

ICC MEXICO

PAUTA

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



Arbitraje & ADR

No. 90 ENERO 2020

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

Consejo Editorial

Presidenta
María Fernanda Garza Merodio

Vicepresidentes
Claus von Wobeser
Alberto Espinosa Desigaud
Federico Bernaldo de Quiros

Directora General
Yesica González Pérez

Directora de Comisiones y Grupos de Trabajo
Responsable de Pauta
Laura Altamirano López

Gerentes de Comisiones y Grupos de Trabajo
Belén Esquivel Laguno
Rosaura Revueltas Martínez

Gerente de Eventos
Abigail Blanco Rojano

Creación en Formato electrónico
Rafael Ríos 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.

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

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

Editor Responsable: Lic. Rosa Laura Altamirano López

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

Domicilio de la publicación y del distribuidor: Maricopa 10 piso 6, Colonia Nápoles, 03810, Ciudad de México
Teléfonos: (52) 5687 2203, 5687 2207, 5687 2321 5687 2507, 5687 2601. Fax: (52) 5687 2628

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

ÍNDICE

5	ADMISIÓN Y VALORACIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA EN EL PROCESO ARBITRAL COMERCIAL Por: Mtro. Joaquín Vega Martínez
25	ANÁLISIS DE UN CASO PRÁCTICO QUE INVOLUCRÓ UN TEMA DE ARBITRAJE (MEDIDA CAUTELAR EN UN PROCEDIMIENTO DE NULIDAD DE LAUDO PARCIAL COMPETENCIA) Y UNA DECISIÓN JUDICIAL. (DOS INSTITUCIONES QUE NO HABLAN EL MISMO IDIOMA) Por: Magistrado Marco Polo Rosas Baqueiro
45	ARBITRAJE COMERCIAL A 100 AÑOS DE CREACIÓN DE LA INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE” Por: Mtro. Guillermo Aldana Ugarte
53	ARBITRAJE Y PROCESO JURISDICCIONAL (ESTUDIO COMPARATIVO DE LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS QUE LOS RIGEN) Por: Magistrado Daniel Horacio Escudero Contreras
76	ARBITRABILIDAD DE LA COMPETENCIA ECONÓMICA EN MÉXICO Por: Dr. Víctor Pavón-Villamayor
96	CLIMATE CHANGE DISPUTE RESOLUTION AND THE ROLE OF ARBITRATION (78) Por: Lic. Aline Ramos Poelaert
107	DISPUTE BOARD EN OBRAS Y PROYECTOS DE INFRAESTRUCTURA Por: Ing. Marco Giuliani
144	EL PERITAJE COMO UN ÚTIL MECANISMO PARA RESOLVER CONTROVERSIAS QUE INVOLUCREN ASPECTOS CULTURALES Por Mtro. José Ernesto Becerril Miró
182	REFLEXIONES SOBRE LA EJECUCIÓN DEL LAUDO ARBITRAL Por: Magistrado Fernando Rangel Ramírez
203	REGLAS DE PRAGA Por: Valeria Bonechi Rocha

Carta de la presidenta

Estimados socios:

Como muchos de ustedes saben, la ICC fue creada hace cien años, en 1919, por un grupo de empresarios decididos a cambiar la situación de devastación y pobreza que había dejado la Primera Guerra Mundial. Así, bajo un espíritu de solidaridad y cooperación internacional, nació nuestra Organización, con el objetivo de impulsar el crecimiento económico y el desarrollo sostenible de las naciones, a través de la promoción del comercio internacional y de la inversión productiva, respetuosa de los derechos humanos.

Con una visión siempre pragmática, la ICC se dio a la tarea de sumar empresas alineadas a un objetivo común: restaurar la paz y la prosperidad mundial, a través del impulso de la actividad económica en los países y así promover la creación de empleos, la generación de riqueza y la innovación. La ICC comenzó así, a facilitar los intercambios comerciales a escala mundial, mediante la creación y el desarrollo de un conjunto de normas y principios, que hoy regulan las relaciones entre las empresas de todos los rincones del orbe.

Nuestros fundadores, también eran conscientes de que los empresarios necesitaban resolver sus controversias con rapidez, al menor costo y utilizando los medios más eficaces. Por ello, en 1923 crearon lo que hoy es una institución emblemática, respetada y reconocida en todo el mundo, como una auténtica referencia en la solución de controversias internacionales: la Corte Internacional de Arbitraje de la ICC.

Hoy en día, 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 2019, la Corte Internacional de Arbitraje de la ICC llegó a un nuevo récord de 25000 casos.

Teniendo todos estos logros en mente, así como la creciente importancia, practicidad, eficiencia del arbitraje y la mediación, hemos dedicado PAUTA 90 a estudiar los medios alternativos de solución de controversias.

Tengo la seguridad que nuestro boletín informativo, les será de utilidad y motivará su interés en la materia.

Saludos,

María Fernanda Garza Merodio



Presidenta

LA ADMISIÓN Y VALORACIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA EN EL PROCESO ARBITRAL COMERCIAL



**Por: Mtro. Joaquín Vega Martínez
Socio Vega Guerrero Asociados
Vicepresidente Comité Arbitraje Bajío ICC México**

I. Introducción.

La flexibilidad y la autonomía de la voluntad son los principios rectores que rigen la etapa probatoria dentro de los procedimientos de arbitraje internacional. De tal manera que cuando las partes acuerdan, en la negociación de determinado contrato comercial internacional, adicionar una cláusula arbitral, en gran medida lo hacen por la posibilidad que brinda el arbitraje para utilizar medios probatorios novedosos y diversos a los que comúnmente se permiten en procedimientos jurisdiccionales del estado, lo que permite a las partes y a los árbitros conocer verdaderamente el fondo de las controversias.

Las pruebas en el arbitraje deben recibir un tratamiento distinto a aquel que reciben en los procedimientos judiciales. El tribunal arbitral puede recurrir, en caso de que lo considere necesario, a medios distintos de los establecidos en las legislaciones estatales, garantizando siempre el principio de igualdad de oportunidad para la defensa y debido proceso.

Esto resulta relevante ya que en palabras de FLORES AYVAR, "*hay situaciones que la forma que se sigue en todo proceso pierde ese sentido esencial de conducción y se maneja con un rigor excesivo, convirtiendo a lo instrumental en sustancial, y el proceso pierde así su verdadera razón de ser, toda vez que de esa manera se logra ocultar y desconocer la obtención de la verdad jurídica objetiva, es decir la existencia de aquellas circunstancias de hecho que resultan relevantes o decisivas para la correcta resolución de la causa*".

Sin embargo, cabe plantearse si dicha flexibilidad otorgada por la costumbre, la propia naturaleza del arbitraje, o por los diversos reglamentos de las instituciones arbitrales, se encuentra limitada, o se presenta como una facultad irrestricta para las partes y el tribunal arbitral para presentar, aceptar y valorar cualquier elemento de prueba pertinente, provisto por su puesto, y como se planteo en párrafos anteriores, de la garantía para todas las partes de igualdad en la oportunidad de la prueba.

A este efecto, el presente trabajo pretende analizar un elemento que podría presentarse como limitante a la facultad que tienen las partes para presentar pruebas y para el tribunal de aceptarlas y valorarlas, la llamada *prueba ilícita*. La presentación, aceptación y valoración de la llamada prueba ilícita usualmente es analizada a la luz de la regla de exclusión - *exclusionary rule*- la cual, dependiendo del momento de la historia y jurisdicción particular, con mayor o menor requisitos, impone la obligación a los juzgadores para no admitir, ni valorar pruebas obtenidas de manera ilícita.

II. Flexibilidad Como Principio Rector de la Prueba en el Arbitraje.

Sin entrar a mayores detalles respecto a los principios rectores del procedimiento arbitral, por no ser esta materia del presente trabajo, es que simplemente se abordarán con fines ilustrativos diversas disposiciones legales aplicables al arbitraje que muestran el origen de la facultad de las partes y del tribunal arbitral para determinar que medios probatorios pueden ser exhibidos en un procedimiento arbitral.

La Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) sobre el arbitraje comercial e internacional, establece en el artículo 19 párrafo

segundo que el tribunal arbitral tendrá la facultad de determinar la admisibilidad, la pertinencia y el valor de las pruebas, lenguaje que recoge de manera literal el artículo 1435 del Código de Comercio mexicano.

En relación a la facultad de las partes para ofrecer las pruebas que estime pertinentes, el artículo 23 de la Ley Modelo de la CNUDMI claramente expresa que las partes podrán aportar, al formular sus alegaciones, todos los documentos que consideren pertinentes o hacer referencia a los documentos u otras pruebas que vayan a presentar, texto recogido por el artículo 1439 del Código de Comercio.

De igual forma, el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional también establece en diversas disposiciones la facultad de las partes para presentar las pruebas que estime convenientes, otorgando al tribunal arbitral, mediante el artículo 25 (5) la facultad para solicitar cualquier prueba adicional.

Inclusive, el Reglamento y Reglas del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones establece claramente en el artículo 23 que las partes entregarán al Secretario General, para su transmisión al Tribunal la información respecto a las pruebas que pretenda ofrecer. La admisión y valoración quedarán sujetas a la decisión del Tribunal en términos del artículo 24 de dichas Reglas.

Por su parte la London Court of International Arbitration, en el artículo 22 de sus reglas faculta de igual manera al Tribunal para decidir la aplicación o inaplicabilidad de determinadas reglas probatorias (o cualesquiera otras reglas) determinantes de la admisibilidad, importancia o valoración de cualquier material probatorio presentado por una parte en apoyo de cuestiones fácticas o que sea objeto de informe pericial.

De tal suerte que en el cuerpo de los ordenamientos legales se evidencia la aparente, al menos derivado de la simple lectura, facultad de las partes para ofrecer cualquier elemento probatorio que estime conveniente, y más aún la facultad irrestricta del Tribunal de valorar la pertinencia, admisión y valoración de dichas pruebas.

III. Concepto de Prueba Ilícita.

No resulta ocioso para este trabajo dedicar un apartado específico al concepto de Prueba ilícita ya que dicho concepto adquiere diversas connotaciones en diferentes contextos. En la doctrina internacional es habitual escuchar los términos, prueba prohibida o prohibiciones probatorias, prueba ilegal o ilegalmente obtenida, prueba ilícita o ilícitamente obtenida, prueba ilegítimamente obtenida, prueba inconstitucional, prueba nula, prueba viciada, prueba irregular, o incluso el de prueba clandestina.

Como una definición general Devis Echandía estableció que *“son pruebas ilícitas las que están expresa o tácitamente prohibidas por la ley o atentan contra la moral y las buenas costumbres del respectivo medio social o contra la dignidad y libertad de la persona humana o violan sus derechos fundamentales que la constitución y la ley amparan”*. Ada Pellegrini definió la prueba ilícita como *“aquella obtenida por medios ilícitos, la prueba recogida en infracción a normas de naturaleza material y principalmente contrarias a principios constitucionales”*.

No obstante lo anterior, cabe aclarar que existen diversos tratadistas que distinguen entre el principio de legalidad de la prueba y el principio de licitud de la prueba. Incluso los Tribunales Federales Mexicanos hacen una distinción entre la Prueba Ilícita (atado al tema del principio de licitud de la prueba), y entre la Prueba Irregular (materia de legalidad de la prueba).

En este sentido y para efectos del presente trabajo adoptamos el criterio que excluye del concepto de prueba ilícita, a aquellas pruebas que han sido presentadas con violación a una norma procesal del procedimiento, como lo son tipos de pruebas admisibles, o presentadas extemporáneamente o sin las formalidades que dicta el procedimiento, y en consecuencia nos centraremos en el concepto de prueba ilícita que hace referencia a la obtención de la misma mediante el uso de medios ilícitos. De este trabajo también se excluyen los conceptos de prueba falsa o apócrifa como prueba ilícita y aquella contraria a la moral.

Dentro de esta categoría existen también divergencias de criterios respecto al alcance que deberá tener “*la ilicitud*” ya que hay autores que explican que para que se esté ante la presencia de una prueba ilícita, en su obtención se debieron violentar derechos fundamentales, tal es el caso de Jairo Parra, quien considera que es “*prueba ilícita la que se obtiene violando los derechos fundamentales de las personas. La violación se puede haber causado para lograr la fuente de prueba o el medio de prueba*”. La trascendencia de esta diferenciación será expuesta más adelante.

IV. Exclusionary Rule.

Historia y Derecho Comparado de la Regla de Exclusión.

En 1913, la Policía entró a la casa de Fremont Weeks e incautaron ciertos documentos que fueron utilizados para sentenciarlo por enviar boletos de lotería mediante el correo postal. Esto sucedió sin una orden de cateo. El señor Weeks ejerció acción en contra de la Policía y solicitó la devolución de su propiedad privada.

