico. Ese es el caso del árbitro (por los motivos descritos en la §II.C de este ensayo). Existen criterios judiciales diversos que detallan el funcionar de esta excluyente de responsabilidad. Dos interesantes dados los propósitos de este ensayo son:⁴⁶

CUMPLIMIENTO DE UN DEBER, COMO EXCLUYENTE. Dentro de la formula de "obrar en cumplimiento de un deber legal", se comprenden los actos ejecutados en cumplimiento de deberes que son consecuencia de funciones públicas (deberes de servicio) y los ejecutados en cumplimiento de deberes impuestos al particular. Para que opere el cumplimiento de un deber legal como causa de justificación de la conducta, se requiere que tal deber se encuentre consignado en la ley, pues así expresamente lo exige la fracción V del artículo 15 del Código Penal. Por otra parte, el deber se encuentra debidamente determinado en relación con la naturaleza de la función que se ejerce y el fin que la propia ley señala. Es generalmente admitido que esta causa de justificación comprende la realización de todos aquellos medios, inclusive los violentos, que son "racionalmente necesarios" para dar satisfacción al fin expresado por la ley. Por otra parte, sólo en forma objetiva, mediante el examen de los hechos, es posible al juzgador poder realizar el juicio de valoración que habrá de recaer sobre la conducta o el hecho imputado; únicamente mediante tal proceso puede llegarse a conocer si el proceder es jurídico o antijurídico. Si el cumplimiento estricto del deber imponía al acusado la obligación de proceder aun usando de medios violentos, pero racionalmente necesarios, a la satisfacción del fin expresado por la ley, objetivamente su conducta, no puede ser antijurídica por ser lícita desde su inicio y no atentar contra la norma implícita en el precepto que sanciona el delito cometido. En otras palabras, *si el proceder del acusado constituyó el medio racionalmente necesario para cumplir con el fin de la ley*, que le imponía un deber cuyo cumplimiento le era imperativo, objetivamente, el resultado producido no es constitutivo de delito. Y si en orden al principio de primacía y, prelación lógica, hemos concluido en que el proceder es lícito por ser jurídico, no cabe hacer examen del aspecto subjetivo del delito por no haber lugar a juicio alguno de reproche en cuanto a la culpabilidad. (énfasis añadido)

Otro establece:⁴⁷

CUMPLIMIENTO DE UN DEBER Y EJERCICIO DE UN DERECHO, EXCLUYENTES DE (LEGISLACION DEL ESTADO DE MEXICO). Son dos las excluyentes descritas en la fracción V

del artículo 11 del Código Penal aplicable: una, el cumplimiento de un deber legal otra, el ejercicio de un derecho. Mientras que el cumplimiento de un deber legal capta a las acciones que la ley manda, el ejercicio de un derecho se refiere a las acciones que la ley autoriza. Mientras que el cumplimiento es preceptivo, el ejercicio del derecho es facultativo; el incumplimiento origina una sanción; no así la abstención en el ejercicio del derecho. *En el cumplimiento del deber existe una colisión de dos deberes que se resuelven en favor del predominio, del deber más categórico y más digno de protección, que es el deber concretamente exigido por la ley, la función o el cargo; y el ejercicio del derecho supone la adecuación de la conducta a una norma legal que establece el derecho que se ha ejercitado, implica la existencia del derecho subjetivo de actuar, pero implica además la colisión entre ese derecho y otro que también se ejercita.*

(énfasis añadido)

Los criterios citados son útiles para este análisis pues añaden dos elementos a considerar: el deber a cumplir el deber más digno de protección y los medios a emplear.

Con respecto al primero, es deber a ejercer la jurisdicción es un deber más digno de protección que el deber de cumplir con un mandato judicial que es contrario al derecho aplicable (por los motivos descritos en la §II de este ensayo).

Respecto del segundo, simplemente abdicar a la obligación a ejercer la jurisdicción es contrario al deber de ejercer los medios racionalmente necesarios para cumplir con el fin de la ley.

(b) Preocupación procesal

La preocupación procesal es que exista el deber de supeditar el proceso arbitral a la conclusión del proceso penal. Por ejemplo, hay quien ha cita como obstáculo un criterio (no obligatorio) que da prevalencia a los procesos penales por encima de otros. Una tesis aislada vieja lo explica así:⁴⁸

SUSPENSION DEL PROCEDIMIENTO CIVIL

Sólo procede decretarla en los casos en que se denuncie un hecho delictuoso y que la resolución que en el incidente criminal se dicte, deba influir necesariamente en la resolución del juicio.

Otra tesis aislada más reciente dice:⁴⁹

SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO EN JUICIOS CIVILES O MERCANTILES. HIPÓTESIS PARA QUE OPERE CUANDO SE DENUNCIEN HECHOS DELICTIVOS RELACIONADOS CON AQUÉLLOS (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE SINALOA).

Los artículos 444 y 445 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Sinaloa, en esencia disponen: 1. El Juez que conozca de un asunto judicial -civil o mercantil-, inmediatamente que le denuncien hechos delictivos relacionados con tales juicios, tiene la obligación de informar esa circunstancia al Ministerio Público, como órgano encargado de la investigación de los delitos; 2. Inmediatamente que se le haga saber esa circunstancia, el fiscal debe practicar las diligencias necesarias para determinar si ejerce o no acción penal; 3. La representación social debe practicar tales diligencias dentro del término de diez días; y, 4. Sólo en el supuesto de que decida ejercer la acción penal, y siempre que los hechos denunciados sean de tal naturaleza que si se llegare a dictar sentencia con motivo de ellos, ésta deba, necesariamente, influir en las resoluciones que pudieran dictarse en el procedimiento civil o mercantil, el Ministerio Público pedirá y el Juez o tribunal ordenará que se suspenda el procedimiento hasta que se dicte una resolución definitiva en el asunto penal. De lo anterior puede concluirse que se contienen dos supuestos necesarios que tiene que verificar el Juez del proceso civil o mercantil para acordar de conformidad la suspensión del procedimiento, a saber: I. Que dentro del término de diez días al en que se le dio vista, el Ministerio Público haya ejercido la acción penal; y, II. Que los hechos denunciados sean de tal naturaleza, que si se llegare a dictar sentencia con motivo de ellos, ésta deba necesariamente influir en las resoluciones que pudieran dictarse en el procedimiento civil o mercantil. De donde se advierte que el fiscal puede solicitar la suspensión del procedimiento, aun fuera del término de diez días, con tal de que haya ejercitado la acción penal dentro de ese plazo, el cual fue establecido sólo para la integración de la averiguación previa y el ejercicio de la acción persecutoria ante los tribunales competentes, pero de ninguna manera para solicitar la suspensión de que se trata. Sin embargo, cuando la cuestión penal puesta en conocimiento del fiscal no resulte tan apremiante o evidente que dé pauta a que no se ejercite la acción penal dentro del término señalado y que con posterioridad se realice no procederá la suspensión del procedimiento.

El criterio que permean dichas tesis es no solo es mal derecho, sino que es inaplicable al arbitraje—que es una jurisdicción distinta. Es mal derecho pues no hay motivo por el que

tenga de detenerse un proceso distinto al penal mientras el penal se decide. Se trata de temas distintos; cada uno con su órgano especializado de adjudicación.

Cada quien lo suyo: que el juez de lo penal y el juez de lo civil o mercantil decidan cada uno en base a *sus* respectivas competencias. El supeditar el uno al otro es innecesario y obstructivo. *Innecesario* pues la misión (la competencia) de cada uno es diversa. Que cada uno la ejerza y llegue a *sus* conclusiones, mismas que no se pueden contradecir pues constituyen aplicaciones de derecho diverso (con todo lo que ello implica: estándar de evaluación distinto, nivel probatorio diverso). Son además *obstructivos*: el tipo de criterios que invitan a la chicanería del género que entorpece. Que permite escabullirse de compromisos. Debemos diseñar y preferir criterios jurídicos que logren sus cometidos por encima de los que obstaculizan otros. Ello es cierto siempre—y lo es más cuando ante un régimen cuyo *leitmotif* es hacer cumplir pactos: *el arbitraje*.

2. Actuar respecto de las medidas de obstrucción

Tal parece que la mejor visión es que el actuar del árbitro debe ceñirse al proceso que dirige, no a combatir la legalidad de los actos de obstaculización. No sólo porque la tendencia judicial es considerar que carecen de interés jurídico, sino porque hacerlo puede abrir un frente de discusión adicional que complique más de lo que ayude. De hecho, puede ser una trampa. La defensa (u ofensa) respecto de los actos de obstaculización corresponde al actor más importante en todo este drama: el abogado de parte, tema que abordo a continuación (no sin antes hacer un comentario breve sobre el papel del juez).

B. EL JUEZ DEBE CORREGIR

El papel del juez es importante. No se circunscribe a *no interferir* (como se explicó en la sección II), sino a *corregir* los actos que busquen obstruir. A dejarlos sin efectos, por ser contrarios al derecho constitucional de optar por arbitraje—tal como se explicó en la sección II de este ensayo.

C. EL ABOGADO DEBE DEFENDER

El papel del abogado es clave. Es de quien depende que prosperen o no las órdenes anti-arbitraje. No es el árbitro a quien le corresponde pelear,⁵⁰ sino al abogado de parte.

Aunque los pasos específicos pueden variar, hago dos sugerencias:

- (1) Ampararse: debe proceder el amparo por incorrecta aplicación del derecho aplicable. Por violar el derecho constitucional de optar por el arbitraje.
- (2) No temer por la validez del proceso arbitral: no se actualiza causal de nulidad o no ejecución.

1. Procede amparo legalidad en contra de cualquier orden arbitraje

Procede conferir la protección del juicio de amparo en contra de cualquier fallo que contraríe lo expuesto en la sección II de este ensayo. Cualquier acto que tenga por objeto obstaculizar un proceso arbitral es remediable en amparo por ser ilegal. Los motivos han sido expuestos en la §II de este ensayo.

2. No se actualiza la causal de nulidad o no ejecución

Hay quien ha hecho surgir la duda consistente en si desacatar una orden anti-arbitraje puede actualizar la causal consistente en que el proceso arbitral no se ajustó al acuerdo de las partes. Es decir, el siguiente texto resaltado de la causal (1)(d) de los artículos 1457 y 1462 del Código de Comercio:

La composición del tribunal arbitral o *el procedimiento arbitral no se ajustaron en el acuerdo celebrado entre las partes*, salvo que dicho acuerdo estuviera en conflicto con una disposición del presente título de la que las partes no pudieran apartarse a falta de dicho acuerdo, que no se ajustaron al presente título; o

El cuestionamiento parte de la premisa que cuando uno elige como sede a México, elige a sus jueces como competentes para apoyar el arbitraje. Luego entonces, desdejar una orden hace las veces de una violación al derecho (*qua* sistema) arbitral elegido.

El cuestionamiento es inteligente en que pone el dedo en la llaga: es bajo dicho prisma que debe verse el problema. Tenemos que analizar dicha posibilidad para aquilatar si se actualiza una causal, pues el árbitro debe guiar su actuar con miras a cerciorar que el laudo es eficaz y ejecutable.

Propongo que, aún así la respuesta es negativa. El motivo: porque la causal no se actualiza. Para entender por qué, es necesario comprender exactamente qué contempla la causal.

Lo que la causal de nulidad abarca es que el proceso arbitral no haya seguido el pacto de las partes. Y en ausencia de pacto, lo que al respecto establece el derecho de la sede.

Como se demostró en la sección II de este ensayo, *¡las órdenes anti-arbitraje no solo no son parte del derecho arbitral, sino que lo contradicen!* Lo que es más, *están expresamente vedados por el mismo.*⁵¹ Por consiguiente, no pueden entenderse comprendidas por la hipótesis normativa de la causal 1(d) de los artículos 1457 o 1462 del Código de Comercio o V(1)(d) de la Convención de Nueva York. Luego entonces, no se actualiza la causal de nulidad o no reconocimiento y ejecución del laudo por no observación de las mismas. Tomar la postura contraria significaría considerar como *parte* del derecho aplicable actos *que los desdican*—algo ilógico, además de antijurídico.

Es importante tener presente lo anterior, no solo por que está en mente de algunos, sino por que puede propiciar inactividad por miedo, bajo una aura de precaución.

D. LA INSTITUCIÓN ARBITRAL

Hay quien cuestiona el papel de la institución arbitral. Mientras que algunos atribuyen responsabilidad (inclusive complicidad) por el actuar indebido de un tribunal arbitral a las instituciones arbitrales, otros entienden que no es posible que ello ocurra: la institución arbitral sólo administra. No es quien resuelve los casos. Por ende, no puede ser responsable por el actuar de un tribunal arbitral. Y tampoco es ante quien se puede 'acusar' a un árbitro por tomar decisiones que no se comparten. No existe responsabilidad

aquiliana de las instituciones arbitrales por actos de los árbitros. A la institución arbitral le corresponde aplicar el reglamento.⁵² Punto. Cualquier aseveración en contra es contraria al papel de la institución.

IV. CONCLUSION: PROHIBIDO PROHIBIR

Está prohibido prohibir: ningún juez u otra autoridad puede suspender un proceso arbitral. Hacerlo es contrario a derecho arbitral pues las ordenes anti-arbitraje:

1. Desdican la palabra dada. Si las partes pactaron arbitraje, deben respetar su pacto.
2. Violan *compétence de la compétence*.⁵³ Siendo que el régimen aplicable procura que el juez pueda analizar la *validez* (no sentido) de la decisión del árbitro sobre su jurisdicción (y en tres ocasiones), las ordenes anti-arbitraje trastocan el (delicado) equilibrio que procura el principio y concepto jurídico de *compétence de la compétence*.
3. Por lo general violan el deber del juez de remitir a las partes al arbitraje.⁵⁴
4. Cuando toman la forma de medidas precautorias constituyen una degeneración del uso del instrumento procesal, que está diseñado y teleológicamente orientado a lograr la eficacia de los procesos arbitrales, no subvertirla.
5. Las violaciones anteriores pueden generar responsabilidad internacional del Estado.

Por lo anterior, aunque generan un *dilema* al árbitro, no por ello tiene que tratarse de una *aporía*. Y los *dictio simpliciter* que se han emitido al respecto son con frecuencia soluciones subóptimas a un problema complejo. Lo que se necesita es que:

- (a) El árbitro tenga en cuenta su deber más elemental: ejercer la jurisdicción con la que cuenta
- (b) El abogado de parte defienda, y lo haga bien.

- (c) El juzgador corrija: restaure el equilibrio fino con el que fue diseñado el derecho arbitral, concediendo el amparo por inexacta aplicación de la ley en contra de cualquier acto que se constituya en una orden anti-arbitraje.

El motivo: si está prohibido prohibir, el destinatario de la prohibición ilícita no debe (no puede) quedarse con los brazos cruzados. Debe de hacer todo lo posible por cumplir su misión.

V. COLOFÓN

En *Arbitraje* planteo:⁵⁵

la legalidad [en México] de ... lo que en otras jurisdicciones se ha llamado "*anti suit injunctions*" ... [h]abrará que ver qué depara el futuro.

El futuro nos ha alcanzado. Es hora de definir su ilegalidad conforme a derecho mexicano. Y al hacerlo tiene que tenerse en mente que se tratan de medidas que interfieren con el ejercicio de las partes de un derecho constitucionalmente tutelado: el derecho a utilizar los mecanismos alternativos de solución de controversias, tal como la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación lo ha hecho ver.

NOTAS Y BIBLIOGRAFÍA

¹ Octubre 2017 del Boletín del Centro de Arbitraje de la Industria de la Construcción (CAIC) (www.caic.com.mx/publicaciones) pero se nutre de las observaciones recibidas, discusiones ocurridas y reflexión que ello ha propiciado desde entonces.

² Deseo reconocer que tomo prestada la cita del artículo de Emmanuel Gaillard en *Revue de l'Arbitrage* de 2004 (p. 47).

³ Ver por ejemplo *Arbitraje y la Judicatura*, Ed. Porrúa, México, 2007.

⁴ Dichas órdenes pueden involucrar procedimientos arbitrales. El resto de este análisis partirá de dicha premisa y las llamaré también 'órdenes anti-arbitraje'.

⁵ Utilizo la palabra 'pueden' pues ésta práctica no es tan rampante como algunos mencionan. Además, existen soluciones que abordo abajo.

⁶ Por ejemplo, en el caso *KBC v. Pertamina (Karah Bodas Company LLC v. Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara and PT, PLN (Persero)*, XXVII Yearbook Commercial Arbitration, 2002, pp. 814-838) una Corte de Distrito de Texas ordenó a Pertamina (una sociedad

de Indonesia) a que se abstuviera de continuar solicitando en Jakarta, Indonesia, la nulidad del laudo emitido a favor de KBC en diciembre de 2000 así como la emisión de una orden que prohibiera a KBC continuar con la ejecución del laudo (una orden anti-arbitraje).

⁷ Por ejemplo, la *House of Lords* inglesa ha determinado que era posible que un tribunal inglés emitiera dichas órdenes a una parte que había comenzado un litigio en otro Estado en violación de un acuerdo arbitral (*West Tankers Inc. v. RAS Riunione Adriatica di Sicurita SpA & Ors* (HL Lawtel, 21 de febrero de 2007), ello inclusive no obstante la Regulación Europea 44/2001 que casos anteriores habían sostenido que daban la facultad al primer tribunal que tenga conocimiento de un asunto (*'court first seized'*) de decidir las cuestiones sobre competencia (Corte Europea de Justicia, *Turner v. Grovit and Erich Gasser GmbH v. MISAT Srl*).

⁸ Como toda generalización, es inexacta en un universo de casos.

⁹ Postura que llevo más de una década defendiendo (*vid Arbitraje y la Judicatura*, Ed. Porrúa, Ciudad de México, 2007, p. 125 *et seq.* y *Arbitraje*, Ed. Porrúa, Ciudad de México, 4ª ed., 2014, pp. 762 y 1192).

¹⁰ Lo único que adelanto sobre ello es que puede ser justificado en ciertos casos e injustificado en otros. El motivo es el contexto personal del árbitro, que puede propiciar consecuencias más serias en ciertos casos que en otros.

¹¹ Y a diferencia del caso mexicano, el contexto jurídico de dichos casos era que la emisión de las medidas era posible conforme al derecho procesal aplicable—algo distinto al caso mexicano.

¹² Case C-185/07, *Allianz SpA v West Tankers Inc*, 2009 ECR 663.

¹³ Case C-536/13, *Gazprom OAO v Lietuvos Respublika*, 2015 ECR May, 2015.

¹⁴ Sentencia de fecha 18 de mayo de 2016 emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ("Sentencia AR 71/2014").

¹⁵ Sentencia AR 71/2014, ¶280.

¹⁶ Sentencia AR 71/2014, ¶281.

¹⁷ Sentencia AR 71/2014, ¶283.

¹⁸ Artículo 1457 del Código de Comercio.

¹⁹ Artículo 1461 del Código de Comercio.

²⁰ El único tropiezo (la contradicción 51/2005) ha sido superada mediante la modificación a derecho arbitral de 27 de enero de 2011. Dado que algunos siguen sin percatarse de ello (citando el criterio judicial superado en sus escritos, y algunos juzgadores utilizándolo como premisa de resoluciones), existe una iniciativa consistente en que algún Magistrado o Ministro solicite la sustitución de la Jurisprudencia en cuestión, atento a lo dispuesto en el artículo 230 de la Ley de Amparo, Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. (Para conocer la iniciativa, véase Boletín del Centro de Arbitraje de la Industria de la Construcción (CAIC), enero 2017, visible en www.caic.com.mx/publicaciones.)

²¹ Registro 2 014 012. Tesis: 1a. XXXVII/2017 (10a.), Primera Sala de la SCJN, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 40, Marzo de 2017, Tomo I.

²² Sentencia AR 71/2014, ¶285.

²³ Tercer párrafo del artículo 1432 del Código de Comercio.

²⁴ Artículo 1457 del Código de Comercio.

²⁵ Artículo 1461 del Código de Comercio.

²⁶ En sus palabras “ *The great paradox of arbitration is that it seeks the cooperation of the very public authorities from which it wants to free itself*”. (*The Idea of Arbitration*, Oxford University Press, Oxford, 2013, p. 30.)

²⁷ Artículo 1424 del Código de Comercio.

²⁸ Artículo 1427 del Código de Comercio.

²⁹ Artículo 1444 del Código de Comercio.

³⁰ Artículo 1425 del Código de Comercio.

³¹ Artículo 1454 *in fine* del Código de Comercio.

³² Artículo 1457 del Código de Comercio.

³³ Artículo 1462 del Código de Comercio.

³⁴ Artículo 1421 del Código de Comercio.