Mediante una decisión unánime, la corte sostuvo que incautar los documentos representaba una violación directa a su derecho constitucional. La corte también sostuvo que la negativa por parte del gobierno a devolver a Weeks dicha propiedad, violaba la cuarta enmienda. Permitir que se incauten documentos privados, para ser utilizados como prueba contra un ciudadano, implicaría una contradicción al derecho de no ser objeto de pesquisas y confiscaciones. Esta fue la primera aplicación de lo que eventualmente se le conocería como la regla de exclusión.

En este sentido, el Juez Benjamín Cardozo mencionó en el caso *People vs Defore* que “*El criminal queda en libertad porque la policía metió la pata*”. Percepción que se generalizó y eventualmente permeo bajo la impresión que la sociedad debía pagar el precio de que el estado (policía) no hiciera bien su trabajo, postulando así soluciones menos onerosas como,

por ejemplo, el pago de una indemnización a cambio de otorgar eficacia probatoria a los medios y/o medios de prueba obtenidos ilícitamente.

Fue en la década de los 70 cuando la Suprema Corte de Estados Unidos se negó a prohibir el uso de pruebas obtenidos ilícitamente, argumentando que mientras se le hubiesen ofrecido al acusado oportunidad plena de impugnar esas pruebas en audiencia plena y justa, los tribunales no tendrían por qué acudir al *habeas corpus* para cumplir con la regla de exclusión.

Las excepciones a la regla de exclusión fueron incrementando en Estados Unidos, tal vez por que la propia sociedad identificaba una resonante disonancia entre la regla de exclusión y la verdad jurídica objetiva. Por ello en 1980 la Corte abrió una excepción más a la regla de exclusión, estableciendo que si de buena fe los agentes gubernamentales habían obtenido cierta evidencia, solo para darse cuenta posteriormente que había omitido una formalidad, no se le podría aplicar la regla de exclusión. El tiempo transcurrió y las excepciones a la regla de exclusión siguieron manifestándose, agregando a estas el criterio del “*descubrimiento inevitable*” mediante el cual, si un agente gubernamental acreditaba que de cualquier forma hubiese obtenido dicha evidencia de manera legal, dicha prueba no debía ser excluida.

De igual forma Alemania ha sostenido criterios al respecto, desarrollando la teoría del “entorno jurídico” en la cual, para decidir si determinada prueba obtenida de manera ilícita es excluida o no, se deberá revisar si la violación afecta esencialmente el entorno jurídico del recurrente, o si esa violación solo ha sido para él algo secundario o sin importancia. Cuya interpretación comparte el profesor González de Cossio, quien explica “*En ejercicio de dicha facultad, en mi opinión, la respuesta a la interrogante que planteo no es unívoca. No hay una respuesta adecuada para todos los casos. Más bien, existe un conjunto de posibilidades dentro de un continuum de hechos que pueden justificar medidas diversas. Si, por ejemplo, lo que enfrenta el árbitro es una prueba ilícita grave; es decir, que ha sido procurada en violación grave de derechos importantes, la respuesta de extirparla in todo del expediente parece adecuada. Sin embargo, pensemos en el otro extremo del continuum: si existe una violación pequeña; es decir, no grave que dio lugar a la obtención de una pieza probatoria importante, que mucho*

asiste para bien-decidir, tal parece que la solución de admitirla y usarla parece adecuada sin perjuicio de las sanciones que pueda merecer la violación”.

En el tribunal europeo de derechos humanos, se ventiló el caso promovido por Pierre Schenk. El señor Pierre contrató al señor Pauty para que este matara a su esposa. El señor Pauty se reúne con la esposa del señor Pierre y le confiesa el contrato celebrado con su marido. Ambos comparecen ante tribunales para denunciar al esposo y las autoridades solicitan a los jueces correspondientes autorización para grabar una conversación entre Pauty y Pierre sin el consentimiento de este último, solicitud que fue rechazada. La policía no obstante realizó dicha grabación, cuyo elemento probatorio fue determinante para su detención.

Cuando el caso llega a la Corte Europea de Derechos Humanos, las autoridades estatales manifestaron, entre otros, los siguientes argumentos de defensa:

- El contenido de la llamada hubiese existido en el expediente de cualquier forma, al menos mediante el testimonio del señor Pauty.
- La grabación no es el único elemento de prueba en el procedimiento.
- *“El interés público en que la verdad fuese establecida respecto de un delito en que está implicada la muerte violenta de una persona, prevalecía frente al interés del Sr. Schenk al secreto de una conversación telefónica que no conllevaba de ninguna manera un ataque a su esfera íntima”*

La Corte estableció con una decisión dividida que no existían violaciones a los derechos del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Públicas en cuanto al artículo 6.1, al valorar la prueba ni admitirla en el proceso penal.

Hasta ahora, y mediante el brevísimo e incompleto análisis de derecho comparado que se pretendió en esta etapa del trabajo, resultan evidentes al menos dos elementos, i) el derecho de exclusión como regla absoluta de prohibición es inoperante, ningún sistema jurídico establece en sus tribunales interpretaciones tan amplias que prohíba absolutamente las pruebas ilícitas en procedimientos judiciales, aparentemente por que el perjuicio social sería mayor, y ii) el nacimiento y evolución de la regla de exclusión tiene lugar en el derecho penal.

Regla de Exclusión en Violaciones Realizadas por Particulares.

Creemos que dichos puntos justifican la necesidad del presente trabajo. Respecto al primero, aceptar que la regla de exclusión cuando es aplicada de manera absoluta no es eficiente en un sistema judicial, y que entonces vale hacer excepciones. Esto plantea la interrogante de cómo establecer dichas excepciones y cuales deberían ser, o si habiendo tantas excepciones no cabe más hablar de una regla sino de un principio simplemente.

El segundo punto encuentra relevancia desde la óptica con la que se justifica la existencia de la propia regla de exclusión, el objetivo de la misma es proteger al gobernado de actos policiacos o gubernamentales injustos que generalizados impondrían una serie de violaciones sistemáticas a sus derechos fundamentales. Es decir, la razón esencial de la regla de exclusión es desincentivar al estado de cometer violaciones a los derechos de los particulares para fincarles responsabilidades legales, usualmente criminales, reconociendo la relación desigual del poder estatal contra la del gobernado.

Entonces, ¿de qué manera se justifica la aplicación de la regla de exclusión de pruebas obtenidas ilícitamente en una relación puramente civil o comercial? Máxime cuando el hecho ilícito no necesariamente, en estos casos, es cometido por el oferente de la prueba. ¿Cómo se justificaría impedir a una de las partes el uso de una prueba que si bien fue obtenida ilícitamente, posiblemente por un tercero, aporta elementos relevantes para la búsqueda de la verdad jurídica objetiva?

En Estados Unidos, el análisis lo iniciaron en el caso de **Burdeau v. McDowell** en el cual se estableció que cuando una autoridad presenta pruebas que fueron obtenidas ilícitamente por un particular, sin intervención de las autoridades ni su conocimiento, estas no estaban sujetas a la regla de exclusión precisamente por que la cuarta enmienda habla de acciones realizadas por el estado.

En México, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación analizó el amparo directo en revisión 1621/2010. El caso versaba sobre cierta solicitud de divorcio necesario, basando su causa en diversas fracciones del entonces Código Civil en vigor del estado de Coahuila, todas derivadas de una supuesta infidelidad por parte de la cónyuge. En dicho caso, la prueba esencial consistía en cientos de correos electrónicos intercambiados entre la cónyuge y un tercero, en donde se describían encuentros sexuales entre los remitentes de dichos correos. El esposo exhibió como prueba al procedimiento una fe de hechos en la que se describe cómo él accede a una computadora en su domicilio, e ingresa a la cuenta de correo electrónico de su esposa, para imprimir dichos correos electrónicos que fueron agregados a la fe de hechos.

Toda vez que dentro del litigio versaban índoles de custodia de menores, la Sala aplicó la suplencia de la queja respecto a la impugnación realizada por la cónyuge respecto a los correos electrónicos presentados como prueba. Para ello, estudió si la actuación del esposo había sido ilícita, y si así lo era, si dichas pruebas debían ser valoradas. La Sala determinó que existe la posibilidad por los particulares de violar derechos fundamentales, y que las comunicaciones privadas se encontraban cubiertas dentro del derecho fundamental de la intimidad, determinando así que dichas pruebas no deberían ser valoradas y consecuentemente revirtiendo la sentencia para los efectos conducentes.

No obstante lo anterior, la Sala no manifiesta una rigurosa aplicación de la regla de exclusión. De manera muy interesante explica que si el cónyuge hubiese encontrado de manera fortuita dichas pruebas, y no hubiese intervenido de manera deliberada en dicha computadora, no existiría la intervención propiamente, y consecuentemente no habría una violación por parte

de él mismo al derecho fundamental de intimidad de su esposa y dichas pruebas hubieran podido ser valoradas.

Lo anterior no debe obviarse, si no analizarse a la luz de los cuestionamientos planteados en párrafos anteriores. Este criterio podría ser consistente con la teoría respecto a que la razón de existencia de la regla de exclusión es propiamente desincentivar a la parte oferente de realizar actos ilícitos. Y en consecuencia, con independencia de que la prueba haya sido obtenida de manera ilícita, si la parte que la ofrece no fue directamente quien cometió el ilícito, ¿es válida su aceptación y valoración? Si entonces el objetivo es desincentivar la comisión de ilícitos por parte del estado o de los particulares ¿dicha obligación o facultad la comparten los tribunales arbitrales? ¿tiene facultades el tribunal arbitral para imponer “penas procesales” a quienes realicen actos ilícitos fuera del procedimiento arbitral?

Un segundo planteamiento que hace la Sala digno de analizar con más detalle es la ponderación de los derechos fundamentales. A criterio del autor el planteamiento de la Sala respecto a qué derechos fundamentales habría de ponderar en el caso particular resulta incompleto, no obstante es claro cuando la Sala menciona *“Sin embargo, es importante resaltar que la vigencia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, no se puede sostener de forma hegemónica y totalizadora sobre todas y cada una de las relaciones que se suceden de conformidad con el Derecho Privado, en virtud de que en estas relaciones, a diferencia de las que se entablan frente al Estado, normalmente encontramos a otro titular de derechos, lo que provoca una colisión de los mismos y la necesaria ponderación por parte del interprete”*.

V. Verdad Jurídica Objetiva vs. Exceso Ritual Manifiesto.

Verdad Jurídica Objetiva

La verdad jurídica objetiva es la esencia del proceso jurídico y puede definirse como: *“una actitud del Juez que lo impulsa al descubrimiento de la verdad, ya no entendida como un mero concepto jurídico sino por su fondo ético”*. La verdad jurídica objetiva funge como límite al

formalismo riguroso para asegurar lo que Pedro J. Bertolino llama el “*servicio de justicia adecuado*”: la decisión del juez se legitima por el valor de verdad que pretende defender.

Este principio postula que los jueces no pueden renunciar a fundamentos fácticos de los cuales surja claramente la solución del fallo. La renuncia consciente por parte de los jueces a la verdad objetiva es lo que hace excesiva la aplicación de las normas procesales. El problema surge cuando el rigorismo formal acarrea que se desproteja un derecho. Denis Aguilar Demagistris y Ana M. Lila Montiel (s.f.) en un estudio sobre el exceso ritual manifiesto exponen que el excesivo rigor en la aplicación de las normas procedimentales violenta el derecho de acceso a la justicia en sus diversas proyecciones. Es importante aclarar que no toda aplicación rigurosa del derecho procesal compromete la protección de un derecho ya que es deber de los jueces aplicarlo. Sin embargo, es menester analizar la complejidad de cada caso de manera individual para armonizar el derecho de fondo y el derecho de forma.

En países latinoamericanos esta armonía entre el derecho de fondo y de forma se resuelve a favor del primero. Algunos ejemplos presentados por Denis Aguilar Demagistris y Ana M. Lila Montiel (s.f.) son Colombia y Venezuela. La Constitución Política de Colombia contempla expresamente una atenuación al rigorismo formal:

ARTÍCULO 228. *La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas **prevalecerá el derecho sustancial**. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo.*

En dicho artículo constitucional se establece que ante una obstaculización a la realización del derecho sustancial por parte de las normas procesales deberá prevalecer la verdad jurídica objetiva. En la República Venezolana también se le da un valor predominante a la justicia sobre las formalidades que su realización deba conllevar, según lo establecido en la Constitución Bolivariana de Venezuela:

Artículo 26. *Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos; a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente. El Estado garantizará una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles.*

Ninguna decisión es justa si está fundada sobre una apreciación errada de los hechos, es por ello que todo proceso probatorio debería tener como objetivo la búsqueda de la verdad jurídica objetiva; esto es, que la convicción del juzgador no sea reflejo de una verdad formal, ni que consista en una certeza meramente subjetiva, sino en una certeza objetiva, basada en la realidad de los hechos y en el derecho, con la finalidad de asegurar una correcta y justa solución del conflicto o de la incertidumbre jurídica.