³⁵ De allí que, por ejemplo, conforme a derecho arbitral peruano una vez constituido el tribunal arbitral existe la obligación del juez estatal de enviar el expediente en el que se le solicitó una medida precautoria al tribunal arbitral. (Artículo 47(5) del Decreto Legislativo 1071 que establece “... La autoridad judicial está obligada, bajo responsabilidad, a remitirlo [al Tribunal Arbitral] en el estado en que se encuentre ...”.)

³⁶ *Arbitraje*, ob. cit., p. 762.

³⁷ Recientemente tuve que defender esta postura en un caso complejo ante un tribunal difícil, y con decisiones de una institución arbitral que complicaban.

³⁸ Es sospechosa por muchos motivos. Primero, se obtuvo en 48 horas. De sí, ello comunica algo. Segundo, de una jurisdicción que no tenía nada que ver con el asunto. No era la sede del arbitraje, no era el lugar del derecho aplicable, ni el lugar donde estaba la cosa en disputa. Tampoco era el lugar donde ocurrieron los hechos. El único vínculo era *un* domicilio de la parte demandada (lo cual también comunica algo).

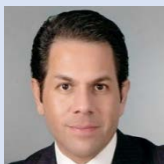
³⁹ Algo que comunica mucho a quienes conocen los tiempos de respuesta de los ministerios públicos y las (lamentables) realidades de nuestro país.

⁴⁰ El paso propició una recusación. La institución arbitral sin embargo la rechazó. (Se trató de la mejor institución arbitral del mundo: la ICC.) Indico esto pues existe una línea de opinión que el árbitro no debe hacer nada pues puede dar materia prima para una recusación. Someto a la consideración de los partidarios de dicha visión que ello es lo que algunos han llamado “*due process paranoia*”. Lo que es más, la preocupación no está sustanciada. Cuando ante una buena institución arbitral, las partes pueden esperar una decisión tomada por expertos que tengan el pulso del medio. Y a menos que el árbitro cometa un error—algo distinto a cumplir con su deber—no es obligado concluir que será removido. Lo que debe el árbitro hacer sin embargo es ser prudente en cómo maneja esta situación (crisis en verdad).

⁴¹ Dice “La pena será de uno a cinco años de prisión, cuando la desobediencia o resistencia sea a un mandato judicial o al cumplimiento a una sentencia.”

-
- ⁴² Registro 201137. DESOBEDIENCIA A UN MANDATO LEGITIMO DE LA AUTORIDAD, DELITO DE. Novena. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo IV. Octubre de 1996, p. 524.
- ⁴³ Francisco Muñoz Conde, *Teoría general del delito*, 4ª Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2007, pp. 98-99.
- ⁴⁴ Jiménez Huerta, Mariano, *Derecho Penal Mexicano*. Ed. Porrúa, Ciudad de México, 7ª edición, Tomo II, 2003, p. 367.
- ⁴⁵ Muñoz Conde, *Teoría general del delito, ob. cit.*, p. 132.
- ⁴⁶ Registro No. 263855. Seminario Judicial de la Federación, Sexta Época, Volumen XIII, Segunda Parte, p. 53.
- ⁴⁷ Registro No. 297841. Seminario Judicial de la Federación, Volumen CXIII. Quinta Época, p. 2195.
- ⁴⁸ Registro 811384, Quinta Época, Semanario Judicial de la Federación Tomo IX, p. 660.
- ⁴⁹ Registro 178294. Tesis XII.3o.4 C, Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXI, Mayo de 2005, p. 1564.
- ⁵⁰ Además, las medidas bien pueden ser una trampa. El que el árbitro las combata puede ser usado en contra del árbitro.
- ⁵¹ Artículo 1421 del Código de Comercio.
- ⁵² Lo más que puede hacer la institución es, manteniendo su independencia del asunto e imparcialidad respecto de las soluciones que se adopten, aconsejar al árbitro sobre las mejores prácticas a seguir. Atribuir responsabilidad por ello sería tanto como culpar por un accidente a quien aconseja conducir con prudencia.
- ⁵³ Artículo 1432 del Código de Comercio.
- ⁵⁴ Artículo 1424 del Código de Comercio.
- ⁵⁵ *Arbitraje, ob. cit.*, p. 813.

Elegir la manera de solucionar un conflicto entre particulares es un derecho humano: Propuesta de reforma al artículo 17 Constitucional



Enrique A. Hernández Villegas

Socio fundador de SCL – Solución de Conflictos Legales, S.C., cuyo objetivo es brindar asesoría en materia de Negociación, Mediación, Arbitraje y Litigio. Es especialista en Derecho Privado, Maestro en Derecho de la Empresa y Maestro en Ciencias Jurídicas por la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana. Ha cursado las especialidades de Derecho Civil, Derecho Mercantil, Derecho Procesal Civil y Mercantil, Derecho Económico y Corporativo y Amparo en la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana.

“La profesión judicial entera, abogados, jueces, profesores de derecho, se ha visto tan paralizada por la incesante actividad de los tribunales que nos inclinamos a olvidar que deberíamos ser los sanadores de los conflictos. En muchos casos de reclamos, los juicios contenciosos deberán, en un futuro, resolverse como se hacía en los antiguos juicios: a costa de batallas y sangre. Nuestro sistema es demasiado costoso, demasiado doloroso, demasiado destructivo, demasiado ineficiente para un pueblo verdaderamente civilizado”.

Warren E. Burger, Presidente de la Corte, en el Informe acerca de la situación del Poder Judicial, 1984

1. INTRODUCCIÓN

La Constitución mexicana cumplirá 100 años el 5 de febrero del 2017. Apenas pasados cuatro años desde su promulgación empezó a sufrir cambios y, desde entonces, ha sido reformada 697 veces a lo largo de 19 gobiernos federales.

En 2008, por virtud del nuevo texto del párrafo cuarto del artículo 17 de la Constitución Política de Los Estados Unidos Mexicanos, se estableció que las leyes preverán Métodos Alternativos de Solución de Controversias (“MASC”); también las reformas al artículo 18, en su nuevo párrafo sexto, contemplan formas alternativas de justicia que deben observarse en la aplicación del sistema de justicia penal para

adolescentes en la solución de controversias.

Hoy los MASC son una realidad en México y han demostrado incuestionablemente su valía y eficacia plena, permitiendo que las personas puedan resolver sus conflictos sin la necesidad de acudir a ningún tipo de autoridad, y mucho menos, a la judicial. Aun así, sigue siendo necesario adaptar el artículo 17 Constitucional a esta nueva realidad con base en la reforma que propongo en este.

Puntos clave

- La tecnología sobre la resolución de conflictos se está ampliando para satisfacer de mejor manera las necesidades originadas en el aumento de la litigiosidad de las relaciones comerciales e interpersonales.
- La resolución estratégica de conflictos puede solucionar controversias de forma creativa y eficaz mediante el uso de procesos seleccionados específicamente para resolver un conflicto determinado.
- Los procesos no litigiosos de resolución de conflictos como la negociación, la mediación y otros procedimientos extra judiciales para la solución de conflictos han venido siendo una parte integrante de los procesos judiciales.
- La resolución de conflictos judiciales a través de métodos alternativos creativos es diez veces mayor que las soluciones obtenidas a través de los procesos judiciales.

2. DIAGNÓSTICO DEL PROBLEMA ESTUDIADO

2.1 Vivimos en una sociedad altamente litigiosa.

En una sociedad que hace hincapié en los derechos y en la competencia, la posibilidad de apartarse del conflicto en forma deliberada como estrategia para manejarlo se desecha frecuentemente. En lugar de aceptar el mal proceder, se discute sobre la tendencia de nuestra sociedad a accionar ante prácticamente cualquier circunstancia.

Algunos conflictos se resuelven a través de la evasión simplemente porque, con

el tiempo, se abandonan. Algunos juicios tal vez no tuvieron garantía de prosperar desde el inicio, otros se abandonan para evitar el jaloneo jurídico o los gastos. De todos modos, la evasión puede considerarse como opción cuando se está frente un conflicto.

2.2 Los procesos tradicionales de solución de conflictos no logran satisfacer las necesidades de los estos tiempos.

Los tribunales están sobrecargados, los litigantes están enojados, los costos judiciales son altísimos, las relaciones comerciales y laborales se están destruyendo, y las partes damnificadas se rehúsan a solucionar sus conflictos por medio de autoridades.

Las partes se sienten frustradas con los abogados, los gerentes, los empleadores, los dirigentes gremiales, los socios comerciales y otros que trabajan con los conflictos porque están siempre demasiado ocupados con cuestiones procesales o maquinando para obtener una mejor posición negociadora. Los contendientes están enojados por la demora que se produce en las negociaciones, la larga espera en los tribunales y durante el proceso de producción de pruebas que conllevan grandes cantidades de tiempo y dinero para los presupuestos legales.

Durante muchos años, aquellos que han manejado conflictos se han preguntado acerca de la eficiencia del sistema judicial. Las partes desean que sus conflictos se resuelvan en forma rápida y justa, sin embargo, reciben, a cambio, juicios demorados, intrusivos y altamente costosos, que éstas no entienden ni mucho menos controlan.

2.3 ¿Qué es la solución no litigiosa de conflictos?

Los métodos de resolución no litigiosa de los conflictos representan el futuro de la solución de los mismos. Considerados desde tiempo atrás como técnicas aplicables sólo a los conflictos vecinales o tal vez a las negociaciones laborales, ahora son reconocidos por los abogados escrupulosos y gerentes de empresas como los procesos a elegir en el mundo de los negocios.

Más del sesenta por ciento de las 500 empresas Fortune (*Fortune 500*) se han comprometido a utilizar procesos no litigiosos de resolución de conflictos. Las partes en

conflicto están reconociendo los peligros del proceso judicial, no sólo porque es costoso, público, incierto y no permite que las partes tengan el control de la solución de sus conflictos, sino porque también produce estragos en la humanidad. Como dijera el Ministro de la Suprema Corte de Estados Unidos de América, Learned Hand, "Después de la muerte y la enfermedad, a nada le temería más, como litigante, que a un pleito".

2.4 Existen muchas maneras de resolver un conflicto en forma creativa.

La resolución no litigiosa de conflictos constituye una serie de estrategias para la solución de los mismos que no corresponde a los procesos habituales del litigio y de la negociación adversaria. Puede ser, tanto formal como informal, tan simple como una "política de puertas abiertas" (*open-door policy*) en la que los empleados pueden formular sus reclamos a la empresa antes de iniciar juicio, o tan compleja como un protocolo de acuerdo por daños y perjuicios por cuasidelitos masivos.

En Estados Unidos de América, los procesos de resolución de conflictos más conocidos son la negociación, la mediación y el arbitraje. Estos procesos han crecido y se han combinado para formar decenas de variantes que incluyen, entre otras, la evaluación preliminar neutral (*early neutral evaluation*), el juicio sumario por jurado (*summary jury trial*), el mini-proceso (*mini trial*), el med-arb (combinación de mediación con arbitraje) y los procesos anexos a los tribunales (*court annexed processes*), tales como las reuniones conciliatorias en sede judicial, el arbitraje judicial (*judicial arbitration*) y la contratación judicial temporal (*temporary judging*).

La resolución creativa de conflictos puede describirse simplemente como "todo lo que usted puede hacer para evitar un juicio". Aquellos que se desempeñan en el ámbito de la resolución de conflictos han desarrollado este campo desde la forma más simple de comunicación directa, hasta las estrategias para la solución de conflictos sumamente estructurados, con la participación de paneles de terceros neutrales y procedimientos sofisticados.

Una de las razones por las cuales la resolución creativa de conflictos resulta tan atractiva es su flexibilidad, su habilidad para adaptarse a través de la capacidad del usuario para satisfacer las necesidades de los participantes y del conflicto. Seleccionar un proceso y adaptarlo para atender un conflicto determinado puede ser un arte. Esta es una de las razones por las cuales este ámbito está en constante cambio.

Sin embargo, muchos de los que se ocupan de resolver conflictos no están familiarizados con estos procesos innovadores.

En la actualidad, a pesar de que los abogados e importantes empresarios están al tanto de los procesos no-litigiosos de resolución de conflictos, la mayoría no tiene la experiencia suficiente en el manejo de estos nuevos procesos como para aplicarlos con comodidad. Desafortunadamente, no están pudiendo captar el potencial que existe en los procesos creativos de resolución de conflictos, en cuanto al ahorro en los gastos y al aumento de la productividad se refiere.

El entorno empresarial competitivo actual exige que todas las causas judiciales sean evaluadas en forma agresiva y continua como potenciales destinatarias de dichos métodos alternativos. Las organizaciones exitosas deben fomentar y recompensar la pronta solución de los conflictos, abandonando aquellos enfoques del proceso judicial demasiado cautelosos y costosos.

Dicho cambio requerirá una capacitación más amplia sobre de la complejidad de los procesos de resolución de conflictos por parte de los abogados de ambas partes, los gerentes de empresas y los que diseñan las políticas. De esta forma se sentirán más cómodos para recurrir primero a estos procesos innovadores para solucionar los conflictos y utilizarán el proceso judicial para aquellas causas que verdaderamente requieran un proceso más formal.

Las personas que manejan conflictos y que no se interiorizan en el tema de resolución de conflictos ni en el uso de procesos alternativos para solucionarlas, pueden estar ocasionando a sus clientes, a sus empresas y a la ciudadanía en general, gastos

que no pueden afrontar. Por ello, las organizaciones están ampliando los departamentos de asuntos legales internos para así retomar el control de los gastos efectuados y de sus estrategias. Asimismo, recurren a nuevas estrategias para ofrecer estos procesos alternativos para la solución de sus conflictos jurídicos.

En países avanzados como Francia, existe lo que se conoce como *“Dispute Wise”*, que se traduce como la forma inteligente de administrar y resolver disputas legales. En Francia han aprendido que una empresa inteligente es aquella que: i) establece una política para el uso de la mediación; ii) proporciona capacitación sobre mediación a su equipo jurídico; iii) establece un sistema para monitorear y dar seguimiento a las relaciones importantes para el negocio; iv) adopta una estrategia sobre el uso de la mediación, y v) anticipa el uso de la mediación.

2.5 El litigio en sede judicial posee considerables limitaciones para resolver el conflicto.

El proceso judicial contencioso siempre ha tenido etapas de crisis, actualmente no es la excepción. Los costos de abogados por honorarios profesionales y los costos involucrados en el juicio hacen que el proceso sea prohibitivo para muchos.

El proceso judicial hace que los conflictos sean de público conocimiento cuando, a menudo, ambos contendientes preferirían manejar su controversia en forma privada. Este tipo de deficiencias ha hecho que muchos participantes emprendan la búsqueda de mejores maneras de resolver sus conflictos.

Los procesos innovadores de resolución de conflicto constituyen un complemento de las resoluciones judiciales, pudiendo solucionar controversias en forma creativa y eficaz mediante el uso de procesos seleccionados específicamente para resolver un determinado conflicto.

2.6 Lo dispuesto en los textos constitucional o legal, nacionales, vigentes o reformados e internacionales, en su caso.

El artículo 17 de nuestra Constitución dispone lo siguiente:

“Art. 17 Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho. Toda persona tiene

derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales. (...)

Las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias. (...)

Nadie puede ser aprisionado por deudas de carácter puramente civil”.

Como se sabe, este artículo garantiza el derecho a la justicia, o más precisamente el derecho de acceso a ella, es decir, la posibilidad de acudir ante un juez para que resuelva un pleito entre particulares o para que el Estado castigue a quien ha cometido un delito y lo obligue a reparar el daño causado. De esta manera, no se permite que cada quien pretenda, por sus propios medios, ejercer violencia para reclamar su derecho, por ejemplo, para que se le pague una deuda o se le indemnice por los daños o perjuicios que se le hayan ocasionado¹¹.

Ahora, la Constitución prevé dos opciones: la judicial y la justicia civil.

Los MASC son una garantía para que la población tenga acceso a una justicia pronta y expedita. Los MASC permiten, en primer lugar, cambiar al paradigma de la justicia restaurativa, propiciando una participación más activa de la población para encontrar otras formas de relacionarse entre sí, donde se privilegie la responsabilidad personal, el respeto al otro y la utilización de la negociación y la comunicación para el desarrollo colectivo. Ante tal contexto normativo, debe concluirse que tanto la tutela judicial como los mecanismos alternos de solución de controversias se establecen en un mismo plano constitucional y con la misma dignidad, y tienen como objeto idéntica finalidad, que es, resolver los diferendos entre los sujetos que se encuentren bajo el imperio de la ley en el Estado Mexicano.

2.3 Jurisprudencia Nacional

ACCESO A LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS, COMO DERECHO HUMANO. GOZA DE LA MISMA DIGNIDAD QUE EL ACCESO A LA JURISDICCIÓN DEL ESTADO².

Los artículos 17, segundo párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, reconocen a favor de los gobernados el acceso efectivo a la jurisdicción del Estado, que será encomendada a tribunales que estarán expeditos para impartir justicia, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial; en ese sentido, la Constitución Federal en el citado artículo 17, cuarto párrafo, va más allá y además de garantizar el acceso a los tribunales previamente establecidos, reconoce, como derecho humano, la posibilidad de que los conflictos también se puedan resolver mediante los mecanismos alternativos de solución de controversias, siempre y cuando estén previstos por la ley. Ahora bien, en cuanto a los mecanismos alternativos de solución de controversias, se rescata la idea de que son las partes las dueñas de su propio problema (litigio) y, por tanto, ellas son quienes deben decidir la forma de resolverlo, por lo que pueden optar por un catálogo amplio de posibilidades, en las que el proceso es una más. Los medios alternativos consisten en diversos procedimientos mediante los cuales las personas puedan resolver sus controversias, sin necesidad de una intervención jurisdiccional, y consisten en la negociación (autocomposición), mediación,

conciliación y el arbitraje (heterocomposición). En ese sentido, entre las consideraciones expresadas en la exposición de motivos de la reforma constitucional al mencionado artículo 17, de dieciocho de junio de dos mil ocho, se estableció que los mecanismos alternativos de solución de controversias "son una garantía de la población para el acceso a una justicia pronta y expedita ..., permitirán, en primer lugar, cambiar al paradigma de la justicia restaurativa, propiciarán una participación más activa de la población para encontrar otras formas de relacionarse entre sí, donde se privilegie la responsabilidad personal, el respeto al otro y la utilización de la negociación y la comunicación para el desarrollo colectivo"; ante tal contexto normativo, debe concluirse que tanto la tutela judicial como los mecanismos alternos de solución de controversias, se establecen en un mismo plano constitucional y con la misma dignidad y tienen como objeto, idéntica finalidad, que es, resolver los diferendos entre los sujetos que se encuentren bajo el imperio de la ley en el Estado Mexicano". Segundo Tribunal Colegiado en materia civil del tercer circuito.

Amparo en revisión 278/2012. Alfonso Ponce Rodríguez y otros, 13 de septiembre de 2012. Unanimidad de votos. Ponente: Gerardo Domínguez. Secretario: Enrique Gómez Mendoza.

2.4 Doctrina (Derecho comparado)

a) Una breve historia acerca de la resolución de conflictos en Estados Unidos de América

La resolución de conflictos comenzó mucho antes que el litigio. Los procedimientos

creativos de resolución de conflictos no podrían considerarse nuevos; inclusive, han constituido una parte integral del litigio judicial.

Los procesos no litigiosos de resolución de conflictos en los Estados Unidos nacieron con los valores de los puritanos provenientes de la colonia de Massachusetts Bay; continuaron en el siglo 19 en las comunidades utópicas, y tuvieron auge entre los inmigrantes que se encontraban poco acogidos o confundidos por el sistema jurídico norteamericano.

En la actualidad, la cantidad de causas judiciales que se resuelven a través de procesos no litigiosos de solución de conflictos, incluyendo la negociación, es diez veces mayor que la que se resuelve a través de juicios. Sin embargo, durante los últimos veinte años, el concepto de resolución de conflictos ha adquirido enorme importancia; lo han institucionalizado. Tal es el caso de la Asociación Americana de Abogados (ABA), los tribunales federales y estatales, las reparticiones administrativas federales y estatales, los poderes legislativos estatales y el Congreso Federal. Se puede decir que el profundo interés en la resolución de conflictos es bastante reciente.

Esta explosión comenzó a fines de la década de los setenta cuando los poderes legislativos estatales consideraron por primera vez las propuestas para utilizar "nuevos" procesos, tales como la mediación y el arbitraje, junto con o como alternativa al proceso judicial. En la actualidad, las facultades de derecho y de administración de empresas han comenzado a ampliar sus programas de estudio para reflejar las múltiples opciones disponibles para la resolución eficaz y eficiente de conflictos.

En 1978, el Procurador General Griffin Bell estableció tres centros vecinales de justicia que proporcionaban un recurso de mediación para la resolución de conflictos comunitarios y vecinales. Bell también consiguió la colaboración de tres tribunales federales de distrito para conducir un programa piloto de arbitraje judicial (*court-annexed arbitration*). A principios del 1980, importantes empresas y agencias federales comenzaron a experimentar los métodos alternativos al litigio a través de una variedad de organizaciones estatales y privadas.

b) Los procesos creativos de resolución de conflictos se están institucionalizando.

Durante los años ochenta, los tres centros de justicia piloto para temas vecinales aumentaron sus programas comunitarios de resolución de conflictos a más de cuatrocientos.

Posteriormente, todos los estados aprobaron leyes relacionadas con la resolución de conflictos. Se crearon más de 120 comisiones de abogados, y la resolución alternativa de conflictos se convirtió en el punto de unión de los esfuerzos para reformar el sistema judicial. La American Bar Association creó sus proyectos de Tribunales Multipuertas (*Multi-Door Courtroom Projects*) en tres ciudades.

Además se crearon programas de formación jurídica permanente en resolución de conflictos, así como también nuevos programas que abarcaron las facultades de derecho de Pepperdine, Harvard, Willamette, Missouri, Vermont y Ohio State.

3. PROPUESTA PARA RESOLVER EL PROBLEMA ESTUDIADO O ANÁLISIS COMPARATIVO

Según la tesis de jurisprudencia que arriba menciono, hoy en día se reconoce el acceso a los MASC, entre ellos, a la mediación, como un derecho humano de las personas. Se enfatiza que las personas son dueñas de su propio problema (litigio) y, por tanto, son ellas quienes deben decidir la forma de resolverlo, por lo que pueden optar por un catálogo amplio de posibilidades, en las que el proceso jurisdiccional es una más.

Como ya lo apunté, los MASC garantizan a la población un mecanismo eficiente y ágil para resolver sus controversias.

Por fin se trata a la sociedad mexicana como personas "mayores de edad", capaces de resolver sus propios conflictos sin la intervención de ningún tipo de autoridad. La figura femenina que detiene la balanza de lo justo, con ojos vendados, asequible sólo a unos cuantos, conocida como la Diosa o Dama de la Justicia (personificación alegórica de la fuerza moral en los sistemas judiciales), quedó atrás en el olvido.

Esa concepción originada en los grandes códigos del siglo XIX, donde se creía que para encontrar una sociedad justa era importante que hubiera leyes, tribunales y profesionales del derecho (que ha desembocado en jueces que interpretan esa ley y a profesionales de derecho que la interpretan pensando en sus clientes o defendidos); hoy se ha puesto de cabeza gracias al concepto de la justicia alternativa.

La justicia estaba reservada como una facultad del Estado que hacía realidad a través de los tribunales y toda su compleja estructura; sin embargo, ahora el concepto de justicia alternativa es "alterna" a eso, a la autoridad judicial, y es justicia en la medida que es el acuerdo de las partes el que resuelve el conflicto, no la sentencia judicial, no

la decisión de la autoridad.

En una muy interesante entrevista que se le realizó al Dr. Luis Miguel Díaz en el programa de nuestro Colegio, el Canal Judicial, el Dr. Díaz expresó lo siguiente:

“Hoy a la sociedad mexicana por fin se le dio un trato de personas “mayores de edad”, capaces de resolver sus propios conflictos sin la intervención de ningún tipo de autoridad; de suerte que, esa señora tan lejana que conocíamos vestida con poca ropa que detiene una balanza de lo justo, quien está allá, a lo lejos, como en la estratósfera con los ojos vendados aseQUIBLE sólo a unos cuantos, conocida como la “Diosa o Dama de la Justicia” (personificación alegórica de la fuerza moral en los sistemas judiciales), quedó atrás en el olvido; puesto que, esa concepción originada en los grandes códigos del siglo XIX, donde había la creencia de que para encontrar una -sociedad justa- era importante que hubieran leyes, tribunales y profesionales del derecho y, a partir de esas ideas centrales es que se conceptualiza a la justicia como una realidad que responde a una ley que dice cómo deben ser las cosas, a jueces que interpretan esa ley y a profesionales de derecho que interpretan la ley pensando en sus clientes o en la persona que defienden; esa idea, hoy está puesta de cabeza con el concepto de la justicia alternativa.

En ese contexto, la justicia estaba reservada como una facultad del Estado que hacía realidad a través de los tribunales y toda su compleja estructura; sin embargo, ahora el concepto de justicia alternativa es “alterna” a eso, a la autoridad judicial, y es justicia en la medida que es el acuerdo de las partes el que resuelve el conflicto, no la sentencia judicial, no la decisión de la autoridad”³.

Coincido totalmente con el profesor Díaz en que necesitamos desarrollar una cultura del acuerdo y de la negociación. El mundo moderno y global nos impone que, como abogados y profesionales del Derecho, optemos por la construcción de acuerdos, en lugar de pleitear las causas.

Estoy seguro de que todos coincidimos en que ya no es con más leyes, jueces y tribunales y con más abogados que interpretan la ley en beneficio de sus clientes como se van a solucionar los conflictos de las personas de manera efectiva, y sobre todo, de manera pronta.

En consecuencia, con lo expuesto, propongo una reforma al artículo 17 Constitucional en los siguientes términos:

Art. 17 Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho. ***Toda persona tiene derecho a decidir libremente la manera de resolver su propia controversia, por lo que, puede optar por un catálogo amplio de posibilidades, en las que el proceso jurisdiccional es una más.***

En el caso de que decida solicitar la administración de justicia por tribunales, éstos estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales. (...)

BIBLIOGRAFÍA

- ¹ Andrade Sánchez, Eduardo, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Comentada, 3ª Ed.; México, Oxford, 2016, pp. 52 y 53.
- ² Tesis: III.2o.C.6 K (10a.). Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Décima Época 2004630. Tribunales Colegiados de Circuito Pág. 1723 Libro XXV, Octubre de 2013, Tomo 3 Tesis Aislada Constitucional.
- ³ Dr. Luis Miguel Díaz. Participación sobresaliente como invitado al programa “Háblame Derecho” de la Barra Mexicana Colegio de Abogados, A.C., Ciudad de México, 2 de junio de 2009.

El mediador: un torero de la paz



Enrique A. Hernández Villegas

Socio fundador de SCL – Solución de Conflictos Legales, S.C., cuyo objetivo es brindar asesoría en materia de Negociación, Mediación, Arbitraje y Litigio. Es especialista en Derecho Privado, Maestro en Derecho de la Empresa y Maestro en Ciencias Jurídicas por la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana. Ha cursado las especialidades de Derecho Civil, Derecho Mercantil, Derecho Procesal Civil y Mercantil, Derecho Económico y Corporativo y Amparo en la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana.

1. INTRODUCCIÓN

En un mundo tan polarizado como el que vivimos, se requieren cada vez más profesionales que se avienten al ruedo para mediar capazmente en las desavenencias, para lidiar con arte y valentía ante actitudes beligerantes que nos alejan de la paz.

El arte de la mediación es dar solución al conflicto entre dos partes mediante el diálogo y el entendimiento mutuo, con la ayuda de un tercero: un mediador que escucha, que no toma ninguna decisión, que de manera imparcial y mediante sesiones conjuntas y privadas, consigue ayudarles a entenderse y ponerse de acuerdo.

Sin embargo, pensar que la función del mediador es un oficio que cualquiera puede llevar a cabo con ayuda de un manual es un error. Si bien es cierto que hay rasgos innatos que inclinan hacia y facilitan la labor de mediador (capacidad de escucha, espíritu conciliador, un discurso equilibrado, entre otros), ser un mediador experto es un arte arriesgado y apasionante –como el del torero–, en ambos se necesita temple e intuición, sentido del *timing*, sensibilidad, paciencia y, a la vez, arrojo para “tomar al toro por los cuernos”. Ser un mediador de primer nivel implica el concienzudo estudio de una serie de disciplinas que lo habilitan para una conducción efectiva de la mediación y los consecuentes resultados benéficos para los mediados.

El mediador es una persona que se pone al servicio de otra para ayudarla a resolver el conflicto que le aqueja; para poder cumplir con esa misión de paz, es condición *sine qua non* que el mediador tenga la calidad de experto facilitador en la implementación de técnicas de la comunicación. Aquí cabe preguntarse qué define a un experto como tal. De acuerdo con Malcolm Gladwell, en su libro *Outliers*, se requieren diez mil horas de práctica para hacerse experto en cualquier tema.¹ Esto equivale a doce horas diarias durante dos años y medio, seis horas al día durante cinco años, tres horas diarias durante diez años o una hora y media al día durante veinte años.

Por cierto, *outlier* es un término en inglés que describe a las personas o a los datos estadísticos que se salen de las normas; es decir, que son atípicos. El autor lo emplea para referirse a hombres y mujeres que hacen cosas fuera de lo ordinario. Gladwell apunta que el éxito, incluso en la escala de Mozart, no es cosa de genio innato, sino que es una mezcla de habilidad, suerte y, por encima de las anteriores, una voluntad férrea para esforzarse.

Ahora bien, un diplomado de mediación para desarrollar las competencias profesionales básicas, los conocimientos especializados y las habilidades necesarias para ejecutar el rol de mediador conlleva un promedio de 190 a 200 horas. Una maestría toma 1,500 horas. Aun así, toda esta dedicación académica está muy lejos de las 10,000 horas requeridas para alcanzar la condición de experto que un oficio tan relevante como el de mediador exige.

Hoy, en México, se necesita de la formación de abogados del siglo XXI, capaces de solucionar conflictos por vías alternas a la de la judicialización. La conciencia de este apremio está dando pasos certeros. El pasado 7 de septiembre de 2016 se llevó a cabo un desayuno sin precedentes a iniciativa de la Lic. Cecilia Azar Manzur, presidenta del Comité de Mediación de la Cámara de Comercio Internacional (ICC).

Ahí participaron diversas universidades de la Ciudad de México, representadas por sus respectivos Directores de Carrera.² El objetivo de la reunión fue hacer notar la necesidad y, sobre todo, la conveniencia de que en sus respectivos programas de la

carrera de Derecho³ se establezca la materia de Métodos Alternativos de Solución de Controversias (así como Teoría del Conflicto y Negociación), no como una materia optativa en la recta final de la carrera, sino como una materia obligatoria al comienzo de la carrera por ser eje central en la formación de los estudiantes, tal y como lo son las materias de Derecho Civil, Derecho Mercantil y Constitucional.

En esta reunión se subrayó que no es con más leyes, más tribunales⁴ y más abogados que defienden a sus clientes como se van a solucionar los problemas de las personas. Se pretende desterrar la creencia tóxica de que el litigio es el único mecanismo para resolver los conflictos de los mexicanos. Los tiempos que corren y las sociedades actuales requieren menos abogados beligerantes y más abogados conciliadores, equilibrados, negociadores. Siempre que se resuelva un pleito en lugar de ganarlo, estaremos acercándonos a la función más elevada de la profesión de abogado⁵.

2. EL ARTE DEL MEDIADOR

Indudablemente, el mediador necesita mucho más que conocer la ley, el reglamento y tener las competencias laborales mínimas requeridas para ser considerado como un facilitador capaz, con los recursos y las herramientas indispensables para ayudar a las personas a gestionar y resolver un conflicto.

A partir de mi experiencia profesional y mi reflexión sobre la materia, para ser un mediador experto es necesario adentrarse en lo siguiente:

- a) Teoría del conflicto
- b) Negociación
- c) Programación neurolingüística
- d) Lenguaje persuasivo
- e) Neurociencias
- f) Inteligencia emocional
- g) Pertenecer a un colegio de mediadores

Doy a continuación una muy breve explicación sobre cada uno de estos puntos y su importancia dentro de la mediación.

3. TEORÍA DEL CONFLICTO

El conflicto surge cuando hay una polarización de las diferentes perspectivas, percepciones y realidades entre las personas. El conflicto no es negativo ni positivo, es neutral, pero no es pasivo; esto quiere decir que, si no se soluciona, va en aumento porque es dinámico.

El mediador sabe perfectamente que el conflicto es algo normal en la vida de las personas y de las instituciones; que un conflicto no tiene una verdad absoluta, sino que tiene una historia desde cada una de las personas que interviene en él, y que en realidad no hay hechos, tan sólo interpretaciones. La interpretación es el único hecho del cual se puede hablar.

El mediador es quien, involucrado en el conflicto, les hace ver a las personas qué es lo que está en juego. El mediador labora para que dejen de luchar por el bien de los niños, de la familia, de la empresa, de la comunidad, y en aras de un mejor futuro.

4. NEGOCIACIÓN

Desde luego, resulta incomprensible hablar de mediación sin antes entender en qué consiste la negociación y los diferentes modelos que existen al respecto.

Aunque es cierto que no existe un pensador único, como tampoco un libro que diga los cinco pasos básicos de la negociación, el buen mediador entiende perfectamente que detrás de toda negociación hay una necesidad de bienes o servicios. En la negociación se puede decir todo lo que se quiera, pero al final sólo hay dos sílabas: sí o no.

Existen diversos tipos de negociación, pero el mediador en todo momento aspira a que las personas cooperen para alcanzar los máximos beneficios: ganar-ganar. Sin embargo, el arte del mediador reside en saber que las personas y el proceso son mucho

más importantes que las cuestiones sustanciales de la misma negociación.

5. PROGRAMACIÓN NEUROLINGÜÍSTICA (PNL)

La PNL es el estudio de cómo se organizan mentalmente las experiencias sensoriales, emocionales y lingüísticas y el grado de influencia de las mismas para que las personas se comporten de la manera cómo lo hacen.

Gracias a este modelo, el mediador puede detectar el sistema de representación sensorial de las personas con las que interactúa, por ejemplo, si éstas son visuales, auditivas o kinestésicas, lo que le ayudará a conseguir una mejor empatía con ellas, pues cada persona construye de acuerdo con su visión del mundo. Gracias a la PNL entendemos que la mente no es una máquina de propósito específico (como una máquina sumadora), sino que ésta se puede programar infinitas veces como si fuera un iPad con una multitud de funciones.

6. LENGUAJE PERSUASIVO

El lenguaje es la herramienta más poderosa que tenemos los seres humanos. Hoy se considera que el lenguaje es más importante que la razón porque es la vía para comunicarnos con los demás. El ser humano piensa y luego habla, se comunica.

El mediador, como un torero de la paz en medio del inminente embate, genera los recursos lingüísticos para despertar empatía entre las personas. Como el torero con su capota, el mediador dirige la atención de las personas a un estado anímico específico, las persuade para que entiendan que el proceso de la mediación es el mejor camino para solucionar el conflicto que están experimentando y las guía para resolver los puntos de desacuerdo.

Asimismo, gracias a la lectura del lenguaje corporal y del no verbal, el mediador comprende lo que las personas están contando y que no están pudiendo verbalizar. Todo lo que las personas dicen tiene un significado y lo que no se verbaliza tiene una razón detrás. Además, el mediador sabe detectar el estrés y las mentiras que expresan

las personas, y también reconoce cuando las personas comunican un “sí” o un “no” con absoluta claridad, sin ambigüedades.

7. NEUROCIENCIAS

Para el mediador es fundamental entender qué ocurre cuando se activa una emoción como resultado de un estímulo externo (percepción) o de un pensamiento, así como comprender de manera general, pero precisa, el funcionamiento del cerebro.

El ser humano es un ser vivo, una unidad biológica con emociones y pensamientos que se modifican momento a momento gracias a la bioquímica del cuerpo. El mediador, en su interacción con las personas entiende que lo que las define no son sus pensamientos ni sus emociones, sino que hay mucho detrás de eso; el mediador se esmera en encontrar la parte consciente de las personas, pues las emociones no controladas pueden tener mucho peso sobre la toma de decisiones. Es decir, al trabajar en el momento presente, las personas pueden darse cuenta de lo que realmente sucede, y así reaccionar favorablemente para hacerse cargo y tomar responsabilidad.

8. INTELIGENCIA EMOCIONAL

Desafortunadamente en México existe un analfabetismo emocional. A los niños no se les enseña a conocer y manejar sus emociones. Si esto se modificara, toda la sociedad cambiaría pues, como lo dice Elsa Punset, escritora y filósofa española *“Cuando hablamos de inteligencia emocional, hablamos de una capacidad importantísima en la vida de las personas, de hacer coherente el instinto, la emoción y el pensamiento”*.

9. PERTENECER A UN COLEGIO DE MEDIADORES

La participación en un colegio es fundamental, me atrevería a decir que casi obligatoria, puesto que, es en ese gremio y espacio en donde se reúnen los mediadores para compartir sus experiencias e intercambiar información relevante alrededor de la mediación. En el Colegio Nacional de Mediadores Privados Certificados, A.C. (por sus siglas CONAMEC⁶ ⁶), existe un calendario anual de talleres académicos con una

diversidad de temas de gran trascendencia para la práctica y la formación de mediadores en México, con estupendos profesores expertos en la mediación, como por ejemplo, los mediadores públicos del Centro de Justicia Alternativa de la Ciudad de México⁷, quienes constantemente y de manera muy generosa nos han compartido sus conocimientos y experiencias.

Hago notar que dentro de las disciplinas referidas no señalo a la psicología, la pedagogía o alguna similar de corte terapéutico, puesto que, en mediación no se dan terapias de ningún tipo, amén de que se parte del hecho cierto de que las personas que asistimos tienen un óptimo estado de salud mental, es decir, que son personas sanas que atraviesan por un conflicto.

Cuando un profesional en toda la extensión de la palabra posee un cúmulo de conocimientos y una vasta experiencia probada en la ciencia o materia de su interés, y además pone pasión en ello, los resultados son sencillamente sorprendentes, como lo describe Carmen Cobos, abogada y mediadora española, en su artículo “Mediar con Pasión”⁸. Poner pasión en algo es poner nuestros cinco sentidos –como el torero cuando debe enfrentar al animal–, poner nuestro tiempo, nuestra intuición, y sobre todo nuestro interés. Nada puede salir mal si aplicamos todo este esfuerzo en algo.

Por supuesto, no se puede olvidar que el mediador trabaja en todo momento para y con personas, siempre mirando el rostro humano. Así que quien no disfrute de sociabilizar e interactuar con otros, sin importar religión, sexo, condición económica y social, nacionalidad, color de piel, o creencias, no podrá aspirar a dedicarse al arte de la mediación. A medida que va adquiriendo experiencia, el mediador va desarrollando el “músculo” de encontrar lo agradable en todas las personas, sin caer en la adulación.

El mediador facilita procesos, induce discusiones, explica, procura una imagen positiva de las partes. El mediador distingue los deseos, las necesidades y los intereses de las personas, presenta mundos posibles, es asertivo, y lo más importante: ubica el conflicto en su genuino contexto.

Inclusive, en ciertas ocasiones a través del humor, el mediador deja ver que lo que parece racional, es irracional; lo que parece importante, es poco importante; lo que parece ineficaz, es práctico; lo que parece absoluto, es relativo. Ciertas dosis de humor también aumentan el sentido del bienestar además de que preserva la cordura.

Como un verdadero torero de la paz, el mediador hace faenas espectaculares cuando en medio de la adversidad y de hostilidad entre las partes y con una mínima y sutil intervención consigue regresarlos al espacio del diálogo constructivo, dejando atrás los ataques personales que pueden ser estocadas mortales y alejar de la solución. El mediador siempre tiene un objetivo en mente: desentrañar malentendidos y cambiar percepciones para ayudar a las personas a resolver su conflicto sin meterse a él. El mediador sabe que él es el único que puede conseguir ese objetivo.

Como sabemos, en mediación casi no hay reglas ni formalismos, puesto que, la mediación se rige y se sustenta con sus propios principios rectores; de manera que, lo que sobresale es el arte, el temperamento y la creatividad del mediador, al igual que con los toreros.

Definitivamente no creo en el mediador empírico, es decir, en el que se forma a través del conocimiento obtenido de la experiencia, puesto que el mediador incorpora en su quehacer de facilitador muchas disciplinas que debe estudiar formalmente.

El mediador en su condición de experto conoce perfectamente los lineamientos, los procesos y las herramientas que cada una de las disciplinas ya referidas le aporta dentro de la mediación; al grado que, eso le permite en cualquier momento cambiar las reglas, invertirlas, jugar o hasta prescindir de ellas cada vez que lo considere necesario. En esto último reside la marcada diferencia entre el experto y el charlatán: no es lo mismo romper las reglas deliberadamente, que hacerlo por ignorancia.