Por otro lado, en el derecho mexicano no hay una ley que explícitamente defienda la verdad jurídica objetiva. Sin embargo, debido a la reforma constitucional llevada a cabo en el 2011, los jueces son liberados del rígido imperio de la ley y son convocados a fallar conforme a la Constitución y los Derechos Humanos:

Artículo 1. Tercer párrafo. *Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.*

México es preponderantemente formalista y la percepción jurídica que se tiene es muy rígida. Hace pocos años que las ideas anti-formalistas lograron echar raíz y uno de sus primeros frutos es el fallo a favor de los derechos humanos aunque se actúe en contra del debido proceso. Todo parece indicar que México logrará reestructurar el ordenamiento jurídico y tendrá un constitucionalismo de principios.

Exceso Ritual Manifiesto

Las formas resultan aptas para garantizar la satisfacción y el control de las garantías, por medio del desarrollo de las actividades judiciales según formas y procedimientos previamente establecidos por la ley. En el derecho positivo las exigencias formales tienen una gran importancia debido a que los valores del orden y la seguridad son fundamentales para todo ordenamiento jurídico. Sin embargo, el exceso ritual manifiesto puede llevar el derecho a un extremo de rigidez inconveniente del cual es necesario salir ante los casos que surgen en la realidad práctica. Uno de los casos más importantes en Argentina que prueba esto es *Colalillo c/ Compañía de Seguros España y Río de la Plata*. Tras un accidente de tránsito la víctima sostuvo que el conductor del vehículo carecía de permiso válido a la fecha del accidente. El demandado afirmó tenerlo extraviado pero vigente e intentó obtener una constancia de la oficina del municipio a cargo de la expedición. Al no obtenerla, la sentencia fue favorable al actor. Inmediatamente después de dictada la sentencia, pero antes de ser notificada a las partes, el demandado consiguió la constancia y la presentó. Sin embargo, el juez ordenó notificar la sentencia. El demandado llevó el caso a la Corte Suprema donde se decidió ir contra la aplicación rigurosa de la ley procesal y se señaló que: *“el proceso civil no puede ser conducido en términos estrictamente formales. No se trata ciertamente del cumplimiento de ritos caprichosos, sino del desarrollo de procedimientos destinados al establecimiento de la verdad jurídica objetiva que es su norte (...) No se puede excluir de la solución a dar al caso su visible fundamento de hecho, porque la renuncia consciente a la verdad es incompatible con el servicio de la justicia”* (Corte Suprema de Argentina, 238: 550; 18.9.57). Este caso es sumamente importante en Argentina y funciona como claro ejemplo de la búsqueda de una armonía entre el derecho de fondo y el derecho de forma.

Bertolino nos enseña que no puede dirigirse un proceso con rigorismo caprichoso ya que esto atenta contra la verdad jurídica objetiva, que es la esencia del proceso. Los jueces no pueden

renunciar a fundamentos de hecho de los cuales surja claramente la solución del fallo. La renuncia consciente a la verdad objetiva es lo que hace excesiva la aplicación de las normas procesales.

VI. Ponderación de Derechos.

En el año de 1977, la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su resolución 32/2010, reafirmó que *“todos los derechos humanos y libertades fundamentales están interrelacionados y son indivisibles”* de igual forma, en el año de 1993 en la Convención Mundial de los Derechos Humanos, se aprobó la Declaración y Programa de Viena que precisó: *“todos los derechos humanos son universales e interdependientes y están relacionados entre sí”*, estableciendo así como principios rectores de los Derechos Humanos el de interdependencia e indivisibilidad.

Los principios anteriormente señalados, establecen que todos los Derechos Humanos están interrelacionados entre sí, en consecuencia, son indivisibles por lo que no pueden separarse uno del otro; inclusive se llega al extremo de señalar que todos los Derechos Humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales deben comprenderse como un conjunto.

Por otra parte, se ha señalado que no existe jerarquización en los derechos humanos, que todos son igual de importantes y que ninguno está por encima de otro, esto se puede apreciar con lo postulado por la Comisión Nacional de Derechos humanos que estableció: *“Los principios de interdependencia e indivisibilidad generan la obligación de otorgar igual importancia a todos los derechos humanos, cualquiera del que se trate”*.

Lo anterior viene a colación, porque cuando estamos en un supuesto de *“prueba ilícita”* nos encontramos frente a un conflicto de derechos. Por un lado, se encuentra el derecho a un proceso justo que integra el derecho a la prueba, es decir, a que se admita al proceso el material probatorio que ha sido ofrecido para acreditar los hechos y a la verdad objetiva, y por otro lado se encuentran los derechos fundamentales o demás bienes jurídicos protegidos constitucionalmente que exigen no ser vulnerados ni afectados. El enfrentamiento se presenta cuando dentro de un procedimiento para alcanzar la verdad objetiva se presentan elementos

de prueba que han sido obtenidos afectando o lesionando derechos fundamentales u otros bienes protegidos constitucionalmente.

Delimitación de los Derechos Involucrados.

Cuando hablamos de conflicto de derechos existen teorías que tratan de la imposibilidad de hablar en abstracto de un conflicto. Esto a razón de que un conflicto entre derechos de igual jerarquía conlleva a la incompatibilidad entre los mismos por lo que ante esta situación uno tendría que ser eliminado. Es así que autores como Ignacio de Otto y Pardo, han manifestado que en estos casos en concreto no estamos frente a un conflicto de Derechos Fundamentales, sino se trata de problemas de interpretación sistemática y unitaria de la Constitución: *“Si se delimita el alcance de la protección que presta el derecho fundamental, los problemas tratados como limitación para proteger otros bienes constitucionales muestran en realidad, cuando se trata verdaderamente de bienes de esa índole, problemas de interpretación sistemática y unitaria de la Constitución en lo que no es precisa ponderación alguna de bienes y valores, ni consiguiente jerarquización de esta naturaleza, sino un examen pormenorizado de cada una de las normas”*

Preferred Freedoms.

A pesar de lo expuesto por Otto y Pardo, la realidad nos ha demostrado que sí llegan a existir casos en concreto en donde se enfrentan derechos fundamentales. Se podría llegar al absurdo de manifestar que en aras de una verdad objetiva será justificable todo elemento de prueba obtenido ilícita o arbitrariamente con tal de llegar a la verdad.

La teoría de la *preffered position* también llamada teoría de los *preffered freedom* ha sido desarrollada por la jurisprudencia anglosajona. Mediante esta teoría la jurisprudencia ha resuelto que dentro de los derechos fundamentales existen aquellos que tienen una posición superior hacia los otros, específicamente los que se encuentran contenidos en la primera enmienda, estos derechos se refieren a la libertad de palabra, culto, petición y reunión

pacífica, siendo así, de conformidad con la teoría, los pilares fundamentales dentro de un estado democrático.

Entonces el eventual conflicto que pudiera surgir entre derechos fundamentales, siguiendo esta teoría, deberemos acudir a verificar cual es la posición que tiene el derecho a probar y la búsqueda de la verdad objetiva dentro de la normatividad de cada país, denotando que estos son integrantes del derecho al debido proceso. Sin embargo, en caso de que no exista una jerarquización de derechos o incluso estos se encuentran al mismo nivel, no sería compatible utilizar esta propuesta.

La teoría de *preffered freedoms* se ha venido utilizando con cierto éxito en el derecho anglosajón, sin embargo, no se debe dejar de observar que esta teoría contraviene directamente los principios de interrelación e indivisibilidad determinados por las Organización de las Naciones Unidas.

Principio de Razonabilidad

Más acorde a nuestro derecho está la teoría del equilibrio o ponderación entre bienes, parte del principio de interrelación e indivisibilidad viendo a los derechos fundamentales como un conjunto, por lo que un eventual conflicto entre dos de ellos no se pudiere resolver con la preferencia incondicionada o absoluta de alguno sobre los demás. El jurista alemán Peter Haberle manifestaba que, si los derechos fundamentales se integran formando un sistema unitario, guardando una coordinación y complementariedad entre sí, la determinación de los límites de cada derecho, así como su contenido, deberá realizarse ateniéndose al equilibrio y armonía de los derechos.

Para lograr el objetivo anterior tendríamos que acudir a la ponderación, que no supone otra cosa más que un juicio valorativo en donde se deberán seguir determinados parámetros para evitar la arbitrariedad.

La Convención Americana de los Derechos Humanos y la Declaración Universal de los Derechos Humanos establecen que el principio de razonabilidad deberá ser aplicado en todos los actos estatales y también en los particulares, exigiendo este principio que los actos deben obedecer a un fin lícito.

El fin lícito como primer parámetro para el principio de razonabilidad prevé que cualquier medida utilizada en este tipo de derechos debe obedecer a causas objetivas de justificación, basadas en criterios de verdad y justicia, en consecuencia, cualquier acto contrario a estos criterios, que resulte irrazonable o arbitrario será inválido. El segundo parámetro en el principio de razonabilidad es la ponderación, esta exige que los medios utilizados para alcanzar el fin sean necesarios, adecuados y proporcionados; en otras palabras, que además de ser imprescindibles para obtener el fin deseado, exista una proporción o coherencia entre la limitación, regulación y el fin que pretende alcanzarse.

En este orden de ideas, podemos deducir que cuando se trate de conflictos de derechos fundamentales no estaremos frente a una situación de qué derecho prevalece sobre otro, sino que, al tratarse de derechos que se encuentran en igual jerarquía, su confrontación deberá resolverse en términos de equilibrio y razonabilidad.

Siguiendo a Barbosa Moreira, al momento de realizar un juicio, el juzgador deberá atender a las circunstancias particulares del caso como: la gravedad, índole de relación, la Litis planteada, la dificultad o facilidad del litigante para acreditar el hecho y si era justificada la afectación del derecho fundamental lesionado, en virtud de aclarar si existía algún otro medio para poder llegar al fin mencionado sin que se lesionará derecho fundamental.

VII. Conclusión.

El arbitraje comercial presenta una solución bastante eficiente y eficaz para aquellos conflictos en los que la complejidad de la materia o del propio asunto justifica la separación de la sobrecargada jurisdicción de los jueces estatales. Es bien sabido que una de las ventajas que presenta el arbitraje es la posibilidad de someter asuntos complejos ante la decisión de

árbitros cuya atención y estudio del caso, idealmente, es muy superior a aquella que, por temas de cargas de trabajo, realizan los tribunales estatales.

De igual forma podemos concluir derivado del presente análisis que el arbitraje presenta a las partes la libertad y flexibilidad para hacer valer su defensa mediante medios de prueba que no están sujetos al rigorismo procesal estatal, sino que por el contrario, la mayoría de los reglamentos institucionales de arbitraje, de manera deliberada, son breves al momento de tratar el tema de la pruebas, su formalidad y sus requisitos, ya que lo que buscan dichas instituciones es que se priorice la obtención de la información suficiente para que el tribunal arbitral tenga un mejor panorama de los detalles del conflicto y así proporcione una justicia de mejor calidad.

De igual forma, en la doctrina procesal se encuentran límites a lo que podría llamársele la libertad probatoria y esto es la regla de exclusión, la cual según se ha analizado, no es absoluta, nace en el derecho penal y su objetivo, incluso aplicada en derecho penal, es desincentivar al oferente de recurrir a actos ilícitos para la obtención de pruebas.

El autor es consciente de la falta de análisis de un subtema que podría tener consecuencias importantes en el tratamiento de la prueba ilícita en el arbitraje, y es su análisis a la luz del orden público, subtema que por su amplitud se propone para análisis posterior. Ya que como se ha determinado por los tribunales mexicanos el concepto de orden público es un concepto inequívoco que debe analizarse caso a caso, no obstante, han hecho las siguientes notas al respecto:

- **LAUDO ARBITRAL. CUANDO, POR QUÉ Y EN QUÉ CONDICIONES SE DEBEN ANALIZAR LAS CONSIDERACIONES QUE LO SUSTENTAN.** *“Sin embargo, se debe distinguir entre analizar el laudo arbitral para resolver si su contenido es contrario al "orden público", para reconocerlo como resolución en el sistema jurídico mexicano y ordenar su ejecución...”*.