Finalmente, el mediador experto, enfundado en su propio traje de luces y siempre listo para entrar al ruedo del conflicto, ha comprendido que el instinto humano es más cooperativo que combativo. A partir de esa noción y con todas las herramientas de su

arte, convierte a los enemigos en aliados para conseguir un objetivo común: resolver la controversia.

NOTAS

¹ <http://gladwell.com/outliers/the-10000-hour-rule/>

² Centro de Investigación de Docencia Económicas (CIDE), la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), el Instituto Tecnológico de Estudios Superiores de Monterrey (TEC), el Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM), La Universidad La Salle (ULSA), La Escuela Libre de Derecho (ELD), la Universidad Anáhuac (Anáhuac), la Universidad Panamericana (UP), la Universidad Iberoamericana (IBERO), la Barra Mexicana Colegio de Abogados (BMA) y el Centro de Justicia Alternativa de la Ciudad de México (CJA).

³³ La educación debe integrar tanto contenidos teóricos como prácticos para formar abogados capaces de entender la lógica y la operación de estos mecanismos. Se trata de dar a los jóvenes abogados una formación profesional orientada a resolver disputas de manera inteligente y no únicamente a través del litigio judicial. Desafortunadamente, los abogados que salen de las universidades en nuestro país están en franca desventaja con los abogados norteamericanos, quienes durante su formación profesional son enseñados a negociar y mediar, además de que se les enseña a pensar y razonar el Derecho a partir de casos que, posteriormente, sirven de precedentes.

⁴ Por cierto, el Consejo de la Judicatura Federal, tiene estadísticas que demuestran claramente que cada vez que se crea un nuevo juzgado federal o un tribunal colegiado en cualquier materia (civil, administrativo, penal o laboral) para tratar de abatir la carga de trabajo de algún circuito en particular, ese nuevo juzgado o tribunal colegiado, en muy poco tiempo queda completamente saturado de asuntos y expedientes nuevos.

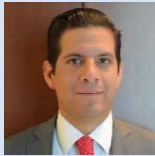
⁵ Hernández-Villegas, Enrique, "Abogados Mediadores: un nuevo paradigma en nuestra profesión". Revista Abogado Corporativo, No. 51, enero-febrero 2016, ANADE Colegio de Abogados, publicada por DoFiscal Editores, pág. 88.

⁶ <http://www.conamec.com.mx/>

⁷ De manera sobresaliente, la Mtra. Andrea Casillas Legarreta y el Mtro. Víctor Jiménez Rodríguez. A ellos mi más sincero reconocimiento por su estupenda labor de enseñanza.

⁸ <http://www.diariodemediacion.es/mediar-con-pasion/>

Motivación del Laudo: una primera reflexión del Artículo 1448 del Código de Comercio en vigor



José Massas Farrell

Asociado en Basham, Ringe y Correa Abogados desde 2007, ejerciendo en las áreas Litigio Civil, Mercantil y Arbitraje en la oficina de la Ciudad de México. Su práctica profesional abarca la atención de juicios civiles y mercantiles (ordinarios, ejecutivos, especiales, obra pública, concursos mercantiles, entre otros) ante autoridades del fuero común y federal, tramitados en el Distrito Federal e interior de la República, incluyendo juicio de amparo ante órganos del Poder Judicial de la Federación. Ha participado en procedimientos arbitrales seguidos en México, así como en procedimientos judiciales de ejecución y nulidad. Es graduado de la Universidad la Salle, campus Ciudad de México (ULSA) y tiene una especialidad en Derecho Civil por la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM).

1. INTRODUCCIÓN

Conforme a los artículos 14 y 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la fundamentación y motivación es el requisito indispensable para que cualquier acto de autoridad pueda legalmente afectar la esfera jurídica de los gobernados, es decir, sin vulnerar sus derechos humanos fundamentales velados por la propia constitución. En la práctica judicial mexicana, los elementos que integran dicha exigencia constitucional y la forma en que las autoridades deben actuar para satisfacerla mínimamente, han sido ampliamente estudiados por parte de los órganos de control constitucional y un sinnúmero de tesis aisladas y jurisprudencias se han emitido al respecto.

Por su parte, el actual artículo 17 constitucional, reconoce expresamente los mecanismos alternativos de solución de controversias y con ello se consolida la prerrogativa de los gobernados de optar por no acudir a la jurisdicción estatal para la resolución de cierto tipo de

controversias; además de establecer de manera definitiva (si no había sido clarificado anteriormente) que un tribunal arbitral no constituye un tribunal especial de los prohibidos históricamente en el artículo 13 de la constitución.

La Ley de Amparo en vigor, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 2 de abril de 2013, en sus artículos 1º y 5, fracción II, reconoce a los particulares la calidad de autoridades cuando sus funciones estén determinadas por una norma general y realicen actos equivalentes a los de autoridad. Bajo esta premisa, podría alguien considerar que los árbitros integrantes de un tribunal arbitral, en el ejercicio de su encargo, se equiparan y deben ser considerados como autoridades para efectos del juicio de amparo e intentar generar un debate sobre el tema en particular; que, si bien llegó a ser planteado, fue acertadamente desestimado por el poder judicial federal, sin que hasta el momento dicho planteamiento haya encontrado mayor eco. El alivio, por llamarle de alguna manera, no es menor pues si se llegase a considerar que los árbitros al emitir un laudo adquieren el carácter de autoridades para efectos de la ley de amparo, se les impondría el deber de fundar y motivar, con toda la amplitud que ha sido establecida por los tribunales federales, sus resoluciones.

Lo anterior no significa y mucho menos sugiere que los laudos arbitrales carezcan de motivación o incluso fundamentación, siendo pertinente aclarar que el imponer a los miembros de un tribunal arbitral un deber constitucional de esa magnitud, podría dar pie y abrir la posibilidad que ante la menor insinuación de violación a ese deber, se busque en última instancia que un órgano de control constitucional haga un escrutinio del fondo de la controversia resuelta en un laudo, en perjuicio del arbitraje como medio alternativo de resolución de controversias, de los avances en materia arbitral adoptados por nuestro

país desde su aceptación y las convenciones internacionales sobre la materia adoptadas por México.

En ese contexto, si los árbitros carecen del carácter de autoridades para efectos del amparo y no se encuentran constreñidos al deber constitucional de fundar y motivar su resolución (incluso resolver la controversia sometida a su consideración conforme a la letra o interpretación jurídica de la ley o los principios generales del derecho) ¿cuál es el alcance del artículo 1448 del Código de Comercio, en la parte que requiere, por regla general, que el laudo del tribunal arbitral deba estar motivado? ¿Significa que a pesar de todo sí existe un requisito mínimo de motivación a observarse en los laudos? De ser así, ¿cuál es ese mínimo y cuáles son las consecuencias de no alcanzarlo u omitirlo?

En el presente trabajo de corte estrictamente académico, se realiza un breve estudio de los antecedentes del referido artículo 1448 en busca de elementos que permitan responder dichas interrogantes.

2. REFORMA AL CÓDIGO DE COMERCIO PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN, EL 4 DE ENERO DE 1989.

Mediante iniciativa del poder ejecutivo federal de fecha 27 de octubre de 1988, se sometió a consideración de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, la iniciativa de decreto para reformar, adicionar y derogar diversas disposiciones del Código de Comercio, con la finalidad, en lo que interesa, de dar una reglamentación básica al procedimiento arbitral mediante la adición del Título Cuarto del Libro Quinto denominado "Del Procedimiento Arbitral" que fuera acorde con: (i) la Convención sobre el Reconocimiento de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, adoptada en Nueva York, Estados Unidos de América el 10 de junio de 1958 y publicada en el Diario Oficial de la Federación de 22 de junio de 1971; (ii) la Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero, adoptada en Panamá el 30 de enero de 1975 y

publicada en el Diario Oficial de la Federación del 2 de mayo de 1978; y (iii) la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre Arbitraje Comercial Internacional, adoptada el 21 de junio de 1985.

El resultado de la iniciativa fue el decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 4 de enero de 1989, por el cual se adicionó el Título Cuarto del Libro Quinto del Código de Comercio, denominado "Procedimiento Arbitral", conteniendo los artículos 1415 al 1437 y si bien en ninguno de los artículos adicionados al Código de Comercio se hace referencia a la obligación de motivar el laudo, los artículos 1430 y 1432 hacen una primera e incipiente mención de lo que posteriormente formaría parte del contenido del actual artículo 1448¹, al señalar respectivamente que *"El laudo arbitral será firmado por todos los árbitros, pero en caso de haber más de dos, si la minoría se rehusare a hacerlo, los otros lo harán constar y dicho laudo tendrá el mismo efecto que si hubiera sido firmado por todos."* y *"Los árbitros decidirán según las normas del derecho, a menos que, en el compromiso o en la cláusula se les encomendare la amigable composición o el fallo en conciencia"*. Aunque pareciera que los artículos adicionados al Código de Comercio pasaron por alto la necesidad de que el laudo arbitral sea motivado, en opinión del autor, ello no significa que el legislador haya considerado hacer a un lado la necesidad (o cuando menos la intención) de que lo fuera, aunque sea mínimamente.

3. REFORMA AL CÓDIGO DE COMERCIO PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN, EL 22 DE JULIO DE 1993.

Con fecha 1 de junio de 1993, por instrucciones del entonces Presidente de la República, se presentó ante la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión la iniciativa de decreto para reformar diversas disposiciones del Código de Comercio. Según la iniciativa, nuestro país

urgía de una modernización económica y legislativa que facilitara su completa incorporación al flujo del comercio mundial, reconociendo al arbitraje comercial como un instrumento práctico y expedito de solución de controversias mercantiles que se presentan en el curso de las relaciones comerciales, lo que hacía conveniente la adopción de una legislación moderna sobre el arbitraje comercial, conocida universalmente, y de amplia aceptación en los medios comerciales internacionales. La iniciativa sometió a consideración del Congreso la incorporación plena de la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional al derecho positivo mexicano, también con el objetivo de promover a México como sede de arbitrajes comerciales internacionales.

Dicha iniciativa derivó en el decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 22 de julio de 1993, por virtud del cual, en lo que interesa, se reformó la denominación del Título Cuarto del Libro Quinto del Código de Comercio a "Del Arbitraje Comercial"; los artículos 1415 a 1437 del referido título; y adicionar al mismo los artículos 1438 a 1463. Fue en esta reforma que se incluyó la actual redacción del artículo 1448 y se señaló expresamente el deber del tribunal arbitral de motivar el laudo al contemplar que *"El laudo del tribunal arbitral deberá ser motivado, a menos que las partes hayan convenido otra cosa o se trate de un laudo pronunciado en los términos convenidos por las partes conforme al artículo 1447"*.

Como se mencionó en el apartado I precedente, el hecho que en esta reforma se haya señalado expresamente el deber de motivar el laudo arbitral, ello no significa que con anterioridad a la reforma que nos ocupa la motivación del laudo no fuera cuando menos deseada. La complicación surge cuando se formula la interrogante natural de cuál sería la consecuencia del incumplimiento de dicho deber por parte de los

árbitros. La respuesta intuitiva es que al violarse un deber consagrado en ley, un laudo carente de motivación es ilegal; sin embargo, ello no es acertado y si aun cuando lo fuera, tampoco es suficiente ni tan grave para repercutir en la validez del laudo, si tomamos en cuenta que de acuerdo a la propia reforma del Código de Comercio, la omisión de motivar la decisión final, o de hacerlo incorrectamente, no da pie a su anulación ni representa un impedimento para su reconocimiento y ejecución por la autoridad judicial.

La siguiente interrogante que viene a la mente es si estamos ante la presencia de una disposición legal imperfecta, carente de sanción, o si la tradición formalista del derecho mexicano nos hace atribuir a la frase “deberá ser motivado” un significado distinto al que en realidad tiene, por lo que resulta pertinente remitirnos al proceso legislativo de la reforma en mención en busca de una respuesta.

4. PROCESO LEGISLATIVO DE LA REFORMA AL CÓDIGO DE COMERCIO PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN, EL 22 DE JULIO DE 1993.

La exposición de motivos de la reforma en comento se encuentra sintetizada en el apartado II anterior y a pesar de que en el curso del proceso legislativo las observaciones se centraron primordialmente a sugerencias de redacción de los artículos de la iniciativa (ninguna de ellas relacionadas con el artículo 1448 que nos ocupa) ni hubo mayores alegaciones y oposiciones que las expresadas por el Partido de la Revolución Democrática en la discusión de la cámara de origen para sustentar su abstención de voto en lo general y la votación en contra sobre algunos artículos propuestos en la reforma (tampoco relacionada con el dispositivo legal en estudio), se destaca: **(i)** la reiteración de que la reforma se inspiran en la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional de las Naciones Unidas, en cuya preparación se tomaron en cuenta los principios y particularidades del sistema jurídico mexicano; **(ii)**

el soporte legal para observar dicha ley modelo en atención a la adopción de otros instrumentos emanados de la Organización de las Naciones Unidas; y (iii) la justificación de incorporar al orden jurídico nacional la referida ley modelo.

Desafortunadamente, el proceso legislativo del cual emanó la inclusión de la ley modelo al orden jurídico nacional, en especial el artículo 1448 del Código de Comercio, no arroja ningún elemento útil que permita interpretar el origen y alcance del deber de motivar el laudo, mucho menos la consecuencia de su omisión o incorrecta realización. En esas circunstancias, las reiteradas menciones a la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, la referencia en el proceso legislativo de la inclusión en dicha ley de los principios y particularidades del sistema jurídico mexicano y la justificación de su incorporación al orden jurídico nacional, autorizan acudir a la multicitada ley en busca de elementos orientadores.

5. LEY MODELO DE ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL DE LA COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL.

La Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional de 1985 y sus enmiendas aprobadas en 2006, no aporta en realidad mayor elemento para entender la justa dimensión del deber de motivar los laudos arbitrales. Al respecto, la nota explicativa de la secretaría de la comisión, en el párrafo 43, se limita a transcribir artículo el inciso 2 del artículo 31 de la ley, agregando únicamente que dicha ley no exige ni prohíbe los “votos reservados”, lo que nada abona para el entendimiento de la cuestión en estudio.

En opinión del autor, la falta de elementos en los antecedentes estudiados hasta ahora no significa que sea imposible elaborar un

razonamiento que permita dar respuesta a las interrogantes planteadas en la introducción del presente trabajo y para ello siempre es útil echar un vistazo a los pensamientos y estudios que profesionales del derecho con mucha mayor experiencia en materia arbitral han expresado al respecto.

6. ESTUDIOS Y EXPERIENCIA EN OTROS PAÍSES.

Según se expuso anteriormente, el actual Título Cuarto del Libro Quinto del Código de Comercio se encuentra inspirado en la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Ignacio Gómez Palacio, en su artículo "*EL LAUDO ARBITRAL NO MOTIVADO VÍA DE SOLUCIÓN POCO EXPLORADA EN MÉXICO*"² señala que la versión oficial en el idioma inglés del artículo 31 la ley modelo utiliza la expresión "*state the reasons*" en tanto que la versión oficial en idioma español utiliza "motivado".

Tal señalamiento es importante para empezar a perfilar el razonamiento que en opinión del autor conduce a responder las interrogantes realizadas sobre el artículo 1448 del Código de Comercio, pues resulta difícil imaginar que en la elaboración de la ley modelo cuya finalidad primordial es "*la conveniencia de la uniformidad del derecho procesal arbitral y las necesidades específicas de la práctica del arbitraje comercial internacional*"³ y ante su esperada adopción por parte de países tanto del *Common Law* y de tradición romanista, se hubiera deseado incorporar el deber de motivar el laudo con la rigidez que tradicionalmente ha requerido el sistema legal mexicano, es decir la necesaria adecuación que la autoridad debe hacer entre las circunstancias y modalidades específicas y la norma general fundatoria del acto⁴. Por el contrario, la expresión "*state the reasons*" revela en realidad la intención de señalar simplemente las razones que sustentan

las conclusiones contenidas en el laudo arbitral, pero sin que ello tenga el alcance de constituir una obligación del tribunal arbitral de "motivar" su determinación como si se tratase de una autoridad judicial actuando en el marco de legalidad.

Esto encuentra sustento también en el propio texto del artículo 1448, en la parte que señala la posibilidad de eximir al tribunal arbitral de motivar el laudo por acuerdo de las partes y en caso de que el laudo sea el resultado de una transacción entre los contendientes. Dicha posibilidad resultaría impensable en el ámbito de un procedimiento judicial y nos hace llegar a la conclusión de que si bien existe un deber de motivar el laudo arbitral que puede ser dispensable por las partes, los parámetros para tenerlo por satisfecho no son rígidos y por el contrario flexibles e incluso manejables dependiendo del caso concreto.

Esta primera conclusión encuentra también sustento en las disertaciones que Francisco González de Cosío⁵ realiza al mencionar que el alcance del deber de motivar es objeto de apreciaciones distintas.

Señala que en algunos países como Francia la tendencia doctrinal es considerar la motivación como una regla de orden público nacional en atención a que la falta de motivación impide a una parte recurrir el laudo y plantea que *"...podría sostenerse que la ausencia de una motivación a la cual las partes no han renunciado constituye una violación al derecho a un proceso debido y su nulidad o no-reconocimiento/ejecución puede decretarse bajo dicha causal..."*⁶ conforme al artículo V (I) (b) de la Convención de Nueva York y los artículos 1457 (1) (b) y 1462 (1) (b) del Código de Comercio, no obstante, agrega, la utilización de dicha causal para anular el laudo es cuestionable puesto que la redacción de la misma no lo permite expresamente; sin embargo, deja abierto el debate sobre si la falta de motivación daría pie a la nulidad del laudo bajo la perspectiva de que *"...el tribunal arbitral no se ajustó al acuerdo o a una disposición de derecho arbitral de la cual no pudo apartarse..."*⁷.

Abunda en que si bien hay consenso sobre la necesidad de hacer lo que en jerga constitucional mexicana se conoce como “fundar y motivar” existen diferencias de opinión sobre el manejo de los argumentos de las partes, haciendo especial mención a dos circunstancias que considera importantes, a saber: la motivación equivocada y la motivación contradictoria. En esencia sostiene que una motivación errónea puede satisfacer la obligación de motivar, partiendo del hecho que *“un laudo legalmente equivocado es válido y ejecutable en la medida en que el Juez no puede reexaminar el fondo del asunto”*⁸ y por otro puntualiza que existen jurisdicciones (francesa y suiza) en las que la motivación contradictoria equivale a una inexistencia de motivación.

Sugiere además que el tamaño del laudo y su motivación debe ser resultado de equilibrar tres factores fundamentales⁹, a saber, aspectos culturales, la complejidad del asunto y el tiempo invertido para emitir un laudo. En opinión del autor de este trabajo, dichos factores aportan parámetros razonables para resolver, por lo menos desde la perspectiva mexicana, las interrogantes que son materia de estudio, debido a que en la tradición jurídica de nuestro país lo mínimo que se espera es que las partes conozcan las razones que orillaron a un juez a adoptar una u otra posición y resolver con base en ella la controversia sometida a su consideración. Dicha expectativa no resulta ajena al arbitraje comercial, si se considera que precisamente el artículo 1448 del Código de Comercio impone el deber de motivar el laudo y tampoco resulta incompatible con el arbitraje, por el contrario lo complementa, si se considera que una de sus bondades es justamente la posibilidad de que personas con conocimientos específicos sobre temas que pueden escapar del conocimiento y experiencia de un juez, resuelvan una controversia con el tiempo suficiente para emitir una resolución que sea congruente con la complejidad del asunto sometido a su consideración.

Por su parte, Anne Véronique Schlaepfer y Anne-Carole Cremades, en su obra *"La motivación de los laudos en arbitraje comercial internacional y en arbitraje de inversión"*¹⁰, señalan que la necesidad de motivar un laudo y las consecuencias de su omisión, depende del grado de obligatoriedad de la motivación impuestas por las leyes y citan como ejemplo de deber absoluto e irrestricto las legislaciones de Italia, Bélgica, Holanda, Perú, Brasil y Colombia; en contraposición de leyes como la suiza, francesa, alemana, mexicana, venezolana y costarricense, en la medida que estas últimas permiten a las partes convenir en que el laudo no sea motivado.

Agregan que *"...se observa actualmente una nueva tendencia a explorar ventajas que podrían resultar, en términos de reducción de duración y costo del arbitraje, del pronunciamiento de laudos no motivados o motivados de forma somera..."*¹¹, basada en el hecho que el laudo no es revisable en cuanto al fondo y por tanto *"...resulta de cierta forma irrelevante que sea o no motivado. Lo único que importaría realmente, para asegurar la eficacia del laudo, es que las causas de posible nulidad o no reconocimiento o ejecución estén mencionadas y razonadas (por ejemplo, el análisis de la validez del convenio arbitral) ..."*¹² en tanto que *"...un laudo razonado es, en cierta forma, una invitación a continuar el litigio. Cada etapa del razonamiento que se incluye o se omite en el laudo puede ser una excusa para solicitar la nulidad del laudo, lo que aumenta de nuevo el costo y la duración de la resolución del litigio..."*¹³, para posteriormente concluir, acertadamente desde el punto de vista del autor de este trabajo, que adoptar esa tendencia *"...Constituiría un remedio peor que el mal contra el cual se pretende luchar..."* en atención a que *"...Un laudo no motivado podría legítimamente causar una cierta desconfianza a las partes. La motivación es en realidad la única garantía para el justiciable que los árbitros han*

entendido su posición que la decisión no ha sido tomada de manera arbitraria... ”¹⁴

Respecto de la sanción que acarrea la falta de motivación de un laudo, las autoras en comento consideran que ésta depende de si la legislación arbitral exige o no la motivación de los laudos, diferenciando además que los países que la imponen de manera obligatoria suelen hacer expresamente de la falta de motivación una causal de nulidad del laudo. Dicha consideración refuerza la conclusión arribada con anterioridad en este trabajo, en el sentido que en nuestro país la falta de motivación no es, ni debe ser forzada a ser, una causa de nulidad de laudo arbitral o denegación de su reconocimiento y ejecución, por no estar expresamente contemplada en las causales limitativas y taxativas para ello; sin perjuicio, se insiste, en que sí existe el deber de los árbitros de motivar el laudo.

En lo tocante a la sanción de una motivación deficiente del laudo, las señoritas Schlaepfer y Cremades, consideran que los árbitros no tienen la obligación de contestar indefectiblemente todos los argumentos de las partes, especialmente aquellos que no son pertinentes y que la motivación “...*debe simplemente permitir a las partes entender las razones principales que han conducido a la solución adoptada y apreciar las posibilidades de recurrir contra ella...*”¹⁵.

Respecto de la contradicción en la motivación, señalan que pocas legislaciones arbitrales prevén alguna sanción, como el caso de Italia, y por el contrario la mayoría de los derechos consideran que la contradicción no es por sí sola una causa de anulación, reiterando que el principio de prohibición de revisión del fondo del laudo impide al juez realizar su estudio, para terminar precisando que “*El recurso de anulación basado sobre una contradicción de motivos tiende en realidad*

a criticar el fondo de la motivación del laudo y es, por lo tanto, inadmisibile...”¹⁶.

7. CONCLUSIONES

Lo expuesto en apartados anteriores, forman la opinión del autor de este trabajo que el artículo 1448 del Código de Comercio, en la parte que requiere por regla general que el laudo del tribunal arbitral deba ser motivado, tiene el alcance de fijar un requisito de naturaleza formal que en la práctica del arbitraje comercial mexicano es generalmente satisfecho espontánea e intuitivamente por los árbitros por la formación en la cultura jurídica de nuestro país, de acuerdo con saber y entender adquirido en el desarrollo de su profesión, así como el conocimiento que adquieren de la controversia sometida a su consideración; sin embargo, no existe un parámetro objetivo, claro para todos, que permita establecer un estándar mínimo de motivación y por el contrario, salvo los casos en que las partes dispensen al tribunal arbitral de motivar su resolución, los razonamientos necesarios para dar cumplimiento a dicha exigencia dependen de cada caso concreto¹⁷.

De acuerdo con lo anterior, se concluye que la falta de motivación, así como su deficiencia e incluso contradicción, en un laudo arbitral por sí sola no es causa suficiente para nulificar un laudo ni para impedir su reconocimiento y ejecución, atendiendo a que no cabe expresamente (ni puede forzarse a ser interpretada) en ninguna de las causales limitativas y taxativas contempladas por los artículos 1457 y 1462 del Código de Comercio, atendiendo además que la sumisión al arbitraje y la consecuente aceptación de las disposiciones legales que lo rigen encuentra su razón de ser en la naturaleza dispositiva del derecho mercantil consagrada en el artículo 78 del Código de Comercio y el principio de autonomía de la voluntad consagrado en el artículo 1796 del Código Civil Federal.

Independientemente de lo anterior, comparto la opinión de que más vale adoptar una postura conservadora y abordar en su totalidad los argumentos planteados por las partes de un arbitraje, aun cuando ello requiera mayor inversión de tiempo por parte de los árbitros, ponderando el derecho de las partes de obtener un laudo que sea ejecutable sobre la facultad del tribunal arbitral de realizar una motivación de manera sintetizada y breve.

Finalmente, se apunta que la evolución del derecho mexicano y el fortalecimiento de la institución del arbitraje en nuestro país, secundado por la cada vez mayor aceptación del arbitraje por parte del poder judicial (local y federal), hacen suponer difícil un cambio de paradigma que abra la posibilidad del dictado de sentencias que declaren nulidades de laudos por falta de motivación (la interrogante es si lo mismo sucedería ante la ausencia total de motivación), así como a causa de defectos o incongruencias. No obstante, es importante mantenernos al pendiente y de ser necesario hacer una nueva reflexión del tema que nos ocupa.

BIBLIOGRAFÍA

Gómez Palacio, Ignacio, artículo *El Laudo Arbitral no motivado: Vía de Solución poco explorada en México*, en el acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

Burgoa, Ignacio, *Las garantías individuales*, 25° edición, México, Porrúa 1993, páginas 602-604.

González de Cossío, Francisco, *Arbitraje*, 3° edición, México, Porrúa.

Libro homenaje a Bernardo Cremades e Yves Derains, *Arbitraje Internacional: Pasado, Presente y Futuro*, Tomo II, Instituto Peruano de Arbitraje, Primera Edición, marzo de 2013, Lima, Perú.

NOTAS

- ¹ Art. 1,448. El laudo se dictará por escrito y será firmado por el o los árbitros. En actuaciones arbitrales con más de un árbitro, bastarán las firmas de la mayoría de los miembros del tribunal arbitral, siempre que se deje constancia de las razones de la falta de una o más firmas. El laudo del tribunal arbitral deberá ser motivado, a menos que las partes hayan convenido otra cosa o se trate de un laudo pronunciado en los términos convenidos por las partes conforme al artículo 1447. Constarán en el laudo la fecha en que ha sido dictado y el lugar del arbitraje determinado de conformidad con el primer párrafo del artículo 1436. El laudo se considerará dictado en ese lugar. Después de dictado el laudo, el tribunal arbitral lo notificará a cada una de las partes mediante entrega de una copia firmada por los árbitros de conformidad con el primer párrafo del presente artículo.
- ² Consultable en el acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
- ³ Resolución 40/72 de 11 de diciembre de 1985, emitida por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas.
- ⁴ Burgoa, Ignacio, *Las garantías individuales*, 25ª edición, México, Porrúa 1993, páginas 602-604.
- ⁵ *Arbitraje*, 3ª edición, México, Porrúa, 2011, páginas 712 en adelante.
- ⁶ Página 712
- ⁷ Ídem.
- ⁸ Página 713
- ⁹ Página 717
- ¹⁰ Contendida en el libro homenaje a Bernardo Cremades e Yves Derains, *Arbitraje Internacional: Pasado, Presente y Futuro*, Tomo II, Instituto Peruano de Arbitraje, Primera Edición, marzo de 2013, Lima, Perú.
- ¹¹ Páginas 1416 y 1417.
- ¹² Página 1417.
- ¹³ Página 1418.
- ¹⁴ Página 1421.
- ¹⁵ Página 1423.
- ¹⁶ Corte de Casación francesa, 11 de mayo de 1999. En: *Revue de l'Arbitrage*. París, 1999, p. 811., según citada por las autoras.
- ¹⁷ La pregunta aquí sería, qué pasa si el tribunal arbitral está comprendido por un árbitro único que desconoce la cultura jurídica o, tratándose de un tribunal colegiado, no todos los árbitros la conocen.

El Efecto de la Sede en la noción del Arbitraje Comercial Internacional



Almudena Otero De la Vega

Abogada en el área de Arbitraje en la Oficina del Abogado General de la Comisión Federal de Electricidad. Es licenciada en derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México, *summa cum laude*. Graduada con mención del XXV Diplomado de arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional y la Escuela Libre de Derecho.

Resumen

En este artículo se examinan las consecuencias jurídicas de la elección de la sede del arbitraje así como su efecto en la concepción del arbitraje comercial internacional. Se analiza cómo a la luz de la teoría de la localización y deslocalización del arbitraje, los Estados dimensionan al arbitraje internacional con una visión Monolocal, Westfaliana o Transnacional.

1. INTRODUCCIÓN

El silencio se impuso momentáneamente después de que uno de los abogados declarara que pelearía hasta el final antes de conceder. La mujer lucía preocupada pues había hecho grandes esfuerzos durante aquella larga batalla legal para recuperar la pintura tan valiosa. Finalmente, el abogado de la mujer dijo en voz queda: “Arbitraje en Viena”, frase que bastó para convencer al inexorable abogado contrario.¹ Este fragmento es una evidencia clara de la efectividad del arbitraje; sin embargo, estoy convencida que la razón por la que el abogado contrario aceptó la propuesta no fue por el arbitraje como tal, sino porque su sede sería Viena, tomando en cuenta precisamente todas las consecuencias que implica la elección de la sede del arbitraje.

La sede del arbitraje es el sitio donde se va a desarrollar el mismo y donde con posterioridad se dictará el laudo.² Debe tratarse siempre de una determinada ciudad, empero, ello no significa que todas las actuaciones dentro del procedimiento deban necesariamente llevarse a cabo ahí. Las audiencias, así como el desahogo de ciertas pruebas o el desarrollo de las deliberaciones del Tribunal Arbitral pueden celebrarse en cualquier otro lugar.³ Ello reafirma que la decisión sobre la sede arbitral tenga más

implicaciones jurídicas que fácticas, ya que al elegir una determinada ciudad se estarán eligiendo a sus leyes como la *lex arbitri*, es decir, la ley aplicable al arbitraje, toda vez que “La *lex arbitri* es, al menos en principio, la ley del país sede del arbitraje”⁴ y constituye, como tal, un concepto jurídico.

Es importante precisar que la *lex arbitri* se refiere al “conjunto normativo formado tanto por las reglas establecidas en los códigos procesales o leyes especiales sobre arbitraje como por las que emanan de leyes de fondo y de las convenciones y tratados internacionales incorporados al derecho.”⁵ Dicho conjunto normativo será el parámetro para determinar cuestiones tan vitales como: la validez y la interpretación del acuerdo de arbitraje, la arbitrabilidad (subjetiva y objetiva) de la controversia, el comportamiento frente a la presencia de una pluralidad de partes en el litigio, las restricciones legales basadas en la nacionalidad de los sujetos, las garantías procesales fundamentales, la composición del Tribunal Arbitral, la validez de lo actuado por los árbitros, las relaciones entre los árbitros y los jueces, la determinación del juez competente para auxiliar al arbitraje (por ejemplo, en la toma de evidencia y el nombramiento de árbitros), el régimen para la solicitud de medidas cautelares, la normatividad relativa a la prueba, el juez competente para conocer del procedimiento de nulidad del laudo – incluyendo las causales de anulación del mismo - y si el reconocimiento del laudo está sujeto a reciprocidad, asimismo determina si el laudo es nacional o extranjero.⁶

Debido a la trascendencia jurídica que conlleva, la determinación de la sede del arbitraje se ha convertido en un elemento habitual en los acuerdos arbitrales de controversias internacionales⁷, así como un requisito esencial que debe contener el laudo dictado⁸. Inclusive, diversas legislaciones de arbitraje, inspiradas en la Ley Modelo de UNCITRAL, contemplan la solución para el caso en que la sede del arbitraje no se hubiera definido en el acuerdo arbitral e instan a los Tribunales Arbitrales a resolver, lo antes posible, dicha cuestión.⁹ En caso de los arbitrajes administrados por la Cámara de Comercio Internacional, el artículo 18 del Reglamento estipula que la sede del arbitraje será fijada por la Corte en caso de que las partes no la hubieren convenido.

Dentro del marco del comercio internacional, es común que las partes elijan una determinada sede debido a su neutralidad. Esto es así ya que ninguna de ellas desea litigar en las cortes del contrario. Atendiendo a esto, deviene importante la precisión que realiza Aníbal Sabater sobre la neutralidad de la sede, ya que expone que ésta debe ser entendida como una sede en la que se les garantice a las partes el debido proceso y en la que ninguna de las partes obtendría una ventaja fáctica o legal impermissible. De manera que, el hecho de que la sede arbitral se establezca en una jurisdicción donde sólo una de las partes tiene su domicilio u oficina no implica, por ese mero hecho, una violación a la neutralidad de la misma.¹⁰

Dentro de los factores que las partes toman en cuenta al elegir la sede arbitral, se encuentran los siguientes: "a) la idoneidad de la ley del lugar del arbitraje en lo relativo al procedimiento arbitral; b) la existencia de un tratado multilateral o bilateral en vigor entre el Estado en que tenga lugar el arbitraje y el Estado o los Estados donde quizá haya de ejecutarse el laudo; c) su conveniencia para las partes y los árbitros, incluidas su cercanía o las facilidades de viaje; d) la disponibilidad y el costo de los servicios de apoyo necesarios; e) la ubicación del objeto de la controversia y la proximidad de las pruebas."¹¹

En cuanto al procedimiento arbitral contemplado en la ley de la sede, uno de los instrumentos que más ha impactado las legislaciones de los distintos países es, sin duda, la Ley Modelo de UNCITRAL de 1985, con sus posteriores reformas en el 2006. Dicha ley contempla todas las etapas del procedimiento arbitral, realza la importancia de la autonomía de la voluntad, pugna por una limitada intervención del poder judicial y contempla en su artículo 36º casos específicos para denegar el reconocimiento y ejecución de laudos.¹² Quienes la han adoptado se consideran naciones con reglas modernas de arbitraje.

Respecto a los tratados entre el Estado sede y el Estado donde se busca la ejecución del laudo, a lo largo de la historia se han implementado diversos ordenamientos. Uno de los primeros fue el Protocolo de Ginebra, en 1923, que sólo aplicaba a acuerdos entre partes sujetas a jurisdicciones de diferentes Estados

contratantes y otorgaba a cada uno el derecho para limitar sus obligaciones a contratos que su legislación interna considerara comerciales.¹³

En 1927, la Convención de Ginebra amplió el alcance del Protocolo de Ginebra al incluir el reconocimiento y ejecución de los laudos derivados del Protocolo. De esta manera, una parte que deseara ejecutar un laudo necesitaba probar, mediante declaración judicial de la corte de la sede arbitral, que dicho laudo era considerado final y ejecutable por el Estado de origen para poder acudir posteriormente a las cortes del país de la ejecución.¹⁴

No fue sino hasta 1958 cuando surgió la Convención de Nueva York, la cual es considerada como uno de los tratados más exitosos a nivel mundial. Mediante ella se han consolidado ciertos estándares mínimos para la ejecución de laudos. Por ejemplo, todos los Estados contratantes aceptan que sus cortes nacionales referirán a las partes al arbitraje a menos que se compruebe que el acuerdo arbitral es nulo, ineficaz o inaplicable; las cortes nacionales no deberán imponer condiciones más onerosas ni honorarios o costas más elevadas, que los aplicables al reconocimiento o la ejecución de laudos nacionales y se aceptan limitadas causales para denegar el reconocimiento y la ejecución de laudos extranjeros.¹⁵

El logro de la Convención de Nueva York fue transmitir la carga de la prueba de la parte que busca la ejecución del laudo a la parte contra la que se quiere ejecutar. De esta manera, la parte que tiene un laudo a su favor sólo deberá presentar el laudo junto con el acuerdo arbitral para ejecutarlo y será la parte que se opone a la ejecución la que deberá demostrar que se actualiza alguna de las hipótesis contenidas en el Artículo V (1) de la Convención.¹⁶

Si bien la Convención de Nueva York reguló las causales para denegar el reconocimiento y la ejecución de laudos extranjeros, no se pronunció sobre las causales de nulidad, por lo que éstas dependerán exclusivamente de la *lex arbitri*. Así, existen dos ordenamientos legales que juegan un papel importante en el arbitraje internacional: la ley del lugar del arbitraje (*lex arbitri*) y la ley del lugar donde se busca la ejecución del laudo.

Diversos comentaristas de la Convención de Nueva York han identificado, en consecuencia, dos jurisdicciones: la jurisdicción primaria, la del juez de la sede competente para conocer de la acción de nulidad y la jurisdicción secundaria, la del lugar donde el laudo se pretende ejecutar. “La primera tiene un alcance universal, en tanto que la segunda posee un marco eminentemente territorial”.¹⁷

La relación entre ambas jurisdicciones puede apreciarse en una de las causales más polémicas de la Convención de Nueva York: el inciso e).

A la letra, la Convención de Nueva York aduce lo siguiente en el Artículo V.1:

“Sólo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia, a instancia de la parte contra la cual es invocada, si esta parte prueba ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución: [...] e) Que la sentencia ha sido anulada por una autoridad competente del país en que ha sido dictada esa sentencia”.

Nos enfrentamos, por tanto, al escenario en el cual se busca en un tercer Estado la ejecución de un laudo declarado nulo por el juez de la sede arbitral. Dicho caso se vuelve materia de discusión ya que la Convención de Nueva York no tiene la misma interpretación en las diversas jurisdicciones.

“Los primeros comentaristas de la Convención parecieron inclinarse por la idea de que ella no autoriza la ejecución o reconocimiento de la sentencia arbitral anulada, lo cual, según algunos autores, tiene como fundamento que la sentencia anulada no tiene ya existencia jurídica”.¹⁸

A este respecto han surgido dos vertientes: la teoría de la localización del arbitraje y la teoría de la deslocalización del arbitraje, en las que se puede apreciar la distinta valoración que le otorgan a la sede arbitral.

2. TEORÍA DE LA LOCALIZACIÓN

Esta teoría refleja el enfoque tradicional. En virtud de esta teoría, la determinación de la sede arbitral conectará al arbitraje con el sistema legal de un determinado Estado. La ley de la sede del arbitraje (*lex loci arbitri*) será, invariablemente, la ley que regule el arbitraje (*lex arbitri*).¹⁹

Esta visión se sustenta en que cualquier actividad que se lleve a cabo en un determinado país (incluido el arbitraje), estará sujeta a las leyes de dicho país.²⁰ Un poco más allá, el inglés F.A. Mann afirmó categóricamente que la expresión “arbitraje comercial internacional” era una frase meramente coloquial, ya que todo arbitraje era un arbitraje doméstico por estar sujeto a un sistema jurídico específico.²¹

3. TEORÍA DE LA DESLOCALIZACIÓN

Esta teoría es producto de los pensadores franceses Berthold Goldman y Philippe Fouchard quienes, durante 1960, exploraron la concepción de un arbitraje autónomo de cualquier ley nacional. La teoría de la deslocalización pugna por una mínima intervención de los jueces de la sede arbitral.²²

Para Berthold Goldman: “la búsqueda de una fuente de legitimidad, consistente con la naturaleza del arbitraje internacional, sólo puede conducir a un sistema autónomo y no nacional”.²³

Esta visión separa al arbitraje internacional de la *lex arbitri* para concebir una *lex arbitri* universal.²⁴ Aceptar la deslocalización conllevará a eliminar el sistema de control que ejercen los jueces de la sede del arbitraje para que el control judicial del laudo recaiga exclusivamente en el juez de cada lugar donde se pretende su reconocimiento y ejecución.

El principal argumento a favor de esta teoría es que las partes en el contexto del arbitraje comercial internacional generalmente eligen la sede del arbitraje por motivos variados que nada tienen que ver con las reglas locales del procedimiento arbitral. Es más, en la mayoría de las ocasiones, dichas reglas locales son generalmente ignoradas por las partes.

Por el contrario, los argumentos en contra establecen que la teoría de la deslocalización desconoce por completo a la *lex arbitri*, la cual juega y debe jugar un papel importante durante el procedimiento arbitral. De aceptarse dicha teoría el efecto sería indeseable pues “la sede del arbitraje ya no podría asistir al arbitraje”.²⁵

Los que comulgan con dicha teoría aclaran que su posición no es que el arbitraje deba desvincularse por completo de la supervisión de las leyes nacionales, sino que los jueces de la sede no deben desempeñar ningún papel en el arbitraje.²⁶ Por tanto, cualquier posición que adopten los jueces de la sede arbitral respecto a la validez del laudo no tendrá efecto vinculante para una jurisdicción distinta.²⁷

En suma, las características principales de esta teoría son que el arbitraje está separado de: a) las reglas procesales del lugar del arbitraje, b) las reglas procesales de cualquier legislación nacional, c) las reglas sustantivas del lugar del arbitraje y d) las reglas sustantivas de cualquier jurisdicción.²⁸

Ambas teorías dan respuestas distintas a la misma interrogante. ¿Es posible reconocer y ejecutar un laudo que fue declarado nulo por un juez competente de la sede arbitral?