- **LAUDO ARBITRAL. CIRCUNSTANCIAS QUE EL JUEZ DEBE ANALIZAR, CONFORME A LA FRACCIÓN II DEL ARTÍCULO 1457 DEL CÓDIGO DE COMERCIO, CUANDO SE DEMANDA SU NULIDAD.** *“... el Juez debe resolver atendiendo a las constancias del juicio y pruebas desahogadas...”*
- **ORDEN PÚBLICO. SU CONTRARIEDAD ES CAUSA DE NULIDAD DEL LAUDO ARBITRAL. INTERPRETACIÓN HISTÓRICO-DOCTRINAL.** *“Hay un nexo indisoluble entre el orden público y los fines del Estado, incluso como motivo de su justificación y existencia, ya que procura que sea la acción política la que defina, realice y garantice cierto orden entre los hombres para que realicen los propósitos que se impongan según su naturaleza y condición en el entendido de que sólo donde existe paz y orden pueden desplegarse sus potencialidades y permitir se cumplan los cometidos del Estado...”*,”*En ese aspecto, el orden público es lo externo a la acción y el interés individual, que se expresa en la forma en que los ciudadanos realizan sus intereses de modo tangible y material y que se encuentra regulado por una norma jurídica”.*
- **ORDEN PÚBLICO. ES UNA CAUSA AUTÓNOMA DE NULIDAD DEL LAUDO ARBITRAL.** *“El artículo 1457, fracción II in fine, del Código de Comercio trata de sancionar con nulidad el laudo por contener una violación manifiesta del derecho o de la equidad.”.*

También cabe destacar que en la práctica el arbitro podrá desestimar pruebas obtenidas de manera ilícita no en tanto a la ilicitud en su obtención sino en tanto a la fiabilidad de la veracidad de dicha prueba. Tal es el caso de la declaración de un testigo que haya sido atemorizado o incluso violentado para rendir su declaración, lo anterior justificaría la admisión de dicha prueba, otorgándole una nula valoración ya que iría en contra de la búsqueda de la verdad jurídica objetiva.

Resultaría ingenuo tratar de alcanzar una resolución definitiva al problema planteado en este trabajo, por ello simplemente se pretende proporcionar, tanto a los abogados de parte, como a los árbitros, elementos suficientes para realizar un adecuado análisis respecto a la conveniencia de presentar, admitir y valorar pruebas que pudieran catalogarse como prueba ilícita, entendido ambas partes que la respuesta adecuada no parece ser una cerrazón en negativa a la presentación, aceptación y valoración de una prueba obtenida ilícitamente sino el análisis de la situación bajo alguna de las teorías de ponderación de derechos fundamentales para así tomar una decisión al respecto que presente un balance entre la búsqueda de la verdad jurídica objetiva y la aceptación de evidentes violaciones a derechos fundamentales de la contraparte.

ANÁLISIS DE UN CASO PRÁCTICO QUE INVOLUCRÓ UN TEMA DE ARBITRAJE (MEDIDA CAUTELAR EN UN PROCEDIMIENTO DE NULIDAD DE LAUDO PARCIAL COMPETENCIA) Y UNA DECISIÓN JUDICIAL. (DOS INSTITUCIONES QUE NO HABLAN EL MISMO IDIOMA)



Por: Magistrado Marco Polo Rosas Baqueiro
***Trabajo final de acreditación del Diplomado de Arbitraje**
ICC México – Escuela Libre de Derecho

Antecedentes del caso

Por tratarse de un procedimiento que no ha concluido, excepto en el tema que voy a abordar, no se hace referencia a las partes involucradas, ni al número de expediente, ni a los juzgados y colegiado que intervinieron; pero se dará la información suficiente que permita el entendimiento del problema.

1. Dos personas morales acuerdan que someterán sus diferencias al arbitraje.
2. Al existir una diferencia y previos los trámites correspondientes se inicia un arbitraje.
3. En el momento procesal oportuno se cuestiona la competencia del tribunal arbitral y en un laudo, **éste decide que sí es competente.**
4. En términos del artículo 1432 del Código de Comercio, una de las partes que está en desacuerdo con la decisión del Tribunal Arbitral, la impugna a través del procedimiento especial de transacción comercial y arbitraje, NULIDAD, previsto en

el artículo 1470, fracción II y que sigue el trámite previsto por los artículos 1472 a 1476, todos del Código de Comercio.

5. El asunto se plantea ante un juez de Distrito en materia civil de esta ciudad, que para efectos de nuestro ejemplo lo llamaremos juez vigésimo tercero.
6. A dicho juez, la parte actora le solicita como medida cautelar que **ordene al Tribunal arbitral que se abstenga de continuar con el procedimiento arbitral y dictar un laudo.**
7. El juez de Distrito acoge la petición y ordena al Tribunal arbitral se abstenga de continuar con el procedimiento arbitral y dictar un laudo.
8. En contra de esa determinación, al no ser recurrible se acude al juicio de amparo, en donde se pide la suspensión provisional y luego definitiva del acto reclamado.
9. En el caso, la demanda se admite, pero es motivo de queja que conoce un Tribunal Colegiado y en cuanto se dicta la resolución de suspensión definitiva, que la niega, el Tribunal Arbitral acude en revisión.

Hasta aquí los antecedentes del caso.

Planteamiento del problema. El presente ensayo abordará si es correcta o no, la decisión del juez de proceso al decretar la medida cautelar solicitada. Señalará también los obstáculos que encontró el Tribunal arbitral en la justicia de Estado y los medios jurídicos que podrían contrarrestar estos obstáculos, que por el momento solo le alcanzaron para obtener un voto particular favorable. Finalmente, establecerá como propuesta, la necesidad de que tanto los

actores arbitrales como los actores jurisdiccionales hablen un lenguaje común, que permita hacer más eficaz el arbitraje.

En principio, partimos de que el artículo 17 constitucional establece la prohibición de la venganza privada. Si existe contienda entre partes, podrán solucionar sus controversias ante tribunales, o bien, de acuerdo con el párrafo cuarto de dicho artículo constitucional, podrán optar por los medios alternativos de solución, entre los que encuentra el arbitraje.

El artículo de referencia en los apartados que interesa dispone:

“Artículo. 17.- Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho.

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

...Las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias”.

En ejercicio de ese derecho, en la materia mercantil, en que se pueden disponer de los derechos, las partes pueden comprometerse, a que en caso de que exista una controversia, la solución de sus conflictos será dirimida mediante un procedimiento arbitral.

La ley que regula los arbitrajes o ley modelo, además, de lo convenido por las partes o de los reglamentos a que éstas se sujeten, cuando decidan que se les administre el arbitraje, es la regulación que se encuentra contenida en el título cuarto del Código de Comercio titulado “**DEL ARBITRAJE COMERCIAL**” y que se encuentra regulado de los artículos 1415 a 1480 del Código de Comercio.

Así las cosas, cuando las partes han decidido someterse al arbitraje, la intervención judicial es mínima; de hecho, en términos del artículo 1421 del Código de Comercio, salvo disposición en contrario, en los asuntos que se rijan por el presente título, no se requerirá intervención judicial.

Esta característica de la justicia arbitral **no es, a mi juicio, suficientemente entendida por los operadores jurisdiccionales.**

Para los versados en arbitraje, saben que el juez de estado en los procedimientos arbitrales participa en **pocos casos como órgano de control** (nulidades y ejecución del laudo arbitral), pero en los demás, como un auxiliar de la función de arbitraje.

Afirmo que no tienen clara esta visión muchos operadores jurisdiccionales, porque a veces constituyen, en lugar de auxiliares, en obstáculos de esa función arbitral y no por mala fe, sino porque asemejan el procedimiento arbitral a los procedimientos jurisdiccionales.

Me explicaré más adelante sobre este particular.

El propio capítulo del código de comercio referente al arbitraje, establece los casos en que por excepción puede participar un juez, señalando incluso, el alcance de su intervención.

A manera de ejemplo, observamos que el juez puede participar, **si se lo solicitan**, en la definición del árbitro único (artículo 1423 fracción III inciso a); en la designación del tercer árbitro (artículo 1427 fracción III inciso b)); en el establecimiento de medidas para el cumplimiento de reglas de nombramiento de árbitros, siempre que no haya medios convenidos para lograrlo, (artículo 1427 fracción IV); en la recusación de los árbitros (artículo 1429); en la remoción de árbitros (artículo 1430); en la competencia del tribunal arbitral, si no está de acuerdo cualquiera de las partes con la decisión que tomó el tribunal arbitral sobre su propia competencia (artículo 1432); en la petición de la asistencia del juez en el desahogo de pruebas (artículo 1444); en su caso, en la fijación de honorarios del tribunal arbitral (artículo 1454); en la fijación de anticipo de honorarios del tribunal arbitral, gastos y expensas (artículo 1456); en la nulidad del laudo o de la transacción con la cual culminó el procedimiento arbitral (artículos 1457 y 1459); en el reconocimiento y ejecución de laudos (artículo 1461); en la denegación de ejecución de un laudo (artículo 1462); en la adopción de medidas cautelares o su denegación, así como en la ejecución de medidas cautelares que tomó el tribunal arbitral o la denegación de su ejecución (artículos 1425, 1479 y 1480). Todos los artículos mencionados son del Código de Comercio.

Pues bien, el caso específico de la competencia del Tribunal arbitral, se trata en el artículo 1432 del Código de Comercio; artículo que en lo conducente dispone:

Competencia del Tribunal Arbitral.

*“Artículo 1,432. **El tribunal arbitral estará facultado para decidir sobre su propia competencia**, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o validez del acuerdo de*

arbitraje. A ese efecto, la cláusula compromisoria que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión de un tribunal arbitral declarando nulo un contrato, no entrañará por ese solo hecho la nulidad de la cláusula compromisoria.

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

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

Del artículo transcrito advertimos, en lo que interesa, que **el tribunal arbitral estará facultado para decidir sobre su propia competencia** y eso lo puede hacer desde luego, o en el laudo que decida sobre el fondo del asunto.

Cuando antes de emitir el laudo sobre el fondo, el tribunal arbitral se declare competente, **esta determinación**, que muchas veces se emite en un laudo especial, **puede ser impugnado ante autoridad judicial**, por cualquiera de las partes, dentro de los treinta días siguientes a aquél en que se le notifique la decisión del tribunal arbitral.

Este trámite se realiza, en términos de los artículos 1432, 1470, fracción II y 1472 a 1476, del Código de Comercio.

En el caso materia de este ensayo, al tribunal arbitral se le planteó una cuestión de competencia y la decidió en un laudo y esta decisión fue cuestionada, mediante el procedimiento a que se ha hecho mención en el párrafo que antecede, ante el juez Vigésimo Tercero de Distrito en Materia Civil en esta Ciudad, al que le solicitaron como medida cautelar, que ordenara la suspensión del arbitraje y especialmente el dictado del laudo de fondo.

El Juez de Distrito de proceso, (Juez Vigésimo Tercero), acogió dicha solicitud y estableció como medida cautelar, **que el tribunal arbitral se abstuviera de dictar el laudo.**

Ese fue el acto reclamado.

A pesar de que el acto reclamado fue esa medida cautelar, los operadores jurisdiccionales opinaron que se estaba tratando el tema de competencia.

Sin embargo, enfatizo en que no lo es la determinación sobre la competencia del Tribunal arbitral, lo que fue materia del amparo, que es tema subjúdice del proceso que ve el Juez Vigésimo Tercero, -se insiste-, **el acto reclamado es la medida cautelar EN LA QUE EL JUEZ DE PROCESO, ORDENA AL TRIBUNAL ARBITRAL QUE NO DICTE EL LAUDO DE FONDO.**

En contra de esa determinación, al ser irrecurrible lo determinado por el juez de proceso, se acude al amparo indirecto (que conoce el Juez Trigésimo Octavo de Distrito en Materia Civil de esta Ciudad) a quien se solicita, la suspensión del acto reclamado; es decir, SE LE PIDE, que la orden dada por el juez de proceso, en donde favorece la solicitud del demandante, de que suspenda el arbitraje y no se dicte el laudo, **no sea ejecutada o no siga surtiendo sus efectos**, pues ejecutándose esa medida, o continuando sus efectos, se impide que se prosigan las actuaciones arbitrales y se dicte un laudo de fondo.

El argumento fundamental del amparo, es que la medida cautelar autorizada por el juez de proceso, impide el libre ejercicio de la profesión de los árbitros, garantizada por el artículo 5º constitucional e impide también, el debido ejercicio del derecho de las partes a solucionar sus controversias a través de un medio alternativo de solución que lo es el arbitraje, protegido por el artículo 17 constitucional.

Los quejosos en el juicio de amparo piden la suspensión del acto reclamado y señalan que la cesación de los efectos del acto reclamado, impedirán un daño irreparable al tribunal arbitral, **pues cada día que continúe vigente, SE RETRASA E IMPIDE LA IMPARTICIÓN DE JUSTICIA ARBITRAL y se incrementan los costos para todas las partes involucradas.**

La demanda se admite y con la admisión se provee, que por separado se decidirá sobre la suspensión solicitada. Esta determinación de la admisión de la demanda es recurrida vía queja, que conoce un tribunal colegiado. Paralelamente, en el respectivo cuaderno de suspensión, seguidos los trámites correspondientes se dicta la interlocutoria correspondiente que **niega la suspensión definitiva**.

Las razones que se dan en la sentencia interlocutoria, es que corresponde negar la suspensión, **porque debido a la naturaleza del acto reclamado, éste es negativo** y contra tales actos no procede conceder la suspensión. Una segunda razón es que no procede conceder la suspensión, porque **se le daría a dicha medida cautelar efectos restitutorios**, que son propios de la sentencia que decida el fondo del amparo.

Aquí quiero hacer un paréntesis, para referirme al tema de **la admisión de la demanda de amparo**, que en el caso que narro, posteriormente el Colegiado ratificó, al declarar, en sustancia, infundada la queja en contra de dicha admisión. Hago el paréntesis, porque, aunque aquí no trascendió un criterio en contrario, en ocasiones, en otros casos semejantes, en juzgado de Distrito o en Colegiado, al conocer de quejas o revisiones, han **desechado** demandas como la presente, o sobreseído en el juicio, con la perspectiva de que el amparo es improcedente, porque el acto reclamado es intraprocesal y su ejecución no causa daños de imposible reparación.

La consideración que esgrimen dichos órganos jurisdiccionales es que finalmente el acto incidirá en la afectación a derechos procesales (continuación del procedimiento y dictado del laudo) y esos no se tratan de derechos sustantivos protegidos en el amparo.

Este razonamiento es recurrente en los órganos federales, especialmente en aquéllos que no tienen mucho contacto con procedimientos arbitrales (se hace notar que la mayoría de los arbitrajes se ventilan en ciudad de México y que en esta ciudad hay jueces especializados en la materia civil). La mayoría de los juzgados del país son mixtos o semiespecializados y no conviven con frecuencia con el arbitraje.

Así que un tema de comunicación importante entre los justiciables y los órganos de amparo, consiste en dejar claro, o defender en su caso, porqué en asuntos como el presente, no se están vulnerando derechos adjetivos o procesales, sino sustantivos, a saber: **el derecho sustantivo al patrimonio y al ejercicio profesional**, por parte de los integrantes del tribunal arbitral a los cuáles un acto reclamado como el que nos ocupa, les impide el ejercicio de su función y la recepción de sus honorarios por el servicio prestado y para las partes, **el derecho a solucionar sus conflictos a través del medio alternativo de solución que eligieron o derecho sustantivo a la jurisdicción**, garantizado por el artículo 17 constitucional.

En el caso del desechamiento de la demanda, un argumento adicional, es que **la causal de improcedencia no es notoria ni manifiesta** y que eso basta para que la demanda se admita.

Cerrado este paréntesis, he dicho, que, en el caso, **se negó la suspensión definitiva** y a mi juicio ello fue incorrecto, porque fue mal clasificado el acto reclamado y los alcances de los efectos, en caso de que la suspensión definitiva se hubiera otorgado.

No fue mejor la decisión tomada por la mayoría al resolver la revisión en contra de la determinación que negó la suspensión definitiva, pues CONFIRMÓ dicha negativa.

Las razones que dio el tribunal colegiado revisor, por mayoría, consistieron en esencia, en que aunque admitía que el acto reclamado por su naturaleza podía ser considerado como negativo con efectos positivos, entendía que el problema propuesto debía resolverse de manera semejante a una decisión judicial, no como un tema especial de arbitraje, aludiéndose al dictado de una “sentencia definitiva” y la supuesta improcedencia o cambio de situación jurídica, que generaría el que se permitiera dictar el laudo por el tribunal arbitral, porque “el tema de competencia”, no podría reclamarse como violación procesal “en amparo directo”, apoyándose en una tesis de rubro: **“NULIDAD DEL ACUERDO ARBITRAL. SI EL ACTO RECLAMADO ES LA MEDIDA CAUTELAR DICTADA EN EL PROCEDIMIENTO MERCANTIL EN LA QUE SE RECLAMA AQUÉLLA, ES INCUESTIONABLE QUE SI PREVIO A RESOLVERSE EL AMPARO, SE PRONUNCIA SENTENCIA EN EL JUICIO, OPERA CAMBIO DE SITUACIÓN JURÍDICA Y SE ACTUALIZA LA CAUSA DE IMPROCEDENCIA PREVISTA EN EL ARTÍCULO 61 FRACCIÓN XVII, DE LA LEY DE LA MATERIA”**, Se señaló también que al caso resultaba inaplicable el artículo 1432 del Código de Comercio, porque ese artículo, no regía los requisitos de suspensión del acto reclamado que son propios de la ley de amparo.

Previamente a dar mi visión de cómo debió resolverse la petición de los miembros del tribunal arbitral recurrente y para efectos didácticos, quiero señalar el procedimiento que un tribunal federal de amparo sigue, para analizar si debe concederse o no, la suspensión definitiva solicitada.

En primer lugar, se analiza si el acto o los actos reclamados son ciertos, lo cual, para efectos de la suspensión definitiva constata con los informes previos de la autoridad. Si no fueran ciertos y no se está en el caso de suspensión de oficio, la no certeza de los actos bastaría para negar la suspensión solicitada.

Enseguida se analiza la naturaleza de los actos reclamados; pues hay actos que por su naturaleza nos son suspendibles. En el caso de que por su naturaleza no fueran suspendibles, ello bastaría para negar la suspensión solicitada.

La doctrina clasifica a los actos reclamados como actos positivos, negativos, declarativos, de particulares, pasados o consumados, presentes inminentes, etcétera. Inclusive hay subclasificaciones. De los positivos, por ejemplo, los de ejecución instantánea, los de ejecución inacabada, los de tracto sucesivo. Dentro de los negativos, se subclasifican en los negativos simples, los negativos con efectos positivos, los prohibitivos, los de abstención u omisión, etcétera. No es el propósito aquí, profundizar sobre el tema; sólo para el caso que nos ocupa, hacer la referencia a que **los actos negativos simples no son suspendibles**, pero si tienen efectos positivos, o se trata de prohibitivos con efectos positivos o con un mayor daño al quejoso que al interés colectivo, **sí son suspendibles**.

En este mismo apartado se hace un análisis de lo que se lograría con la suspensión. Y se hace la pregunta acerca de los efectos de la concesión de la suspensión ¿Se lograría con la suspensión, lo mismo que se conseguiría con la concesión del amparo?

Si la respuesta es afirmativa, ello sería suficiente para negar la suspensión solicitada, pues **la suspensión no debe dejar sin materia el fondo del amparo y no debería dar efectos restitutorios**, que son propios de la sentencia concesora; es decir, se debe cuidar la posibilidad de que el amparo no prospere, ya sea por el hecho de que se sobresea o se niegue el amparo. ¿Cómo se puede proveer que el acto de autoridad pueda tener eficacia o incidencia, en caso de que no prospere el amparo? Incluso en algunos actos prohibitivos es posible que no se pueda volver a la orden de autoridad original (verbigracia, la orden de suspender un concierto unas horas antes de su ejecución). Se concedió la suspensión y se desarrolló el concierto; cuando se resuelve el amparo negándolo, ya no se puede volver a la prohibición. En este caso, el único camino que queda es la compensación y aún ahí, si se observa un mayor daño al quejoso que al interés colectivo, **el acto de autoridad es suspendible. De negarse el amparo se resarcirá al tercero de los daños y perjuicios que le haya causado.**

La doctrina, pero especialmente las tesis de los tribunales y más específicamente en la materia administrativa, han distinguido entre los efectos restitutorios provisionales y los efectos restitutorios definitivos. Es posible la concesión de la suspensión dando efectos restitutorios provisionales, si en caso de negarse el amparo, puede volver a tener validez el acto de autoridad; en cambio no procede la suspensión si los efectos son definitivos y el acto de autoridad no puede volver a tener validez, por regla general o cuando a pesar de que las cosas no puedan volver a su estado original, es posible compensar al tercero interesado de los daños y perjuicios ocasionados en caso de que no prospere el amparo.

Si es procedente suspender el acto por su naturaleza, **se analizan los requisitos legales y los presupuestos para conceder a la medida**, que comienzan con el **interés suspensivo**; que sea solicitado por el quejoso (**instancia de parte**); que haya la **aparición del buen derecho**; se sigue analizando, aunque actualmente no es un requisito legal, **el peligro en la demora** y se observa también **que no se contravengan normas de orden público**.

Si no se cumplen algunos de estos requisitos (legales), se niega la suspensión definitiva.

Si se cumplen los requisitos legales, SE CONCEDE LA SUSPENSIÓN, pero en la mayor parte de las ocasiones, se condiciona la continuidad de su eficacia al cumplimiento (de los requisitos de eficacia), que en su caso son la exhibición de una garantía o de medidas de seguridad, de ser el caso. Debo decir finalmente, que este es el curso normal y continuado para pronunciarse sobre la suspensión. Si hay motivo para negar la suspensión, ya no existe necesidad de acudir al siguiente elemento de estudio. Verbigracia, si el acto reclamado no es suspendible por su naturaleza o no se acredita el interés suspensivo, ya no hay necesidad de estudiar el cumplimiento de los requisitos legales. Ahí termina la resolución.

APLICACIÓN DE ESTAS BASES EN EL CASO CONCRETO

Como puede apreciarse, el acto reclamado, en el caso que nos ocupa, (otorgamiento de una medida cautelar) no es un acto negativo como lo señala el juez de Distrito cuya determinación se revisó, sino que para el solicitante de la medida, (la tercera interesada) **es un acto positivo**, pues se dijo que sí a su petición; en tanto que para la parte quejosa (los miembros del tribunal arbitral), **se trata de un acto prohibitivo con efectos positivos**, pues le prohíbe

realizar su función, (seguir la prosecución arbitral y dictar un laudo) y afecta positivamente su derecho para ejercer la profesión, e impide a las partes, solucionar sus controversias a través de un medio alternativo de solución que lo es el arbitraje, incrementando sus costos.

En este orden de ideas, refiriéndonos al tema de la suspensión y especialmente a la NATURALEZA DEL ACTO RECLAMADO, **sí es procedente concederla**, pues la suspensión procede contra actos positivos o contra actos prohibitivos, con efectos positivos, como es el caso.

Otra de las razones que da el juez, cuya resolución se revisó, para negar la suspensión definitiva solicitada, es que conceder la medida cautelar, implicaría darle efectos restitutorios, que no son propios de la suspensión, sino del fondo del amparo.

Lo anterior, desde mi punto de vista es incorrecto. En el caso, sí es posible que se conceda la suspensión, **cuando tenga efectos restitutorios provisionales**, ya que estos efectos pueden retrotraerse, en caso de que el amparo se niegue.

En el caso, el efecto de la suspensión, de concederse, **es que los árbitros continúen la prosecución del procedimiento arbitral y puedan dictar su laudo**, pero el efecto de sus actuaciones es reversible y no ejecutable, en caso de que se niegue el amparo.

Lo anterior es así, porque hasta en tanto, no esté dilucidado de manera definitiva la competencia del tribunal arbitral, ese laudo que se dictare no puede ser ejecutado, pues para ser ejecutado se necesita la intervención de la autoridad judicial mediante el procedimiento de

reconocimiento y ejecución del laudo arbitral a que se refiere el artículo 1461 del código de comercio.

Ahora bien, una de las razones para denegar la ejecución del laudo, **precisamente es que no se haya resuelto el tema de competencia del tribunal arbitral**, pues si observamos, en términos del artículo 1462 fracción I inciso c) e inciso e), del Código de Comercio, se puede denegar la ejecución del laudo arbitral, cuando el laudo refiera a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje (es decir, para la que el tribunal arbitral no es competente o cuando contiene decisiones que exceden el acuerdo de arbitraje (falta de competencia al respecto) y cuando el laudo, no sea aún obligatorio para las partes o hubiere sido anulado.

A su vez, si se observa el artículo 1457 fracción I, inciso c), del Código de Comercio, la falta de competencia, sería una causa de nulidad, por resolverse en contraposición o con exceso de lo convenido en el acuerdo de arbitraje.

En este orden de ideas, la concesión de la suspensión definitiva, solo le da efectos provisionales a esa continuación del proceso y al dictado del laudo, pero de resolverse que se debe negar el amparo, el laudo que en su caso se dictare no podrá ser ejecutable; y quedará en consecuencia suspendido cualquier procedimiento arbitral, siendo válida la medida dictada por el juez, retrotrayéndose al momento en que se dictó la medida cautelar, es decir, quedando sin efectos todos los actos arbitrales posteriores.