Resulta interesante analizar los trabajos preparatorios de la Convención de Nueva York pues, en el año de 1953, la Cámara de Comercio Internacional presentó al Secretario General de la ONU un proyecto para la ejecución de sentencias arbitrales calificadas como “internacionales”. En él se “propiciaba el reconocimiento de un arbitraje totalmente deslocalizado, fundado exclusivamente en la autonomía de la voluntad. Este proyecto fue puesto a examen de un grupo de expertos, y eso dio lugar a otro proyecto preparado en el seno de la ONU que no aludía a sentencias arbitrales internacionales, sino a sentencias arbitrales extranjeras”²⁹.

En otro orden de ideas, en su Artículo VII.1, la Convención de Nueva York establece que:

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

Por tanto, es curioso que en julio del año 2006, la UNCITRAL haya publicado una recomendación sobre la interpretación del artículo VII.1 de la Convención, en la cual proponía que dicho artículo “se aplique en forma que permita a las partes interesadas acogerse a los derechos que puedan corresponderles en virtud de las leyes o tratados del Estado en donde se invoque el acuerdo de arbitraje, a fin de obtener el reconocimiento de la validez de dicho acuerdo”.³⁰

Tal pareciera que, por un lado, la Convención de Nueva York, al mantener el calificativo de “sentencias extranjeras” y no utilizar el vocablo de “sentencias internacionales”, reconoce que la sede del arbitraje determinará la nacionalidad del laudo; y por otro, que mediante la interpretación propuesta al artículo VII.1, le otorga gran peso a la ley del lugar donde se busca el reconocimiento. Empero, dilucidar hacia qué lado de la balanza se inclina la Convención de Nueva York quedará a la interpretación que de ella hagan los poderes judiciales de los distintos países, de manera que, del grado de importancia que le otorguen a la *lex arbitri* se configurará la noción que tengan sobre el arbitraje comercial internacional.

Emmanuel Gaillard nota que existen tres concepciones distintas del arbitraje internacional, cuya distinción principal es que algunos anclan el arbitraje internacional a un derecho nacional determinado y otros reconocen el carácter transnacional del mismo.³¹ Las tres visiones son la Monolocal, la Westfaliana y la Transnacional. Este autor aclara que ninguna de las tres representaciones sugiere que la legitimación y validez del arbitraje internacional no deriva, en última instancia, de los Estados.³²

4. LA VISIÓN MONOLOCAL

Bajo esta visión, la única fuente de legitimación y validez del arbitraje internacional es la ley de la sede del arbitraje, de manera que el país de origen será la base exclusiva para otorgarle al arbitraje su naturaleza vinculante.³³

Esta concepción del arbitraje le otorga a la *lex arbitri* un carácter esencial y, por tanto, al encontrarse frente al supuesto del Artículo V.1 inciso e) de la Convención de Nueva York, el poder judicial considerará que un laudo dictado, por ejemplo, en México, es un laudo mexicano, aún y cuando ninguna de las partes en el arbitraje sea mexicana. Si el laudo es anulado en México, no habrá nada que reconocer en otro Estado.³⁴

5. LA VISIÓN WESTFALIANA

Esta visión considera que la legitimidad del arbitraje internacional se basa en que los Estados han acordado reconocer su legitimidad, y el efecto vinculante del laudo, por un interés común. Por tanto, el laudo es legitimado *a posteriori* si es congruente con los criterios del Estado en el que se busca su reconocimiento y ejecución.³⁵

La *lex arbitri* no tiene un carácter tan esencial como en la visión Monolocal, sino que se considera una ley más que interviene en el procedimiento arbitral.

Volviendo al ejemplo que plantea Emmanuel Gaillard sobre el laudo mexicano, un poder judicial que siga la visión Westfaliana, no considerará que deba darle efecto a la determinación de la corte mexicana que declara nulo un laudo, por ejemplo, por la falta de cumplimiento de un requisito procesal establecido en la ley local. Al contrario, dicho órgano judicial se considerará en la completa libertad para realizar su propia determinación sobre si dicho incumplimiento deba necesariamente orillar a denegar el reconocimiento y la ejecución del laudo. Por tanto, puede presentarse el caso en que una corte de un tercer Estado ejecute un laudo declarado nulo por la corte de la sede.³⁶

6. LA VISIÓN TRASNACIONAL

Para esta visión, la legitimidad del arbitraje descansa en las opiniones desarrolladas colectivamente por las naciones, a través de instrumentos como la Convención de Nueva York o la Ley Modelo de UNCITRAL. Además, se fortalece por la percepción

que tienen los árbitros de que su papel no es administrar justicia en nombre de un determinado Estado sino juzgar para el beneficio de la comunidad internacional.³⁷

Algunos erróneamente consideran a la visión transnacional como anárquica y confunden la autonomía del arbitraje con un arbitraje a-nacional.³⁸ Los que defienden dicha teoría aclaran que la visión transnacional no sugiere la existencia de un sistema de justicia internacional que flote en el firmamento transnacional completamente divorciado de los sistemas legales Estatales.³⁹

En la práctica, el poder judicial que acepta la visión transnacional llegará a las mismas conclusiones que uno que acepta la visión Westfaliana, aunque por razones diversas. Los tribunales con visión transnacional analizarán la validez del laudo desde la perspectiva de los estándares internacionales, como los plasmados en la Convención de Nueva York, la cual interpretan en el sentido de que el sistema jurídico de cada Estado tiene la discrecionalidad para, tomando en cuenta los lineamientos de la Convención así como sus propios estándares, decidir si un laudo cumple o no con los requisitos para su reconocimiento y ejecución.⁴⁰

En suma, se puede advertir que si los jueces de un determinado Estado deciden dotar o no de efectos en su territorio a un laudo declarado nulo en la sede arbitral, ello está directamente relacionado con la manera en que conciben al arbitraje internacional, influenciada ésta, mayormente, por el grado de importancia que le otorguen a la *lex arbitri*. Deviene entonces interesante analizar cómo se ha abordado el reconocimiento y ejecución de laudos nulos en diversas jurisdicciones, a saber, México, Inglaterra, Francia y Estados Unidos.

7. MÉXICO

El autor Francisco González de Cossío externa que, con relación al reconocimiento de laudos declarados nulos en el extranjero, "en México, los interesados en el arbitraje contamos con un terreno virgen en virtud de que a la fecha no existe una decisión que verse sobre este tema"⁴¹ y, por tanto, considera que se deben de analizar las experiencias de otros países para cuando Tribunales mexicanos deban pronunciarse.

En general, en América Latina no se han inclinado por la teoría de la deslocalización y se teme que desaparezca el control judicial de la sede con fundamento en tres argumentos:

- a) Que el juez puede o no aplazar la decisión sobre la ejecución si la anulación está pendiente;
- b) Que el juez puede o no denegar la ejecución de un laudo nulo y
- c) El hecho de que se permita a los Estados no aplicar la Convención si su derecho interno es más liberal.⁴²

8. INGLATERRA

Inglaterra claramente rechaza la teoría de la deslocalización pues reconoce el carácter esencial de la *lex arbitri*.

En el caso *Naviera Amazonica Peruano S.A v. Compañía Internacional de Seguros del Perú*, del año 1998, se esgrime lo siguiente: “El derecho inglés no reconoce el concepto de un arbitraje deslocalizado... En consecuencia, todo arbitraje debe tener una sede o *locus arbitri* o un foro que sujete sus reglas procedimentales al derecho doméstico que esté en vigor en la sede”.⁴³

9. FRANCIA

Francia ha sido reconocida por impulsar la visión transnacional del arbitraje internacional y apoyar la teoría de la deslocalización.

Los jueces en Francia consideran a los laudos como parte integrante de un orden jurídico internacional y, por tanto, están preparados para ejecutar laudos que han sido declarados nulos en la sede arbitral.⁴⁴ Esto, debido a que consideran que los laudos no están conectados con el orden jurídico de un determinado Estado, sino que son decisiones de justicia internacional cuya validez debe ser analizada de acuerdo a las reglas del país donde se pretende su reconocimiento y ejecución.⁴⁵ El control ejercido por el juez francés es entonces autónomo, es decir, no toma en cuenta las razones que llevaron al juez de la sede a anular un laudo.

A continuación se exponen dos casos emblemáticos: *Hilmarton Ltd V. Omnium de Traitement et de Valorisation (OTV)* y *Putrabali Adyamulia v. Rena Holding*.

10. CASO HILMARTON

Ante el impago de los servicios de OTV, en un contrato de consultoría, Hilmarton inició un arbitraje en Ginebra, cuyo laudo, de fecha 19 de agosto de 1988, declaró la nulidad del contrato por una violación a la ley de Argelia. El juez suizo, posteriormente, declaró nulo dicho laudo, razonando que si bien el contrato podía ser contrario al orden público de Argelia, no era contrario al orden público internacional suizo.⁴⁶ La parte beneficiada por el laudo, intentó reconocerlo en Francia, a lo que la parte contraria alegó que se trataba de un laudo anulado por los tribunales de la sede arbitral.⁴⁷ Dicha defensa fue “rechazada por todas las instancias judiciales francesas, incluyendo la Corte de Casación, la que sostuvo que, conforma al artículo VII.1 de la Convención la parte que pretendía el reconocimiento del laudo podía fundarse en la ley francesa – que no contempla esta defensa – y, además, que el laudo proferido en Suiza es un laudo internacional que no está integrado en el sistema legal de dicho Estado, por lo que mantiene su existencia aunque sea anulado, y su reconocimiento en Francia no es contrario al orden público internacional”.⁴⁸

11. CASO PUTRABALI

Putrabali vendió un cargamento de pimienta blanca a Rena Holding, que, por un naufragio, no arribó a su destino. Creyéndose acreedora, Putrabali inició un arbitraje en Londres, cuyo laudo, dictado el 10 de abril de 2001, rechazó la demanda. Posteriormente, un juez en Inglaterra anuló parcialmente dicho laudo considerando que la falta de pago del precio constituía una violación contractual.⁴⁹ Producto de la pretensión de reconocimiento y ejecución del laudo nulo, la Corte de Casación francesa emitió una sentencia el 29 de junio de 2007 en la que consagra ciertas conclusiones que develan su entender sobre el arbitraje internacional y el reconocimiento de laudos nulos, como son que “la sentencia internacional no está ligada a ningún orden jurídico estatal, la fuente de su juridicidad es el derecho internacional; el laudo es una decisión de justicia internacional; el laudo no tiene

nacionalidad; su regularidad es examinada en el país donde se pide su reconocimiento y ejecución; el árbitro internacional no tiene foro; el árbitro internacional, deslocalizado, es el juez natural de la sociedad de comerciantes internacionales; la autonomía del laudo no debería ser afectada por las vicisitudes que ella podría conocer en el Estado en que él ha sido dictado; la decisión que sobre la validez o invalidez del laudo haya adoptado el juez local en base al derecho del país sede, no obliga a los jueces de otros países en los cuales ese laudo pretenda ser reconocido y ejecutado.⁵⁰

12. ESTADOS UNIDOS

En Estados Unidos se acepta la teoría de la deslocalización, sin embargo, en diversos precedentes se ha moldeado el régimen específico de su aplicación. A este respecto, resultan ilustrativos los casos *Chromalloy Aeroservices v. Arab Republic of Egypt*; *Baker Marine Ltd v. Chevron Ltdy Termorio S.A.E.S.P. v. Electrificadora Del Atlantico S.A.E.S.P.*

13. CASO CHROMALLOY

Derivado de un acuerdo arbitral que estipulaba que el laudo dictado sería final y vinculante, sin posibilidad de admitir recurso o apelación, Chromalloy obtuvo un laudo a su favor, el cual fue anulado por la Corte de Apelaciones egipcia. En Estados Unidos, donde se buscó su reconocimiento y ejecución, el juez concluyó que Egipto buscaba desdeñar su promesa solemne de aceptar el resultado del arbitraje y que, por tanto, aceptar la nulidad, obtenida mediante apelación, resultaba contrario a la política pro-arbitral de los Estados Unidos.⁵¹ La interpretación del juez se fundamentó principalmente en el carácter discrecional de la palabra “podrá” contenida en el Artículo V.1 de la Convención de Nueva York, de manera que concluyó que dicha expresión “autoriza pero no impone al juez el rechazar la ejecución.”⁵²

14. CASO BAKER MARINE

Una corte estatal nigeriana anuló un laudo que contenía una indemnización de daños por incumplimiento de contrato a favor de la compañía americana Baker Marine. Ésta intentó la ejecución del laudo nulo en Estados Unidos pero la Corte de Apelaciones

del Segundo Circuito rechazó su pretensión en su decisión del 12 de agosto de 1999. “El tribunal federal rechazó el argumento de la parte actora de que la Corte estatal de Nigeria había anulado el laudo por causales no previstas en la ley doméstica Americana y porque Baker Marine no había allegado prueba de que la sentencia estatal nigeriana fuera fraudulenta.⁵³ En este caso, se concluyó que el reconocimiento de la sentencia nigeriana no contravenía el orden público de Estados Unidos⁵⁴, y la anulación subsistió.

15. CASO TERMORIO

En un arbitraje en Colombia, proveniente de un contrato de compraventa de energía, Termorio terminó con un laudo a su favor, mismo que fue anulado por el Consejo de Estado Colombiano porque el arbitraje se desarrolló conforme al Reglamento de la CCI, cuestión que, bajo su punto de vista, la ley colombiana del momento no permitía. Termorio buscó la ejecución del laudo nulo en Estados Unidos, pero no lo logró, ya que se resolvió que la decisión de la corte colombiana no violaba el orden público estadounidense.⁵⁵ La Corte aceptó que los Estados Unidos tenían jurisdicción de conocer sobre la ejecución de laudos nulos, ya que, de lo contrario, no tendrían control alguno sobre sentencias obtenidas de manera fraudulenta.⁵⁶

De la sentencia del 25 de mayo de 2007, se pueden extraer las siguientes conclusiones: “la revisión de un laudo arbitral se rige por el derecho interno del país de la sede, mientras que el reconocimiento o ejecución de un laudo se rige exclusivamente por la Convención de Nueva York; la anulación de un laudo arbitral por una autoridad competente del país en que fue dictado no puede ser revisada por un tribunal americano, en razón de que las causas de anulación no sean conocidas por el derecho interno en los Estados Unidos; el tribunal estatal del país sede es libre de anular el laudo de acuerdo a su propia ley; el tribunal del Estado donde se persigue la ejecución no actúa como una instancia de revisión de la decisión anulatoria rendida por el tribunal estatal del país sede; el tribunal requerido para el reconocimiento o ejecución del laudo no tiene una ilimitada discreción para imponer sus propias concepciones de orden público y con ello revisar la decisión del Estado sede que anuló el laudo de acuerdo a su propia ley; cuando una corte estatal competente ha

anulado el laudo, los tribunales de los Estados Unidos no pueden volver atrás esa decisión si están ausentes circunstancias extraordinarias; una sentencia es inejecutable por ser violatoria del orden público en la medida en que sea repugnante a nociones fundamentales de lo que es decente y justo en el Estado en el cual se pretende la ejecución; no habiéndose rendido evidencia de que el procedimiento haya sido sospechoso, los tribunales americanos están obligados a respetar el pronunciamiento del tribunal del país sede.⁵⁷

En virtud de los anteriores precedentes, se revela que de entre los países que cuentan con una fuerte tradición arbitral, como lo son Inglaterra, Francia y Estados Unidos, el primero rechaza por completo la teoría de la deslocalización, el segundo la adopta y el tercero la acepta si comprueba la existencia de circunstancias excepcionales.⁵⁸ La razón por la que Estados Unidos reconocería un laudo nulo se sustenta en que la sentencia de nulidad haya sido fraudulenta, mientras que en Francia, el laudo internacional tiene efecto en cualquier país y quedará en poder del lugar donde se pide su ejecución la revisión de su regularidad.⁵⁹

Aunque se consideren las posiciones de Estados Unidos y Francia como demasiado liberales, es importante destacar que ni el artículo 1502 del NCPC francés ni la Federal Arbitration Act de Estados Unidos contemplan dentro de las causales de inejecución la hipótesis de un laudo anulado en el extranjero, a diferencia de algunos países de América Latina, como México.

En cuanto a la revisión de las causales de nulidad, el comentarista Jan Paulson sostiene que en virtud de la Convención de Nueva York se autoriza al tribunal del país requerido para analizar la causa por la cual el laudo fue anulado y que no se debería impedir su ejecución si "tal anulación se causara en un criterio puramente local que constituya una regla atípica (por ejemplo que el laudo no haya sido firmado por los tres árbitros) o internacionalmente inadmisibles (como que los tres árbitros deberían ser de sexo masculino)."⁶⁰ En este orden de ideas, deviene pertinente el caso **Bechtel**, en el que el 29 de septiembre de 2005 se reconoció en Francia un laudo anulado en Dubai, ya que el árbitro único en la fase probatoria no había tomado juramento a los testigos, basado en la ley islámica, que exigía la ley local. El juez entendió que una

violación de una formalidad local no podía ser esgrimida internacionalmente como causa de nulidad de un laudo, máxime cuando éste se presentaba para su reconocimiento ante un tribunal distinto del Estado donde fue anulado”.⁶¹

En oposición, el profesor Albert Jan van den Berg considera que “los mejor dotados para decidir sobre la regularidad del arbitraje conllevado de conformidad con sus reglas son los tribunales del lugar del arbitraje”⁶² y que, por tanto, los demás tribunales deben otorgar deferencia a la anulación.

16. CONCLUSIONES

La sede del arbitraje es un elemento clave en el arbitraje comercial internacional cuya elección es trascendental por sus consecuencias jurídicas, pues identifica la *lex arbitri*. La importancia que se le de a la sede del arbitraje afectará la noción que se tenga en una determinada jurisdicción sobre el arbitraje internacional, lo que provocará que ciertos Estados comulguen con la teoría de la localización o deslocalización del arbitraje y puedan responder de distinta manera la interrogante de si deban o no reconocerse y ejecutarse laudos declarados nulos por los tribunales del país sede. Existen tantas distintas respuestas como interpretaciones se realicen a los instrumentos internacionales como la Convención de Nueva York. Aceptar la teoría de la deslocalización implica darle importancia marginal a la sede, mientras que aceptar la teoría de la localización conlleva a encontrar en la sede el fundamento del sistema. Queda entonces a cada uno de los Estados elegir la visión del arbitraje internacional que consideren más adecuada.

BIBLIOGRAFÍA

BAZIL-DAVID, Renata, *Harmonization and Delocalization of International Commercial Arbitration*, *Journal of International Arbitration* 28(5), Kluwer Law International, 2011, pp. 445 – 466.

- BËLOHLÁVEK, Alexander J. *Importance of the Seat of Arbitration in International Arbitration: Delocalization and Denationalization of Arbitration as an Outdated Myth*. Boletín ASA. Kluwer Law International, 2013. Volumen 31, Tema 2. pp. 262 – 292.
- CORDERO-MOSS, Giuditta, *International arbitration is not only international*, <https://folk.uio.no/giudittm/arbitration%20and%20national%20law.pdf>
- FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos. *Determinación del lugar de arbitraje y consecuencias del control del laudo por el tribunal de la sede arbitral*. Lima Arbitration. N° 2. 2007, pp. 25 – 62.
- GAILLARD, Emmanuel, *International Arbitration as a Transnational System of Justice*, Arbitration – the next fifty years. International Council for Commercial Arbitration, pp. 66 – 73.
- GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, *La ejecución en México de laudos anulados en el extranjero*, <http://www.gdca.com.mx/PDF/arbitraje/EJECUCION%20LAUDOS%20ANULADOS.pdf>
- JANICIJEVIC, Dejan. *Delocalization in International Commercial Arbitration*. Facta Universitatis. Series: Law and Politics, Vol. 3, N° 1, 2005, pp. 63 – 71.
- Notas de la CNUDMI sobre la organización del proceso arbitral. <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/arb-notes/arb-notes-s.pdf>
- PALAO MORENO, Guillermo, *El lugar de arbitraje y la “deslocalización” del arbitraje comercial internacional*, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XLIV, núm. 130, enero – abril de 2011, pp. 171 – 205.
- PARK, William, *Arbitration of International Business Disputes*, Oxford University Press, 2006. 67 págs.
- PAULSON, Jan. *Arbitration unbound: Award detached from the law of its country of origin*. The International and Comparative Law Quarterly, Vol. 30. Abril 1981. 31 págs.
- RIVERA, Julio César. *Arbitraje Internacional. Criterios opuestos reflejados en dos sentencias relevantes*.

http://www.rivera.com.ar/sites/default/files/rivera_arbitraje-internacional-criterios-opuestos-dos-sentencias-relevantes.pdf

SABATER, Aníbal. *When Arbitration Begins Without a Seat*. Journal of International Arbitration 27(5), Kluwer Law International, The Neatherlands. 2010, pp. 443 – 472.