Por ese motivo, afirmo que los efectos de la suspensión definitiva, en caso de concederse, no son iguales a los efectos de la concesión del amparo, pues de concederse el amparo,

válidamente se establecerá que el acto reclamado de autoridad vulnera garantías individuales y ello convalidará el avance que se dé al procedimiento arbitral, incluyendo el dictado del laudo.

Bien.

Pasado el examen de la probabilidad de suspender el acto reclamado atendiendo a su naturaleza y efectos, el juez de amparo debe analizar si se reúnen los presupuestos de apariencia del buen derecho, del peligro en la demora, y de no afectación al interés social.

En el caso, la apariencia anticipatoria y provisional, **de que la sentencia le beneficiará al peticionario de amparo, la establece el propio artículo 1432 del Código de Comercio**, cuando determina en la parte final del artículo, que mientras esté pendiente dicha solicitud (el tema de la competencia del tribunal arbitral ante el juez de proceso), **el tribunal arbitral, podrá proseguir sus actuaciones y dictar laudo.**

Es decir, la apariencia del buen derecho la da de manera literal este artículo, -sin necesidad de acudir a ninguna interpretación, porque la ley es clara-, pues aunque el juez tenga pendiente la resolución de competencia del tribunal arbitral, **este artículo faculta al tribunal arbitral a proseguir sus actuaciones y dictar laudo**, y en consecuencia, esa orden del juez de suspender el procedimiento y prohibir la emisión del laudo, **contradice abiertamente el contenido del citado artículo y del derecho que le otorga la ley al tribunal arbitral para proseguir sus actuaciones y dictar laudo**; es decir, aquí se analizaría lo que pide el

recurrente (ponderar, para efectos de la suspensión definitiva solicitada, si la actuación de la autoridad responsable era apegada o no a derecho).

Respecto al tema del peligro en la demora, se actualiza en el presente caso, pues la orden dictada por el juez de proceso, impide al tribunal arbitral realizar su ejercicio profesional y recibir en su caso, los honorarios que devengue por tal servicio, fomentando el incremento de costos para las partes, siendo esa afectación presente y no susceptible de remediarse con posterioridad.

Finalmente, yo no advierto afectación al interés social, pues tratándose de intereses privados, no está comprometido el orden público con la concesión de la suspensión definitiva solicitada; al contrario, se favorece, pues la medida ordenada por el juez de proceso, desde mi punto de vista, sí es atentatoria del orden público, que determina, que en tanto esté pendiente el tema de competencia, el tribunal arbitral podrá seguir sus actuaciones y dictar laudo.

Debo señalar, como adición, la afectación que pudieran tener las partes con esta decisión: la parte que solicitó la medida cautelar ante el juez de proceso, no pierde porque continúe el procedimiento arbitral y se dicte un laudo, que solo resultan ser temas de prosecución del procedimiento, al no poderse ejecutar el laudo hasta que se determine en definitiva sobre la competencia del tribunal arbitral; en tanto, que la parte quejosa sí resiente con la negativa de la suspensión definitiva solicitada, los efectos de la prohibición, que es impedir que continúe con el procedimiento para el que fue contratado, ejercer su profesión y recibir los honorarios respectivos y para las partes, la trasgresión del derecho de solucionar sus controversias a

través del medio alternativo de arbitraje que eligieron, incrementando los costos de esta elección.

En esa tesitura, difiero también, de la consideración de la sentencia por mayoría del tribunal colegiado que confirmó la sentencia del juez de Distrito que negó la suspensión definitiva solicitada, puesto que aunque no recogió sus argumentos, le dio al caso un tratamiento judicial, perdiendo de vista las normas particulares que regulan la actividad arbitral y que debieron ser aplicadas para ser acordes con lo solicitado; además que la tesis en que se sustentó es inaplicable al caso que nos ocupa; se aludió incorrectamente, -desde mi punto de vista-, al dictado de una “sentencia definitiva”, cuando en arbitraje, lo que se dicta al finalizar el procedimiento es un laudo, no una sentencia definitiva y la supuesta improcedencia o cambio de situación jurídica, porque “el tema de competencia”, no puede reclamarse como violación procesal “en amparo directo”, no es aplicable al caso, porque en arbitraje, el tema de la competencia se retoma en el laudo de fondo y lo dicho en el laudo, puede ser cuestionado a través de un juicio de nulidad ante un juez de estado y no a través del amparo directo; amén de que el acto reclamado, no es una determinación de competencia, sino si es legal o no, una medida cautelar decretada y en el caso, contrario a los sostenido por la mayoría del tribunal colegiado, sí es perfectamente aplicable el artículo 1432 del Código de Comercio, que le permite al tribunal arbitral hacer precisamente, lo que el juez de proceso le prohibió.

CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

1. La decisión que tomó el juez de proceso es incorrecta y directamente violatoria del artículo 1432 del Código de Comercio. No se habría sorprendido al juez de Estado si estuviera familiarizado con el procedimiento arbitral.
2. Considero que el error judicial es producto de la no familiaridad del procedimiento arbitral, específicamente de la función del juez como auxiliar y su limitada participación como juez de control.
3. En el caso, considero que el acto de autoridad que impide la prosecución del procedimiento arbitral y el dictado del laudo, sí es violatorio de las garantías previstas por los artículos 5 y 17 constitucional y por tanto considero que, en estos casos, debe concederse el amparo de fondo.
4. Considero también que se debe conceder la suspensión definitiva solicitada, porque se trata de un acto prohibitivo con efectos positivos, que, al concederse la suspensión, no dejaría sin materia el fondo del amparo, siempre que se cumplan con los demás requisitos de ley.
5. Considero que los especialistas en arbitraje debieran acercarse al poder judicial federal y local, para capacitar a sus integrantes y hablar el mismo idioma en la institución del arbitraje y mejorar con ello las decisiones judiciales, haciendo más eficaz este medio alternativo de solución y dando fuerza al derecho constitucional previsto por el artículo 17 de nuestro ordenamiento supremo.

“EL ARBITRAJE COMERCIAL A 100 AÑOS DE CREACIÓN DE LA INTERNATIONAL
CHAMBER OF COMMERCE”



Por: Mtro. Guillermo Aldana Ugarte
Socio de Basham, Ringe y Correa, S.C.
Presidente Comité Arbitraje Bajío de ICC México

El título de esta publicación contiene dos premisas fundamentales que desarrollaré a continuación; *i)* El primer cuestionamiento sería que es el arbitraje y en segundo lugar *ii)* cuál es su relación con la International Chamber of Commerce (también conocida como ICC o CCI por sus siglas en español refiriéndonos a la Cámara de Comercio Internacional).

Para abordar nuestra primera premisa, quisiera señalar que el arbitraje precede al nacimiento de la jurisdicción estatal, incluso de la Nación-Estado. Existen antecedentes en la Antigua Grecia y en su mitología.

En este sentido quisiera citar al gran filósofo griego Sócrates quien al hablar de la impartición de justicia señalaba; *“Cuatro características corresponden al juez: Escuchar cortésmente, responder sabiamente, ponderar prudentemente y decidir imparcialmente”*.

El arbitraje se menciona en la Mitología Griega, en el famoso juicio de Paris, en este relato Eris la Diosa de la Discordia, molesta por no haber sido invitada, se presenta en la boda de Peleo y Tetis, padres de Aquiles y deja una manzana dorada con la frase *para la más bella*.

Tres de las diosas presentes, Hera, Atenea y Afrodita se pelean por la manzana, por lo que Zeus elige árbitro para dirimir la disputa al príncipe de Troya Paris. Las tres diosas intentan sobornarlo ofreciéndole distintos dones, pero al final el árbitro nominado elige a Afrodita, que le había prometido el amor de la mujer más bella del mundo. Esta mujer es la esposa del Rey Menelao; Helena, que se enamora de Paris, quien la rapta llevándosela a Troya, lo que provoca la venganza de Menelao, desencadenando la célebre guerra de Troya.

El arbitraje también está presente en el derecho procesal de la Antigua Roma, en las Legis Acciones y en el Procedimiento Formulario en donde la controversia se dividía en dos instancias; la primera *in jure* ante un Magistrado y la segunda *in iudicio* ante uno o varios jueces o árbitros privados que no formaban parte de un órgano del estado.

Los magistrados se encargaban de precisar en qué casos era posible presentar una demanda y en cuáles no y aplicaban su jurisdicción señalando ante qué árbitro debía presentarse cada demanda.

La elección del árbitro estaba en manos de las partes y de no hacer esta elección, se elegía el árbitro de una lista de senadores. La elección también se podía hacer mediante sorteo.

La legis acciones fue el primer sistema de enjuiciamiento civil aplicado en Roma y corresponde al periodo histórico del derecho quiritorio (que va desde la fundación de Roma hasta el fin de las guerras púnicas, es decir de los años 753 a. C. al 200 a.C.) aproximadamente.

El arbitraje también se hace presente en Roma desde la creación de las Doce Tablas, en las cuales encontramos disposiciones relativas a la función de los árbitros, como por ejemplo en la tabla IX-III, que imponía la pena de muerte al árbitro que hubiera recibido dinero para pronunciar un laudo.

El procedimiento formulario rige desde el siglo I a.C. hasta finales del III e inicios del IV d.C. Posteriormente, aparece el procedimiento *Cognitio Extra Ordinem* que estuvo vigente durante la época del imperio hasta la caída del imperio romano de occidente e Imperio Bizantino, en el mismo las audiencias las dirigían los obispos como consecuencia de decisiones arbitrales.

En su origen, el arbitraje era solamente para los ciudadanos romanos, pero en la época del procedimiento formulario, se hizo extensivo a los pleitos entre extranjeros y entre extranjeros y ciudadanos.

En la actualidad, el arbitraje comercial es el mecanismo más utilizado alrededor del mundo para resolver controversias, tiene una regulación internacional que dota de un marco jurídico sólido a este mecanismo al ser respaldado por su principal regulación que es la Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, promulgada en 1958 y adoptada por la mayoría de los países (159), también

encuentra su respaldo en la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional promulgada en Panamá en 1975.

Además, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) o también llamada UNCITRAL por su nombre en inglés *United Nations Commission on International Trade Law* que diseña leyes modelo para ser adoptadas por los países que deseen modernizar sus legislaciones, ha promulgado una Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional, creada en 1985 y adoptada por varios países.

Los orígenes del arbitraje en nuestro país son también relevantes, los casos más conocidos son entre otros, el llamado Fondo Piadoso de las Californias. Como antecedente podemos decir que en el siglo XVII se constituye un fondo compuesto de dinero y propiedades donadas por personas físicas y compañías religiosas, que fue administrado en su origen por la Compañía de Jesús y que posteriormente, parte de esas propiedades fueron ilegalmente vendidas por el Gobierno de España y después por el de México independiente a través del ex Presidente Antonio López de Santa Ana, el problema es que algunas propiedades se encontraban en la alta california cuyo territorio fue cedido como consecuencia de los tratados de Guadalupe Hidalgo de 1848.

El conflicto se resolvió a favor de la asociación religiosa mediante arbitraje a cargo de un diplomático inglés y con título nobiliario llamado Sir Edward Thornton (1875) y posteriormente al ser parcialmente incumplido, la Corte Permanente de Arbitraje de la Haya abrió el caso a inicios del siglo XX.

Otro caso fue el de la disputa por el Chamizal. Como antecedente diremos que, el Chamizal es un predio situado en la frontera de México con Estados Unidos, hace muchos años, el Río Bravo que es la frontera natural cambio su cauce debido a una inundación y como consecuencia, este territorio quedo del otro lado en Estados Unidos, formando una pequeña isla llamada Isla de Córdoba.

México reclamó la titularidad de ese territorio a través de un arbitraje, la controversia fue resuelta a favor de nuestro país por una Comisión mixta entre México, Estados Unidos y Canadá (1889), aun con esta decisión, nuestro país no tomo posesión del predio, fue en los años sesenta en una visita que hizo el expresidente Kennedy cuando celebró un acuerdo con el entonces presidente Adolfo López Mateos para tomar posesión formal y así disponer del predio que actualmente es un parque público que celebra la amistad entre México y Estados Unidos.

Otro caso es el de la Isla de la Pasión o también llamada Clipperton, esta isla constituye un atolón de aproximadamente 6 kilómetros de superficie, que prácticamente se encuentra abandonada, históricamente fue reclamada por nuestro país, pero el gobierno de Francia a través de la Polinesia, reclamaba también dicha titularidad.

La controversia fue resuelta en arbitraje en 1931 por el entonces Rey de Italia Víctor Emmanuel III.

El arbitraje en nuestro país se contemplaba desde la Constitución de Cádiz (1812) que estuvo vigente en México y que en su artículo 280 establecía que no se podía privar a ningún

ciudadano del derecho de terminar sus diferencias por medio de árbitros elegidos por ambas partes. El arbitraje también se regulaba en los Códigos de Procedimientos Civiles.

Actualmente, México cuenta con un derecho arbitral sólido al haber adoptado desde 1971 la Convención de Nueva York y en 1978 la Convención de Panamá. Además, nuestro país introdujo la Ley Modelo de UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial a nuestro Código de Comercio en donde se le puede ubicar en el título IV libro V de la Legislación Mercantil, lo que hizo con las reformas en esta materia aprobadas en 1993.

Con ello, nuestra *Lex Arbitri* es congruente con el entorno internacional y se consolida con los criterios pro-arbitraje emitidos por nuestro Poder Judicial que cada día se capacita y se vuelve más conocedor de esta materia, pues es un hecho que el arbitraje requiere de una Judicatura preparada.

El arbitraje es un mecanismo eficaz por los beneficios que aporta a las partes en relación con un procedimiento judicial, este mecanismo tiene varias cualidades como la rapidez, flexibilidad, neutralidad, calidad técnica, confidencialidad, imparcialidad, especialización, entre otras.

Es en este momento cuando abordaremos la segunda premisa que se desprende del título de este artículo en cuanto a la relación que tiene el arbitraje comercial con la International Chamber of Commerce, debiendo primero hacer un sentido reconocimiento a dicha institución porque este año cumple 100 años de existencia.

La ICC fue fundada en 1919 por un grupo de empresarios que soñaban con contribuir a la paz mundial dadas las circunstancias bélicas de esa época, pero con una visión empresarial que fomentara el desarrollo económico en un mundo devastado por la guerra.

Además de ser un órgano consultivo para otros consorcios globales multilaterales como la ONU, OMC, OCDE, G20, por citar algunos, cobra protagonismo en varios aspectos, por ejemplo, el diseño de los usos comerciales internacionales y en el caso que nos ocupa la creación y desarrollo de mecanismos como el arbitraje, para la resolución de conflictos que surgen en las operaciones internacionales. Para cumplir este cometido, en 1923 la ICC fundó la Corte Internacional de Arbitraje, que actualmente es una institución que administra arbitrajes alrededor del mundo.

La ICC y su Corte Internacional de Arbitraje han tenido su sede permanentemente en París, sin embargo, la Corte cuenta además con oficinas administradoras de casos en las ciudades de Nueva York, Hong Kong, Singapur y Sao Paulo.

En sus 100 años de historia la ICC ha visto más de 25.000 casos con partes implicadas de prácticamente todos los países, teniendo sede dichos procedimientos en más de 50 ciudades. Los países con mayor participación en los procedimientos en los últimos 40 años, en cuanto a partes implicadas se refiere, han sido Estados Unidos, Alemania y Francia.

Sólo el año 2018, alrededor de 900 casos fueron administrados por la Corte Internacional de Arbitraje con un promedio de 45 millones de dólares en disputa cada uno, el presidente de la Corte Alexis Mourre confirma que, de acuerdo con las estadísticas, ICC es la institución

arbitral por excelencia con un alcance global sinigual y una experiencia única en solución de controversias complejas y de alto valor.

La ICC fue la principal impulsora de la Convención de Nueva York y los acuerdos de Ginebra que le precedieron y con la vasta experiencia en la resolución de conflictos arbitrales que tiene la ICC, muchos de los precedentes judiciales emitidos alrededor del mundo tienen su origen en arbitrajes ICC.

En México, la ICC tiene alrededor de 75 años de presencia efectiva. Fue al término de la Segunda Guerra Mundial, en 1945, cuando empresarios mexicanos de gran visión fundaron en nuestro país, el Comité Mexicano de la International Chamber of Commerce. Los valores fundamentales que movieron a estos visionarios fueron los mismos que prevalecen hoy en día.

Es así como el arbitraje comercial y la International Chamber of Commerce se interrelacionan con la misión ya centenaria de apoyar en la impartición de justicia que tanto se requiere en varias partes del mundo incluyendo desde luego nuestro país.

Para concluir este artículo, se debe enfatizar la importancia de participar en organizaciones que transformen al mundo como la ICC o en cualquier otra asociación nacional o internacional que ayude a construir un mejor país y que al mismo tiempo enriquezca el crecimiento personal y profesional de quienes participan en ellas.

**ARBITRAJE Y PROCESO JURISDICCIONAL
(ESTUDIO COMPARATIVO DE LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS QUE LOS RIGEN)**



Por: Magistrado Daniel Horacio Escudero Contreras
***Trabajo final de acreditación del Diplomado de Arbitraje**
ICC México - Escuela Libre de Derecho

Introducción

El presente trabajo tiene como finalidad realizar un análisis comparativo entre el arbitraje y el proceso jurisdiccional, a partir de su naturaleza jurídica, los principios que los rigen, así como las distintas etapas en que se desarrollan.

I. PROCEDIMIENTO JURISDICCIONAL

A. Naturaleza jurídica

La palabra juicio se define como la controversia y decisión legítima de una causa ante y por el juez competente.

Refiere Eduardo Pallares que la palabra juicio deriva del latín *judicium*, que a su vez viene del verbo *judicare*, compuesto de *jus*, derecho y *dicere*, dare, que significa dar, declarar o aplicar el derecho en concreto. Para Cipriano Gómez Lara el juicio es el equivalente al proceso y en

lo entiende como una suma compleja de actos; del juzgador; de las partes y de los terceros que tiene por finalidad la aplicación de una ley a un caso concreto controvertido para solucionarlo o dirimirlo.

En el proceso jurisdiccional, a diferencia del arbitraje, las partes no tienen la opción de elegir al juez que habrá de resolver la controversia, sino que deben someterse al aquél que sea competente en función de la ley; competencia que se da en razón a la materia, territorio grado y cuantía. Esto es, en el arbitraje se permite la resolución de controversias de manera neutral (por ejemplo, con un tribunal multinacional que aplique normas internacionales en un lugar aceptado de mutuo acuerdo, como se verá más adelante).

A. Principios que rigen el procedimiento jurisdiccional

El procedimiento jurisdiccional se rige por diversos principios, como son:

- **Economía procesal:** significa que el proceso debe desarrollarse con la mayor economía de tiempo, energía y costo de acuerdo con la circunstancia de cada caso.
- **Dispositivo o impulso procesal:** el ejercicio de la acción y en el desenvolvimiento de ella a través del proceso, así como los límites de la acción y la actividad del juez están en gran medida regulados por la actividad de las partes, así como son dueñas de disponer de su propio derecho sustancial.
- **Unidad el proceso:** el principio de la unidad de la relación procesal deriva del derecho de cada parte en el litigio de obtener del órgano jurisdiccional la prestación de su actividad para la realización de los intereses privados protegidos por el derecho y que la

obligación correlativa del órgano mismo no se agota en su ejercicio mediante un acto único, sino mediante una serie de actos.

Pallares lo identifica como principio de adquisición procesal y dice que, por virtud de este principio, las pruebas rendidas por una de las partes no sólo a ellas aprovechan, sino a todas las demás, aunque no hayan participado de su rendición, y agrega que tal principio se sustenta en que no es posible dividir la convicción del juez sobre la existencia de los hechos litigiosos y que la falta de eficacia de la prueba es indivisible.

- **Formalismo en el proceso:** es la expresión de una necesidad que deriva de la naturaleza misma del fin procesal ya que el proceso tiene por objeto la realización mediante la declaración y la ejecución forzada de los intereses tutelados por el derecho, la primera y más ingente exigencia de todo sistema procesal, es que todos los interesados tutelados por el derecho sean garantizados y realizados en el proceso; de modo que el principio del formalismo exige que la forma de todo acto procesal esté determinada *a priori* y que por esta razón como regla general se excluya el arbitrio de los sujetos procesales, tanto en la elección del orden en que los actos procesales deben sucederse, cuanto por lo que respecta al tiempo en que deben llevarse a cabo.

A diferencia, en el arbitraje, las partes establecen los plazos y formas en que habrán de desarrollarse las etapas en el procedimiento, por ejemplo, al modificar las características y plazos para la presentación de la demanda o contestación.

- **Inmediación:** significa que las partes están inmediatamente en relación entre sí y se intercambian distintos actos concernientes al proceso; además las partes están en inmediato contacto con el juez, de modo que se establece una especie de colaboración entre las partes y el juez para el mejor resultado del proceso.

- **Publicidad:** Facilita la presencia del público en las audiencias, lo que constituye el más precioso instrumento de fiscalización popular sobre la obra de los defensores y magistrados. Principio que no es aplicable en el arbitraje, en el cual las partes tienen la posibilidad de elegir al árbitro que habrá de resolver el asunto, por lo que la confianza que le brindan no requiere de escudriño público, pues además no constituyen autoridades y, por ende, no están sujetos a la evaluación de la opinión pública.

- **Consumación procesal:** deriva del hecho de que, para la realización de los actos procesales, la ley establece los plazos en los que los mismos deben ser ejecutados, de modo que, transcurridos tales plazos, se agota la posibilidad de su realización, con independencia de que se hayan ejecutado o no en perjuicio o beneficio de quien los hubiere dejado transcurrir.

Lo que no se actualiza en el procedimiento arbitral, en el que, con independencia de la actitud de las partes, se da una solución al conflicto con base en las pruebas aportadas por las partes.

- **Concentración:** Según el cual deben reunirse las cuestiones litigiosas para ser resueltas todas ellas o el mayor número posible de ellas en la sentencia definitiva, evitando que el curso del proceso en lo principal se suspenda.

- **Congruencia:** las sentencias deben ser acorde consigo misma y también con las pretensiones de las partes, esto es, con la *litis*.
- **Contradicción:** el tribunal debe dar a las partes la oportunidad de ser oídas en defensa de sus derechos y no se viola cuando ellas no aprovechan esa oportunidad.
- **Eficacia procesal:** significa que el proceso no debe producirse con perjuicio de quien se ve en la necesidad de promoverlo para ejercer sus derechos o de acudir a él para la defensa de los mismos.
- **De eventualidad:** las partes tiene la carga de hacer valer ya sean las acciones, excepciones, las pruebas y los recursos para garantizar sus derechos procesales.
- **De probidad:** el proceso siendo una institución de buena fe, no ha de ser utilizada por las partes con fines de mala fe o fraudulentos de modo que el juez está obligado a dictar las medidas necesarias para evitar que los litigantes conviertan el proceso en un instrumento al servicio de intenciones contrarias al funcionamiento expedito de la justicia.
- **Igualdad entre las partes.** Señala Eduardo Pallares que, por virtud de este principio, las partes deben tener en el proceso el mismo trato, se les deben dar las mismas oportunidades para hacer valer sus derechos y ejercer sus defensas siempre dentro de la inevitable desigualdad que produce el actor y demandado.
- **Independencia e imparcialidad de los jueces.** La independencia se define como la actitud del juzgador frente a influencias extrañas al Derecho, provenientes del sistema social; consiste en juzgar desde la perspectiva del Derecho y no a partir de presiones o intereses extraños a aquél. La imparcialidad es la actitud del juzgador frente a influencias extrañas al Derecho, provenientes de las partes en los procesos sometidos a su potestad.

Consiste en juzgar, con ausencia absoluta de designio anticipado o de prevención a favor o en contra de alguno de los justiciables.

B. Etapas del procedimiento jurisdiccional

1. Etapa preliminar (medidas cautelares y provisionales)

Puede haber una etapa preliminar o previa a la iniciación del proceso civil, y puede darse así:

- a) medios preparatorios del proceso, cuando se pretenda despejar alguna duda, remover un obstáculo o subsanar una deficiencia antes de iniciar un proceso.
- b) medidas cautelares, cuando se trate de asegurar con anticipación las condiciones necesarias para la ejecución de la eventual sentencia definitiva, o
- c) medios provocatorios, cuando los actos procesales tiendan precisamente a provocar otro proceso.

1. Etapa expositiva

Es la primera etapa del proceso propiamente dicho es la postulatoria, expositiva, polémica o introductoria de la instancia. Tiene por objeto que las partes expongan sus pretensiones ante el juez, así como los hechos y preceptos jurídicos en que se basen. Esta etapa se concreta en:

- Escrito de demanda.
- Escrito de contestación a la demanda.
- Escrito de reconvención.
- Escrito de contestación a la reconvención.

El juzgador debe resolver sobre la admisibilidad de la demanda y ordenar el emplazamiento de la parte demandada. En caso de que el demandado, al contestar la demanda, haga valer la reconvencción, deberá emplazarse al actor para que conteste.

2. Etapa probatoria

La segunda etapa del proceso es la probatoria o demostrativa.

Tiene como finalidad que las partes aporten los medios de prueba necesarios con objeto de verificar los hechos afirmados en la etapa expositiva.

La etapa de prueba se desarrolla fundamentalmente a través de los actos de ofrecimiento o proposición de los medios de prueba; su admisión o rechazo, su preparación y su práctica ejecución o desahogo.