NOTAS Y BIBLIOGRAFÍA

- ¹ Escena de la película *La dama de Oro*. (2015)
- ² PALAO MORENO, Guillermo, P. 175.
- ³ *Ibidem*, P. 176.
- ⁴ RIVERA, Julio César. P.2.
- ⁵ *Ídem*.
- ⁶ BÉLOHLÁVEK P. 262, 267, 270; PALAO MORENO, Guillermo, P. 178, 190; FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos, P. 26; SABATER, Aníbal. P. 443.
- ⁷ BÉLOHLÁVEK P. 262.
- ⁸ PALAO MORENO, Guillermo, P. 179; Artículo 31.3 Ley Modelo de UNCITRAL.
- ⁹ Artículo 20, Ley Modelo de UNCITRAL.
- ¹⁰ SABATER, Aníbal. P. 470.
- ¹¹ Notas de la CNUDMI sobre la organización del proceso arbitral. P. 7.
- ¹² BAZIL-DAVID, Renata. P. 451.
- ¹³ *Ibidem*. P.447.
- ¹⁴ *Ídem*.
- ¹⁵ *Ibidem*. P.448.
- ¹⁶ *Ídem*.
- ¹⁷ FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos, P. 50.
- ¹⁸ *Op. Cit.* nota xviii, *Ibidem*. P. 3.
- ¹⁹ *Op. Cit.* nota vii, *Ibidem*. P. 266.
- ²⁰ PAULSON, Jan. P. 360.
- ²¹ *Ídem*.
- ²² PARK, William, P. 16.
- ²³ *Op. Cit.* nota xx, *Ibidem*. P. 362. Traducción propia.
- ²⁴ *Op. Cit.* nota xix, *Ibidem*. P. 267.
- ²⁵ *Op. Cit.* nota xii, *Ibidem*. P. 457.
- ²⁶ *Ídem*.
- ²⁷ GAILLARD, Emmanuel, P. 72.
- ²⁸ JANICIJEVIC, Dejan. P. 64.
- ²⁹ *Op. Cit.* nota iv, *Ibidem*. P. 1.
- ³⁰ *Op Cit.* nota xvii, *Ibidem*. P. 59 – 60.

-
- ³¹ *Op. Cit.* nota xxvii, *Ibídem.* P. 66.
- ³² *Ibídem.* P. 67.
- ³³ *Ibídem.* P. 67 – 68.
- ³⁴ *Ibídem.* P. 70.
- ³⁵ *Ibídem.* P. 68.
- ³⁶ *Ibídem.* P. 70.
- ³⁷ *Ibídem.* P. 68.
- ³⁸ *Ibídem.* P. 68 – 69.
- ³⁹ *Ídem.*
- ⁴⁰ *Ibídem.* P. 70.
- ⁴¹ GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. P. 1.
- ⁴² *Op. Cit.*, nota xxx, *Ibídem.* P. 59.
- ⁴³ *Op. Cit.* nota xii, *Ibídem.* P.464. *Naviera Amazonica Pruano S.A v. Compañía Internacional de Seguros del Perú. (1998) 120. Traducción propia.*
- ⁴⁴ *Ibídem.* P.463.
- ⁴⁵ *Ibídem.* P.461. *Putrabali Adyamulia v. Rena Holding.* Junio 29, 2007. Arret No. 1021.
- ⁴⁶ *Op. Cit.* Nota xlii, *Ibídem.* P. 56 – 57; *Op. Cit.* nota xxix, *Ibídem.* P. 5.
- ⁴⁷ *Ídem.*
- ⁴⁸ *Ídem.*
- ⁴⁹ *Ibídem.* P. 6.
- ⁵⁰ *Ibídem.* P. 9.
- ⁵¹ *Op. Cit.* nota xliii, *Ibídem.* P.461.
- ⁵² *Op. Cit.* nota I, *Ídem.*
- ⁵³ *Ibídem.* P. 10.
- ⁵⁴ *Op. Cit.* nota li, *Ibídem.* P.462.
- ⁵⁵ *Ibídem.* P. 463; RIVERA, *Op. Cit.* nota liii, *Ibídem.* P. 11.
- ⁵⁶ *Op. Cit.* nota liii, *Ibídem.* P. 11, citando la traducción al español de Eduardo Zuleta.
- ⁵⁷ *Ibídem.* P. 13.
- ⁵⁸ *Op. Cit.* nota liv, *Ídem.*
- ⁵⁹ *Op. Cit.* nota lvii, *Ibídem.* P. 14.
- ⁶⁰ *Ibídem.* P. 17.
- ⁶¹ *Op. Cit.* Nota xxx, *Ibídem.* P. 57.
- ⁶² *Op. Cit.*, nota xli, *Ibídem.*, p. 3 – 4.

Mediación Obligatoria



Andrea Rivera Ríos

Vicepresidenta del Comité de Jóvenes Árbitros de ICC México y miembro de la Barra Mexicana de Abogados. Mediadora privada certificada por el Centro de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México, número de registro 526. Trabaja en Ríos Ferrer, Guillén-Llarena, Treviño y Rivera S.C., y se especializa en mediación, arbitraje comercial y arbitraje de inversión. También se desempeña en consultoría en materia administrativa, derecho regulatorio, contratos y proyectos de infraestructura, litigio civil, mercantil y administrativo.

Es Licenciada en Derecho por la Universidad Iberoamericana en donde obtuvo Mención Honorífica y el mérito a la Excelencia Académica. Cursó la maestría en Derecho en New York University.

Resumen

¿Qué significa mediación obligatoria? ¿Qué alcances tiene? ¿Qué países han implementado medidas tendientes a obligar a las partes a mediar? ¿Qué ventajas y desventajas tiene?

México se encuentra en un momento oportuno para discutir la mediación obligatoria, previo a la expedición de la Ley General de Medios Alternativos de Solución de Controversias que será de observancia general en toda la República Mexicana y que reglamentará el derecho al acceso de los mecanismos alternativos de solución de controversias, entre los cuales encontramos la mediación. Es por ello que resulta interesante explorar este tema, debatirlo, analizar legislaciones que han implementado esta modalidad por más tiempo y adoptar aquellas políticas que han resultado provechosas y beneficiosas para la pronta y eficaz impartición de justicia.

1. MEDIACIÓN OBLIGATORIA Y EL PRINCIPIO DE VOLUNTARIEDAD

La mediación obligatoria es un tema que despierta polémica y debate. Considerando que uno de los principios fundamentales de la mediación es la voluntariedad, el concepto de mediación obligatoria pareciera contradictorio e inconsistente con la propia naturaleza del procedimiento de mediación.

Existe consenso en la literatura especializada acerca de que la participación de las partes en una mediación debe ser libre y voluntaria. En la Ciudad de México, la Ley de

Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia para el Distrito Federal (ahora Ciudad de México) califica la mediación como voluntaria. El artículo 2º, fracción X, reconoce la voluntariedad del proceso al definir la mediación como un *“procedimiento voluntario por el cual dos o más personas involucradas en una controversia, a las cuales se les denomina mediados, buscan y construyen una solución satisfactoria a la misma, con la asistencia de un tercero imparcial denominado mediador.”*

Adicionalmente, el artículo 8 de la misma ley reconoce la voluntariedad como principio rector de la mediación: *“I. Voluntariedad. La participación de los particulares en la mediación deberá ser por propia decisión, libre y auténtica.”* De una interpretación literal del precepto citado se infiere que el principio de voluntariedad no se limita al momento de acceder a la mediación, sino que prevalece durante todo el desarrollo de la misma.

La voluntariedad debe permear todo el procedimiento, materializarse cuando las partes asumen un rol protagónico y un ánimo colaborativo durante el procedimiento. Existe voluntariedad en el deseo de las partes de mantenerse en una mediación, participar, escuchar, proponer soluciones y alcanzar un acuerdo que ponga un fin a su conflicto.

Con base en ese enfoque, el concepto de voluntariedad comprende dos dimensiones: (i) La primera dimensión consiste en la decisión de recurrir al procedimiento de mediación de manera voluntaria y (ii) la segunda dimensión consiste en el ánimo colaborativo de las partes, su participación voluntaria durante todo el procedimiento y la facultad de retirarse de éste en cualquier momento y sin justificación alguna. Partiendo de dicha distinción, la mediación obligatoria hace alusión, exclusivamente, a esa primera dimensión de la voluntariedad. Es decir, una obligatoriedad que afecta únicamente la decisión inicial de recurrir al procedimiento de mediación.

Con base en lo anterior se puede argumentar que la mediación obligatoria no implica dejar desprovisto de voluntariedad al procedimiento. La obligatoriedad califica exclusivamente a esa primera dimensión, consistente en acercar a las partes en conflicto a la mesa. Serán las propias partes interesadas quienes deberán tomar la decisión de permanecer y participar de forma voluntaria en la mediación o bien retirarse de ésta.

2. MODALIDADES DE LA MEDIACIÓN OBLIGATORIA

Partiendo de que la mediación y la obligatoriedad son conceptos compatibles, podemos analizar las maneras en que la mediación obligatoria se puede implementar. Los países han adaptado y regulado la mediación obligatoria de diferentes maneras. Algunos ejemplos son:

- Requisito de procedibilidad en virtud del cual las partes deben forzosamente recurrir a una mediación como requisito previo al ejercicio de una acción judicial.
- Referencia judicial a la mediación dentro de un procedimiento judicial. Bajo este supuesto, el juez valora el caso y si es susceptible de resolverse mediante una mediación, el juez suspende el procedimiento judicial y obliga a las partes a recurrir a una mediación.
- Referencia judicial a la pre-mediación dentro de un procedimiento judicial. El juez obliga a las partes a recurrir a una sesión de pre-mediación o bien a una sesión informativa en donde un mediador explica a las partes cómo se desarrolla una mediación, las reglas del procedimiento, el tipo de acuerdo al que podrían llegar y los efectos jurídicos del mismo. En caso de que las partes estén de acuerdo, deberán notificar al juez a efecto de que éste suspenda el procedimiento judicial.
- Una postura intermedia a la obligatoriedad, consiste en aplicar medidas que inciten a las partes a recurrir a la mediación previo al ejercicio de una acción judicial. Por ejemplo, la facultad del juez de condenar en costas a la parte que injustificadamente no recurrió a una mediación previa al procedimiento judicial.

3. MEDIACIÓN OBLIGATORIA EN MÉXICO

El artículo 4 de la Ley de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia para el Distrito Federal (ahora Ciudad de México) pareciere que contempla un tipo de mediación obligatoria dentro de un procedimiento judicial en los siguientes términos: *“La mediación procederá de la voluntad mutua de los particulares de someterse a ella para solucionar o prevenir una controversia común. Los jueces del Distrito Federal podrán, de conformidad con lo dispuesto en la legislación aplicable, ordenar a los particulares que acudan al procedimiento de mediación a que se refiere la Ley, e intenten a través de dicho procedimiento, llegar a un acuerdo que ponga fin a la controversia, decretando además*

la suspensión del juicio hasta por el término de dos meses.” [Énfasis añadido] Con base en dicho artículo, los jueces de la Ciudad de México están facultados para ordenar a los particulares a que acudan a la mediación, siempre que la legislación aplicable lo permita. El precepto parece indicar que la Ciudad de México daría un primer paso hacia un tipo de mediación obligatoria dentro de un juicio civil, siempre que la legislación aplicable lo permitiera. Sin embargo, no fue así.

Al respecto, el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal (ahora Ciudad de México) en su artículo 55 señala lo siguiente: *“...Asimismo, los titulares de los órganos jurisdiccionales deberán informar a los particulares sobre las características y ventajas de la mediación, para alcanzar una solución económica, rápida y satisfactoria de sus controversias. Si en constancia de autos el Juez advirtiere que el asunto es susceptible de solucionarse a través de la mediación, el juez exhortará a las partes a que acudan al procedimiento de mediación a que se refiere la Ley de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia para el Distrito Federal, e intenten, a través de dicho procedimiento, llegar a un acuerdo que ponga fin a la controversia. El juez podrá decretar la suspensión del juicio hasta por el término de dos meses con los efectos previstos por la propia Ley de Justicia Alternativa, a partir de que las partes le informen que han iniciado el procedimiento de mediación correspondiente. En el caso de que las partes logren la construcción de un acuerdo por medio del procedimiento de mediación, lo harán del conocimiento del Juez quien decretará la conclusión del procedimiento y lo archivará como corresponda. En caso de que las partes una vez recibida la pre-mediación no hubieren aceptado el procedimiento, o habiéndolo iniciado no fuera posible llegar a un acuerdo dentro del plazo señalado, lo harán saber al Juez del conocimiento para que dicte el proveído que corresponda y continúe la sustanciación del procedimiento.*” [Énfasis añadido]

Aun cuando la Ley de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia para el Distrito Federal (hoy Ciudad de México) previó las palabras “podrá ordenar”, la legislación civil aplicable retrocedió un paso y empleó la palabra “exhortar”. Una diferencia sutil en el vocabulario que tiene una gran implicación. La Real Academia Española define la palabra exhortar como *“incitar a alguien con palabras que haga o deje de hacer algo”*; mientras que la palabra ordenar la define como *“mandar, imponer, dar orden de algo*. Ambas palabras tienen significados diferentes y por tanto implican alcances distintos. En

principio, bajo una interpretación literal del precepto citado, la exhortación que haga el juez en este tipo de casos, no obligaría a las partes a mediar.

Mientras que, en materia mercantil, el Código de Comercio hace referencia a la mediación de manera muy escueta.

4. MEDIACIÓN OBLIGATORIA EN OTROS PAÍSES

Existen países que implementan esquemas de mediación obligatoria para ciertos casos y circunstancias. Por ejemplo, en la Unión Europea se acepta la obligatoriedad de la mediación previo al ejercicio de la acción judicial en litigios de consumidores. Sin embargo, advierte que, dado que el acceso a la justicia debe garantizarse, el consumidor está facultado para retirarse de la mediación cualquier momento, sin tener que justificar su decisión. En concreto el Tribunal de Justicia de la Unión Europea consideró que la exigencia de un procedimiento de mediación con carácter previo al ejercicio de la acción judicial puede ser compatible con el principio de tutela judicial efectiva si concurren determinados requisitos que debe examinar el juez nacional, entre otros: si no conduce a una decisión vinculante para las partes, que interrumpa la prescripción de sus derechos, que no ocasione gastos significativos para las partes, que no implique un retraso sustancial para el ejercicio de una acción judicial, siempre que la vía electrónica no constituya el único medio de acceder al procedimiento y que sea posible adoptar medidas cautelares urgentes.

En California, Estados Unidos existe un programa de mediación obligatoria establecido por los tribunales para casos de divorcios, específicamente para temas de guardia y custodia de menores. El programa se implementó en aras de preservar el interés del menor al considerar que este tipo de casos son altamente emocionales.

En Toronto, Windsor y Ottawa, Canadá existe un programa de mediación obligatoria para casos de derecho civil. Los casos son referidos a una sesión de mediación al inicio del juicio con el objeto de dar a las partes la oportunidad de resolver el conflicto. Con la ayuda de un mediador, las partes exploran alternativas de solución, evitando así un litigio. El programa de mediación obligatoria excluye casos familiares por temas de violencia familiar o bien por temas de intimidación y violencia emocional.

En el Reino Unido existen protocolos pre- judiciales que las partes deben seguir. Ante la omisión de hacerlo, las cortes están facultadas para imponer penalidades (costas).

Específicamente, el párrafo 8 del *Practice Direction on Pre-Action Conduct* indica que aun cuando los mecanismos alternativos de solución de controversias no son obligatorios, las cortes pueden requerir pruebas que demuestren que las partes consideraron alguna forma de mecanismo alternativo de solución de controversias. En ese contexto, la mediación es el procedimiento más popular en Reino Unido.

El Reino Unido considera la mediación como un proceso voluntario con base en el caso *Dyson LJ in Halsey v Milton Keynes General NHS Trust [2004] EWCA Civ 576 (Halsey)* en el cual se consideró que la obligación de someterse a los mecanismos alternativos de solución de controversias era inaceptable y un obstáculo al derecho de acceso a la justicia y al derecho a un juicio justo. Ocasionalmente, alguna corte puede recomendar algún procedimiento de este tipo, pero jamás puede ordenar a las partes acudir a él. Sin embargo, si una de las partes se rehúsa a mediar irrazonablemente, los jueces están facultados para condenar en costas a esa parte con base en el caso *Dunnett v Railtrack Plc [2002] 1 W.L.R. 2434*. Adicionalmente, un comportamiento irracional durante la mediación, con el único propósito de abandonarla e irse a un procedimiento judicial, también puede resultar en una condena en costas con base en la resolución *Thakkar & Anor v Patel & Anor [2017] EWCA Civ 117*.

Asimismo, Italia introdujo la mediación obligatoria en ciertos casos. Las partes están facultadas para retirarse del proceso de mediación en una fase inicial si consideran difícil llegar a un acuerdo. Sin embargo, existe un mecanismo que asegura que las partes reflexionen antes de decidir retirarse de una mediación. Ante la decisión de una de las partes de retirarse de la mediación, el mediador puede proponer un acuerdo que ponga fin al conflicto. Si el acuerdo de mediación es rechazado y las partes deciden litigar, el juez está facultado para condenar en costas a la parte que rechazó la mediación, siempre que la sentencia coincida con el acuerdo previamente propuesto por el mediador.

Por otro lado, en Francia es necesario acreditar los intentos previos de resolución del conflicto antes de la presentación de la demanda. Adicionalmente, el código procesal francés prevé la facultad discrecional del juez de proponerle a las partes llevar a cabo una mediación, dentro de un procedimiento judicial. Recientemente, se aprobó la mediación obligatoria en asuntos familiares.

5. RETOS A VENCER EN MÉXICO PARA SU IMPLEMENTACIÓN

En México, existen retos para la implementación de la mediación obligatoria. El principal consiste en la violación u obstáculo que la mediación obligatoria pudiere representar al derecho humano de acceso a la justicia y tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 17 Constitucional.

Otro desafío consiste en desarrollar una plataforma, disponer de presupuesto, infraestructura, capacitación y personal para llevar a cabo mediaciones obligatorias. La cantidad de demandas y casos que se promueven ante los órganos jurisdiccionales es muy alta. Sería insostenible para el Centro de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México y otros centros de entidades federativas asumir la carga de trabajo de los órganos jurisdiccionales. En todo caso, el programa de mediación obligatoria debería implementarse de manera gradual y considerar incluir en este esquema a la mediación privada. En este caso, los mediadores privados certificados por el Centro de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México pudieren resultar pieza clave para su implementación.

Por último, se requiere romper las barreras al interior de los órganos jurisdiccionales que cierran el paso a la mediación por desinformación y temor a recortes de funcionarios judiciales. Se deben de diseñar e incluir programas de capacitación a mediadores, abogados y funcionarios judiciales. Así como desarrollar e implementar una campaña de difusión a la ciudadanía sobre qué es la mediación, su relación con el proceso, su valor y efectos jurídicos.

6. VENTAJAS Y DESVENTAJAS DE LA MEDIACIÓN OBLIGATORIA

Existen diversas ventajas que hacen atractiva la mediación obligatoria. Por ejemplo, en un escenario en donde prima el desconocimiento y el escepticismo respecto de la mediación, resulta adecuado propiciarla a efecto de descongestionar los órganos jurisdiccionales, logrando una impartición de justicia pronta y expedita.

Las partes en muchas ocasiones son renuentes a mediar por desconocimiento o porque consideran que la mejor forma para resolver su conflicto es ante un juez y mediante una sentencia. La mediación obligatoria lograría que ésta llegue a un mayor un número de casos que por la vía voluntaria no se lograría. Permite a las partes acercarse a la mesa, conocer el procedimiento y sus efectos jurídicos.

La mediación obligatoria permite a las partes experimentar un proceso de resolución de conflictos que probablemente de otra manera no hubieran conocido y que al final probablemente les parezca satisfactorio toda vez que les permitió salvaguardar su relación con la otra parte, reducir sus costos y resolver su conflicto de forma expedita.

Por último, la mediación obligatoria complementa la administración de justicia, descongestiona los tribunales y propicia una mejor asignación de los recursos del sistema judicial, haciendo más eficiente su gestión.

Existen algunas desventajas sobre la mediación obligatoria que vale la pena considerar. Por ejemplo, la mediación podría resultar en una pérdida de tiempo, en caso de que las partes no lleguen a un acuerdo (demora en el proceso). Otra importante desventaja a considerar es en qué medida puede una mediación obligatoria entorpecer una estrategia de litigio. Por ejemplo, en caso de requerir medidas cautelares, se pone en sobre aviso a la contraparte y ello podría incidir notoriamente en la estrategia. Y, por último, el riesgo de que la mediación obligatoria se convierta en un trámite burocrático, una simulación, que aumente los costos de abogados, trámites y plazos de resolución de los litigios.

7. REFLEXIÓN

La regulación de la mediación obligatoria en México es un tema complejo a la luz del artículo 17 constitucional, que comprende el derecho humano de acceso a la justicia y tutela judicial efectiva. Sin embargo, ya vimos que en otros países se han logrado compaginar ambos de manera satisfactoria y para ciertos tipos de casos. Han sido creativos en su implementación de manera que no se obstaculizó el acceso a la justicia; sino por el contrario, se complementó.

Con miras a la expedición de la Ley General de Medios Alternativos de Solución de Controversias es importante tener en mente estos temas vanguardistas. No perdamos de vista que la mediación es un complemento a la administración de justicia, es la apuesta a la capacidad de las personas de resolver sus propios conflictos y de privilegiar la participación de los ciudadanos en el manejo y resolución de sus conflictos a través de acuerdos satisfactorios a sus intereses.

¿México estará listo para dar este siguiente paso? Un tema provocativo que pongo sobre la mesa para la reflexión del lector.

BIBLIOGRAFÍA

- Libro blanco de la reforma judicial. Una agenda para la justicia en México, México, SCJN. http://sistemabibliotecario.scjn.gob.mx/sisbib/po_2010/59032/59032_1.pdf.
- Faes, Ignacio, *Europa admite la obligación de ir a mediación antes que a los juzgados*, El Economista, 14 de junio de 2017, <http://www.eleconomista.es/legislacion/noticias/8430759/06/17/Europa-admite-la-obligacion-de-ir-a-la-mediacion-antes-que-a-los-juzgados.html>
- Riskin Leonard L, Westbrook James E., Guthrie Chris, Reuben Richard C, Robbennolt Jennifer K. & Welsh Nancy A, *Dispute Resolution and Lawyers Cases and Materials*, (4th ed., Westgroup 2009).
- Sofya Perelshteyn, *Mediator or Judge?: California's Mandatory Mediation Statute in Child Custody Disputes*, 17 Pepp. Disp. Resol. L.J. 1 (2017) <https://digitalcommons.pepperdine.edu/drlj/vol17/iss1/1>
- Lambert Donald, McMichael Noel and Coad Jenna, *Getting the Deal Through, Mediation England and Wales*, <https://gettingthedealthrough.com/area/54/jurisdiction/65/mediation-2017-england-wales/>
- Ministry of the Attorney General, *Fact Sheet: Mandatory Mediation*, https://www.attorneygeneral.jus.gov.on.ca/english/courts/civil/fact_sheet_mandatory_mediation.html
- Morek Rafal, *Mandatory Mediation in Italy*, Kluwer Mediation Blog, October 9, 2013, <http://mediationblog.kluwerarbitration.com/2013/10/09/mandatory-mediation-in-italy-reloaded/>
- Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, <http://dle.rae.es/?id=DglqVCc>
- Díaz, Luis Miguel. *¿Artículo 17 de la Constitución como opción al orden jurídico?* Anuario Mexicano de Derecho Internacional, [S.l.], jan. 2009. ISSN 2448-7872. <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/article/view/304/531>
- Muñoz Soletto, Helena. *La Mediación en la Unión Europea*. Universidad Carlos III de Madrid. https://www.researchgate.net/profile/Helena_Soletto/publication/49216192_La_mediacion_en_la_Union_Europea/links/004635356c87f9be7d000000/La-mediacion-en-la-Union-Europea.pdf

El Reporte de ICC sobre Instituciones Financieras y Arbitraje Internacional: Generalidades del Reporte y la experiencia de las Instituciones Financieras en el Arbitraje

Jorge Ogarrio Kalb

Socio del despacho Ogarrio Daguerre, S.C. y anteriormente fue asociado extranjero en el despacho Sullivan & Cromwell en Nueva York. Su práctica se ha centrado en las áreas de fusiones y adquisiciones, transacciones internacionales, financiamiento de proyectos, derecho corporativo y arbitraje. Es Abogado por la Escuela Libre de Derecho de donde obtuvo su título en 1993. En 1995 obtuvo el grado de maestro en derecho por la Universidad de Georgetown en Washington, D.C.

En marzo de 2014 el Secretario General de la ICC emitió un mandato para la creación del grupo de trabajo denominado "Instituciones Financieras y Arbitraje Internacional", lo anterior por recomendación del Presidente de la Comisión de Arbitraje.

En términos generales, la misión encomendada al grupo de trabajo fue la siguiente:

- 1.- Estudiar el uso del arbitraje internacional por las instituciones financieras, así como la percepción que dichas instituciones tienen del arbitraje y la experiencia que han tenido con el proceso arbitral.
- 2.- Considerar el proponer una serie de recomendaciones para abordar temas susceptibles de incrementar el atractivo del arbitraje internacional a las instituciones financieras, lo que podría incluir propuestas de cláusulas modelo a ser utilizadas por dichas instituciones para la resolución de sus disputas, financieras o de cualquier otra naturaleza.
- 3.- Identificar, en caso de que fuera apropiado, pasos o determinaciones que pudieran ser tomados por las partes y tribunales arbitrales cuando el arbitraje internacional haya sido escogido para resolver disputas involucrando a instituciones financieras; y
- 4.- Preparar un reporte que resumiera los trabajos del grupo y presentara sus recomendaciones.

Dicho grupo de trabajo estuvo co-presidido por Claudia Salomón y Georges Affaki y comenzó sus trabajos formales en junio de 2014.

En abril de ese año, ICC México extendió una invitación a Gerardo Lozano, Thomas Heather y a Jorge Ogarrio a participar en este grupo de trabajo en representación de ICC México, grupo que estuvo compuesto por un total de 120 abogados de todo el mundo.

En el mes de noviembre de 2016 la Comisión de Arbitraje de la ICC publicó el reporte denominado "Instituciones Financieras y Arbitraje Internacional" el cual es nuestro objeto de estudio.

El reporte está estructurado en varias secciones incluyendo: (i) una introducción general; (ii) recomendaciones detalladas del grupo de trabajo para la adecuación de procedimientos arbitrales que sean "trajes a la medida" para las necesidades del sector bancario y financiero; (iii) una discusión de los cambios que se han visto en la resolución de disputas financieras; (iv) una descripción de la experiencia que han tenido las instituciones financieras en el uso del arbitraje, incluyendo sus preferencias en la conducción de arbitrajes y lo que perciben dichas instituciones financieras como ventajas y desventajas del arbitraje en disputas bancarias y financieras; y (v) un análisis del uso del arbitraje en sectores especiales en la práctica financiera y bancaria, como lo son disputas en materia de derivados, crédito soberano, financiamiento internacional, arbitraje de inversión, disputas relacionadas a aspectos regulatorios, arbitraje en instituciones financieras internacionales, instituciones financieras de desarrollo, y agencias de crédito a la exportación, etcétera.

La metodología utilizada por el grupo de trabajo consistió principalmente en entrevistas con aproximadamente 50 instituciones financieras y abogados bancarios de alrededor del mundo, incluyendo bancos como JP Morgan Chase, Morgan Stanley, Deutsche Bank, BNP Paribas, HSBC, etcétera. Asimismo, se analizó información recibida de 13 instituciones arbitrales y junto con las entrevistas y un estudio de la literatura, políticas internas de bancos y laudos arbitrales relevantes, se le dio forma a las conclusiones y recomendaciones descritas en el reporte.

El grupo de trabajo se percató que históricamente las instituciones financieras han preferido el uso de tribunales locales en centros financieros clave del mundo como lo son Nueva York, Londres o Frankfurt para resolver sus controversias, y han evitado, en la medida de lo posible, el uso de tribunales locales en países emergentes. Sin embargo a partir del 2008 y principalmente debido al incremento de disputas financieras, el uso del arbitraje ha aumentado considerablemente y actualmente se le considera como una interesante alternativa al litigio.

El reporte concluye, en términos generales, que las instituciones financieras sí utilizan el arbitraje en una amplia gama de transacciones bancarias y financieras, sin embargo dicho uso no se lleva a cabo a gran escala ni de manera consistente. El grupo de trabajo se percató de que existe una falta de conocimiento generalizado de los beneficios potenciales del arbitraje comercial internacional aplicado a disputas financieras. Asimismo, se percató de que existe una percepción en muchas ocasiones equivocada en relación con el proceso arbitral.

El reporte presenta un análisis de la experiencia empírica de las instituciones financieras internacionales en el uso del arbitraje como medio de solución de controversias y concluye que hay experiencia limitada en relación con el mismo. El 70% de los abogados internos de bancos entrevistados no sabían si la institución financiera a la que pertenecen había participado en algún arbitraje internacional en los últimos cinco años. El 24% de las instituciones entrevistadas habían estado involucradas en un número pequeño de arbitrajes internacionales en los últimos cinco años, representando 5% o menos de todas las disputas financieras de la institución, y únicamente el 6% de las instituciones financieras entrevistadas había participado en un número mayor de arbitrajes.

Las instituciones financieras manifestaron tener mayor inclinación hacia el arbitraje únicamente cuando: (i) la transacción es de mucha importancia o de una complejidad particular; (ii) la contraparte es una entidad controlada por el estado; (iii) la confidencialidad tiene una relevancia importante; o (iv) el domicilio de la contraparte se encuentra localizado en una jurisdicción donde el reconocimiento de sentencias extranjeras es problemático o

bien donde se espera que la ejecución de un laudo arbitral pudiera ser más fácil con base en la Convención de Nueva York en comparación con una sentencia de un tribunal estatal.

Una de las conclusiones que a mí me parece más relevante del reporte es la que se refiere a cuáles son las principales desventajas o limitaciones que perciben las instituciones financieras en relación con el uso del arbitraje para la resolución de disputas bancarias o financieras. Se perciben como las principales limitaciones las siguientes:

1.- Medidas cautelares. Es evidente que en muchos casos las instituciones financieras, como resultado de sus contratos de crédito cuentan con documentos que traen aparejada ejecución (llámense "pagarés") de manera que al intentar la acción pueden obtener de inmediato el embargo de bienes que aseguren su crédito. Los árbitros, al carecer de imperio, no pueden otorgar dichas medidas cautelares de embargo, siendo esa una de las principales razones por las que el arbitraje no ha sido muy aceptable en el medio financiero. Además, cuando se requiere dicha medida precautoria, el tribunal arbitral aún no ha sido constituido.

Sin embargo, hay que hacer notar que tanto la ICC como algunas otras instituciones cuentan con un mecanismo para la designación de un árbitro de emergencia que pueda dictar medidas cautelares antes, incluso, de que el tribunal arbitral haya sido constituido. Esto puede ayudar a resolver ese problema. Otra forma de resolver el problema consiste en que en las propias cláusulas arbitrales se incluya la posibilidad de solicitar el embargo precautorio ante el juez del orden común y una vez que se haya obtenido dicho embargo proceder con el arbitraje. Esta situación podría ser interesante en casos de créditos complejos como pudiera ser en el caso de financiamiento de proyectos ("Project Finance") con participación de múltiples actores tanto en lo financiero, como en el aspecto operativo del propio proyecto, en donde la complejidad del asunto pudiese ameritar un arbitraje, y si la obtención de medidas precautorias le da mayores seguridades a los prestamistas, pues tanto mejor.

2.- Para los bancos es importante el obtener la fuerza de los precedentes judiciales. Cuando nos encontramos con interpretaciones de contratos como pueden ser de

operaciones de cobertura o derivados bajo los contratos maestros denominados ISDA, los bancos consideran que es muy importante el utilizar el precedente judicial, sobre todo en aquellas jurisdicciones en las que dicho precedente tiene fuerza de ley como es el caso del Common Law. En arbitrajes financieros tal vez podría incluirse en la propia cláusula arbitral que las partes convienen y están de acuerdo en no considerar el laudo que se dicte al respecto como confidencial y manifestar su conformidad en la publicación del laudo, como a veces se hace, omitiendo la publicación de información que pudiese ser de naturaleza sensible. Esto ayudaría a comenzar a crear un cuerpo de "precedentes" que pudiesen ser de mucha utilidad, aunque queda claro que esta propuesta no le daría a los laudos arbitrales la fuerza legal de un precedente judicial.

3.- Una tercera limitación es que en términos generales en el arbitraje no hay procesos sumarios en los que se pueda dictar un laudo en forma inmediata al considerar que el caso es claramente a favor de una de las partes. Igualmente se percibe que al no haber resoluciones rápidas cuando una de las partes no contesta la demanda, es una desventaja en lo que se refiere a los costos y eficiencia del procedimiento; sin embargo, cabría hacer notar que en la cláusula arbitral las partes podrían pactar que el tribunal arbitral esté facultado para resolver casi como en un juicio sumario las pretensiones de una de las partes. Por lo que se refiere a aquellos casos en los que no comparece el demandado, la práctica ha sido clara en el sentido de que el arbitraje puede proceder rápidamente, siempre y cuando haya constancia de una debida notificación del demandado.

4.- Acumulación de arbitrajes. En transacciones complejas en las que hay varias partes, las instituciones financieras han manifestado su preocupación por el hecho de que puedan ser arrastradas a procedimientos que no tengan que ver con los aspectos meramente financieros, aun cuando estén relacionadas con la operación de la misma transacción. Sin embargo, debe hacerse notar que la acumulación no tiene que ser impuesta a las partes en aquellos casos en los que la transacción bancaria objeto del arbitraje hace conveniente y necesario que sea resuelta en forma separada de los demás grupos de contratos.

Al igual que mencionábamos en el *project finance*, pudiese ser posible que las obligaciones bancarias se resolviesen en forma independiente de las obligaciones derivadas de los contratos accesorios.

5.- Los costos han sido mencionados por las instituciones financieras como algo de importancia y existe la percepción de que en algunas jurisdicciones el arbitraje es más oneroso comparado con el litigio en tribunales. Al respecto, la ICC ha emitido el reporte sobre control de costos y tiempo en el arbitraje, el cual puede ser de mucha utilidad al respecto.

6.- A algunos de los bancos entrevistados les preocupa entrar en el mundo del arbitraje ya que en ocasiones éste se percibe como un "club exclusivo de árbitros internacionales" en el cual falta transparencia. Para atacar esta preocupación en ocasiones fundada, cabe mencionar que la ICC está llevando a cabo medidas para transparentar la existencia de los árbitros que fungen en arbitrajes internacionales y para tal efecto publica los nombres de todos los árbitros en funciones en arbitrajes ICC iniciados después del 1º de enero de 2016.

7.- Otra desventaja percibida por los bancos respecto al uso del arbitraje es la imposibilidad para convertir los procedimientos de ejecución de créditos, en procedimientos de insolvencia, ya que el tribunal arbitral no puede decretar la insolvencia del deudor, ni tampoco designar a los administradores de dicha insolvencia o concurso mercantil.

Por otro lado, el reporte también menciona cuáles son las principales ventajas que perciben las instituciones financieras entrevistadas en el uso del arbitraje, siendo éstas, en términos generales: (i) la ejecución internacional de laudos arbitrales, ya que se considera que la ejecución con base en la Convención de Nueva York es una ventaja clave del arbitraje comparado con el litigio; (ii) la neutralidad política del arbitraje en países en vías de desarrollo, ya que la sumisión de disputas a arbitraje en tribunales neutrales se percibe como muy ventajoso para el sector bancario; (iii) el acceso limitado de las partes a mecanismos de apelación del laudo arbitral aunque en las entrevistas conducidas, algunas

instituciones financieras expresaron su interés en explorar la posibilidad de incluir cierto mecanismo de apelación en el arbitraje; (iv) la confidencialidad, siendo ésta un factor determinante en la decisión de instituciones financieras de someterse al arbitraje internacional, aunque la confidencialidad es también considerada como algo no deseable en el contexto de ciertas actividades bancarias, como pudiera ser el caso de derivados y créditos sindicados, donde, en gran medida, la estandarización y el conocimiento de precedentes es deseable. La necesidad de contar con precedentes, aunque éstos no son obligatorios sino únicamente informativos, se contrapone con las ventajas de la confidencialidad; (v) la posibilidad de designar árbitros con experiencia específica en el sector financiero se percibe como otra ventaja importante del arbitraje en materias bancarias y financieras; y (vi) por último, otra ventaja percibida por las instituciones financieras es la flexibilidad procesal, la cual incluye la posibilidad de diseñar el procedimiento, el idioma del arbitraje, la designación de árbitros, y la presentación de pruebas, a la medida de las circunstancias.

El reporte arroja las preferencias mencionadas por las instituciones financieras una vez que éstas han accedido al arbitraje. En términos generales, las instituciones entrevistadas prefieren el arbitraje institucional o administrado en lugar de arbitrajes *ad hoc* o no administrados, siendo la ICC y la LCIA las instituciones cuyas reglas de arbitraje son más utilizadas. Las sedes de arbitraje más seleccionadas son Ginebra, Hong Kong, Londres, Nueva York, París y Singapur, en tanto que el idioma más utilizado es el inglés. En relación con el número de árbitros, las instituciones financieras generalmente prefieren tribunales arbitrales de tres miembros y siendo el presidente designado por los dos árbitros de parte. Los criterios que consideran más importantes para seleccionar un árbitro incluyen principalmente experiencia en la industria, disponibilidad, tiempos de respuesta, sentido común, facilidad de palabra y por supuesto independencia e imparcialidad. Cláusulas escalonadas, es decir aquellas en las cuales la negociación o la mediación es prerrequisito para el arbitraje, son raramente usadas por las instituciones financieras. Cláusulas asimétricas, es decir aquellas que permiten a una parte escoger la jurisdicción competente

(incluyendo arbitraje), mientras que la otra parte está obligada a una jurisdicción exclusiva predeterminada, eran usadas en mayor medida en el pasado, pero son raramente usadas en la actualidad, ya que en algunas sedes su validez ha sido cuestionada. Por último, la mayoría de las instituciones financieras consideran que la naturaleza inapelable del laudo arbitral es una de las principales ventajas del arbitraje en comparación con el litigio, sin embargo, algunas instituciones financieras entrevistadas mencionaron que les gustaría ver algún tipo de mecanismo de apelación en el arbitraje, en la medida en la que exista un convenio previo entre las partes en el que se incluyan las circunstancias en cuales una parte pudiera apelar el laudo.

El reporte menciona algunas recomendaciones generales para ajustar el procedimiento arbitral a la medida de las necesidades del sector bancario y financiero. Dichas recomendaciones van desde la bifurcación del procedimiento y el dictado de laudos parciales en temas clave lo que se traduciría en una resolución más eficiente del asunto, a recomendaciones respecto a la reducción de tiempo y costos del procedimiento, acuerdos sobre distribución de gastos y costos del arbitraje entre las partes y la posibilidad de acordar un procedimiento de apelación.

Por último, cabe mencionar que el anexo 1 del Reporte incluye la lista completa del cuestionario, con más de 70 preguntas, que fue sometido y contestado por las instituciones participantes, preguntas que abarcan temas generales como "cuál es su opinión del arbitraje" hasta "cuál es su experiencia y expectativas del mismo" y preguntas sobre el uso del arbitraje en sectores específicos.

Y para concluir, la pregunta obligada es ¿qué sigue? En palabras de Georges Affaki, presidente del grupo de trabajo de la ICC, la conclusión de la tarea encomendada al grupo, con la publicación del Reporte sobre Instituciones Financieras y Arbitraje Internacional, es en realidad el comienzo de su misión, es decir ahora empieza la tarea de llevar a cabo las actividades que sean necesarias para informar, educar, promover e iniciar un diálogo constructivo, junto con el apoyo de instituciones arbitrales, bancos y demás asociaciones y grupos relevantes, con miras a promover el arbitraje financiero basado en las conclusiones

del reporte. Las grandes ventajas del arbitraje financiero tienen que ser entendidas y comparadas con las ventajas de litigio judicial. El dotar a los bancos de herramientas para que lleven a cabo una decisión informada sobre la forma más conveniente de resolver controversias al presentárseles una disputa en su sector, es lo que el reporte pretende lograr, impulsando al arbitraje a una nueva era en materia de resolución de disputas bancarias y financieras.

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

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