3. Etapa conclusiva

La última etapa es la conclusiva. En ella las partes expresan sus alegatos o conclusiones respecto de la actividad procesal precedente. El juzgador también expone sus propias conclusiones en la sentencia, con la que pone término al proceso en su primera instancia.

4. Etapa impugnativa

- a) **Reconocimiento y apelación:** La sentencia emitida por el juzgador no requiere ser validada por diversa autoridad; sin embargo, las partes pueden impugnarla a través de la apelación.
- b) **Anulación:** el procedimiento jurisdiccional puede ser anulado mediante la acción de nulidad de juicio concluido, que conforme el artículo 737 del Código de Procedimientos Civiles aplicable en la Ciudad de México, procede en aquellos asuntos en los cuales

se ha dictado sentencia o auto definitivo que ha causado ejecutoria y se actualiza alguna de las siguientes hipótesis:

- Si se falló en base a pruebas reconocidas o declaradas de cualquier modo falsas con posterioridad a la resolución, o que la parte vencida ignoraba que se habían reconocido o declarado como tales antes de la sentencia;
- Cuando existiere colusión u otra maniobra fraudulenta de las partes litigantes, en el juicio cuya nulidad se pide, en perjuicio del actor.

La acción de nulidad de juicio concluido puede ser ejercida por quienes hayan sido parte en el proceso, sus sucesores o causahabientes; y los terceros a quienes perjudique la resolución.

5. Etapa ejecutiva

Esta etapa carácter eventual es la de ejecución procesal, que se presenta cuando la parte que obtuvo sentencia de condena acorde con sus pretensiones solicita al juez que, como la parte vencida no ha cumplido voluntariamente con lo ordenado en la sentencia, tome las medidas necesarias para que ésta se ejecute coactivamente.

B. PROCEDIMIENTO ARBITRAL

A. Naturaleza jurídica

El concepto de “arbitraje” se refiere al proceso de solución de conflictos mediante el cual se dirimen controversias entre particulares (o al menos entre intereses particulares) y que surge

de sus voluntades, las que se expresan en un compromiso por medio del cual prefieren concordar sus entredichos con base en el consejo o avenencia de otra persona (física o colectiva) que es de su confianza a la que se denomina “árbitro”, “avenidor” o “arbitrador”, en cuyas manos las partes eligen colocar voluntariamente la respuesta al problema que las enfrenta y con lo cual se busca lograr el esclarecimiento del conflicto con base en una decisión práctica, pero sustancialmente diversa de la jurisdicción, la cual, a diferencia de la institución arbitral, proviene de la autodeterminación de las sociedades que deciden entregar al Estado la potestad pública de tutelar los conflictos intersubjetivos en juicios.

Incluso las partes pueden seleccionar árbitros con los conocimientos técnicos o la experiencia más adecuados al caso.

Desde esta perspectiva, el arbitraje, en principio, no supone la solución de diferencias mediante el proceso jurisdiccional propiamente dicho, sino a partir de la voluntad; sin embargo, aun cuando la competencia de los árbitros no está dada directamente por la ley, sí lo está indirectamente en la medida que el acuerdo para que determinado negocio se comprometa en árbitros, tiene que hacerse mediante un acuerdo que sí debe estar ajustado a la ley y, por tanto, cabe afirmar que su competencia arbitral sí es de origen legal y por todo esto lo supedita a la ley y en última instancia, a través de ésta, a la Constitución Federal.

Además, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido que un tribunal arbitral no puede considerarse un tribunal especial, que está prohibido por la Constitución Federal (ver jurisprudencia de rubro: “**ARBITRAJE COMERCIAL. LOS ARTÍCULOS 1415 A 1463 DEL**

CÓDIGO DE COMERCIO, NO VIOLAN EL ARTÍCULO 13 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL”).

B. Principios que rigen el procedimiento arbitral:

El procedimiento jurisdiccional se rige por diversos principios, como son:

- **Procedimiento constreñido al acuerdo de arbitraje.** El procedimiento arbitral necesariamente se ciñe a la relación jurídica determinada sobre la cual se pactó el acuerdo de arbitraje; de igual modo, el tribunal arbitral debe ajustarse al acuerdo arbitral.

- **Autonomía de las partes.** En el arbitraje, en vez de redactar un procedimiento específico para cada contrato, las partes suelen adoptar (y modificar según convenga en función del caso concreto) un conjunto de reglas de arbitraje ya listas y de probada utilidad.

En el caso de que las partes no adopten un criterio común en cuanto a la manera en que el arbitraje debe proceder, entonces, corresponde al tribunal arbitral tomar la decisión, después de haber escuchado la opinión de cada una de las partes.

Los temas que se consideran al incluir cláusula arbitral son:

1. El **árbitro**, número de árbitros, nacionalidad de los árbitros, procedimiento de nombramiento y recusación de árbitros.
2. La posibilidad de admitir **medidas precautorias** o no.
3. La **ley** que gobierne el acuerdo de arbitraje y/o, la ley de la sede del arbitraje y/o del lugar de ejecución.

4. **Alcance y arbitrabilidad**: Las partes deciden qué controversias desean someter a arbitraje. Generalmente, las cláusulas se redactan de forma muy amplia para englobar todas las disputas que pudieran surgir entre las partes. Sin embargo, a veces las partes desean que ciertas disputas sean resueltas por otro medio, como la determinación experta.
5. El **tribunal y sus poderes**: Las partes también pueden considerar la autoridad del tribunal conforme a las reglas que hayan escogido y la ley aplicable y, si fuese necesario, ajustarlos o clarificarlos de forma expresa.
6. **Reglas procesales**: Las partes pueden optar si es necesario modificar las reglas seleccionadas. Ya que, por ejemplo: pueden elegir las reglas de la Cámara de Comercio Internacional que excluyen expresamente cualquier apelación a los tribunales nacionales sobre el fondo de la controversia, pero para el caso de apelar incluir las reglas de la UNCITRAL. Por tanto, la incorporación de las reglas UNCITRAL a un contrato podría tener que ser complementada por una provisión específica excluyendo cualquier derecho de apelación. En este sentido, salvo acuerdo en contrario, las partes podrán modificar o ampliar las características y plazos de presentación de la demanda o su contestación, a menos que el tribunal arbitral considere improcedente dicha modificación tomando en cuenta la demora con que se haya hecho y, además tanto el caso específico como las particularidades que se lleguen a presentar, si el actor no presenta su demanda en los términos que hubieran sido pactados, el tribunal arbitral ordenará dar por

terminadas las actuaciones, de lo que se sigue que el procedimiento arbitral inicia con la sola presentación de la demanda.

En cambio, si el demandado no presenta su contestación en la forma convenida, el procedimiento arbitral continuará, sin que la omisión se considere jurídicamente como una “aceptación” o consentimiento de lo alegado por el actor salvo acuerdo en contrario).

Lo que, por supuesto, no acontece en el proceso jurisdiccional, en el que la preclusión de los plazos genera consecuencias negativas para las partes; un ejemplo de ello es que si el demandado no contesta la demanda, en algunos procedimientos, se tiene por contestada admitiendo los hechos relatados en la misma.

Incluso, cabe la posibilidad de que las partes propongan un calendario procesal que señale las fechas en las que tendrán lugar los pasos procesales. En el calendario se hace constar una orden procesal, por lo que constituye una resolución que debe acatarse.

7. **Sede:** Las partes pueden seleccionar la sede del arbitraje.
8. **Idioma:** El idioma del arbitraje pudiera ser razón de discusión, es preferible, para ahorrar tiempo y gastos, acordarla expresamente por adelantado en el acuerdo de arbitraje. El idioma generalmente es el del contrato y/o el de mayoría de los documentos. A diferencia del proceso jurisdiccional, en el que, por virtud de la ley,

todas las promociones deben hacerse en el idioma español; y respecto de los documentos exhibidos, si se encuentran en un idioma distinto, deben ser acompañados por su debida traducción al español.

9. **Confidencialidad**: El grado en que la confidencialidad del arbitraje será protegida conforme a las reglas o a la ley aplicable varía, y las partes pueden querer preverlo de forma expresa en el contrato.

- **Principio *competence-competence***. El tribunal arbitral tiene competencia para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o validez del acuerdo de arbitraje

- **Igualdad de las partes**. El procedimiento arbitral debe ser llevado por el árbitro observando la igualdad entre las partes y tratándose de las regulaciones aplicables para la demanda, contestación, reconvencción y contestación a la misma, pero salvo acuerdo en contrario, las partes podrán modificar o ampliar las características y plazos de presentación de la demanda o su contestación.

- **Obligación de tomar en cuenta los usos mercantiles**. Si bien el tribunal arbitral debe decidir la controversia conforme al derecho aplicable al fondo que las partes han pactado, está obligado a decidir conforme a las estipulaciones del convenio ya tener en cuenta los usos mercantiles aplicables al caso.

- **Imparcialidad e independencia de los árbitros**. También que los árbitros deben resolver imparcialmente las cuestiones que les son sometidas a su potestad y no deben derivar u orientar sus funciones ni sus decisiones por el común consentimiento de las partes (salvo que se exprese como transacción para finiquitar el

proceso arbitral); esto porque dicho consentimiento opera sólo en el momento inicial del arbitraje que es el compromiso y posteriormente el mismo será irrelevante a lo largo del procedimiento arbitral.

Tan es así que incluso el procedimiento puede ser revisado posteriormente por autoridad jurisdiccional a fin de corroborar la existencia de la imparcialidad del árbitro, de ahí que sea válido afirmar que los árbitros poseen “autoridad” pero les falta “potestad” que es atributo exclusivo del Estado y por ello, podrán realizar todos aquellos actos para los que baste la simple autoridad, y deberá solicitar la cooperación de los tribunales respecto de aquellos otros que requieran la potestad, como ocurre por ejemplo en materia de medidas o providencias cautelares y de ejecución en donde se requiere del auxilio de la jurisdicción estatal para lograr dichas medidas mediante procedimientos que (por la forma como se debatirán los intereses) serán contenciosos.

C. Etapas del procedimiento jurisdiccional

1. Etapa preliminar (medidas cautelares y provisionales)

Salvo acuerdo de las partes en contrario, el tribunal arbitral podrá, desde el momento en que se le haya entregado el expediente, ordenar, a solicitud de parte, cualesquiera medidas cautelares o provisionales que considere apropiadas.

El tribunal arbitral podrá subordinar dichas medidas al otorgamiento de una garantía adecuada por la parte que las solicite. Las medidas mencionadas deberán ser adoptadas mediante orden motivada o laudo, según el tribunal arbitral lo estime conveniente.

Antes de la entrega del expediente al tribunal arbitral, y en circunstancias apropiadas aun después, las partes podrán solicitar a cualquier autoridad judicial competente la adopción de medidas provisionales o cautelares. La solicitud que una parte haga a una autoridad judicial con el fin de obtener tales medidas o la ejecución de medidas similares ordenadas por un tribunal arbitral no contraviene al acuerdo de arbitraje ni constituye una renuncia a éste y no afecta los poderes del tribunal arbitral al respecto.

Tanto las medidas cautelares como la ejecución forzosa deben realizarse a través de la autoridad judicial; pues el árbitro carece de la potestad del Estado para hacer cumplir sus determinaciones.

2. Etapa expositiva

El proceso de un arbitraje puede tomar muchas formas. En algunos arbitrajes, las partes acuerdan que la disputa habrá de resolverse con base en sus escritos, sin una vista oral, en otros, como los arbitrajes sobre bienes de consumo, las partes confían de forma importante en la experiencia del árbitro.

Normalmente, un arbitraje internacional incluye los pasos siguientes aunque algunos de ellos puedan realizarse u ocurrir simultáneamente:

- Demanda de arbitraje, incluyendo al menos un resumen de las reclamaciones.
- Contestación a la demanda, que indicará cualquier demanda reconvenzional eventual.
- Réplica a la demanda reconvenzional (si es necesario).
- Nombramiento del tribunal.
- Audiencia preliminar en la que se establecen los pasos y el calendario del arbitraje.
- Escrito de demanda (si no ha sido ya entregado junto a la demanda de arbitraje).
- Escrito de contestación y de demanda reconvenzional si no han sido ya entregadas junto a la contestación a la demanda).
- Escrito de contestación a la demanda reconvenzional.

3. Etapa probatoria

En el arbitraje se realiza a través de la comunicación de los documentos que sirven como prueba o de aquellos que entran dentro de las categorías (a menudo muy limitadas) solicitadas por la otra parte; el intercambio de declaraciones de testigos (a veces seguidas de declaraciones de contradicción); intercambio de declaraciones de expertos (a veces seguidas de declaraciones de contradicción); y reunión de expertos para estrechar las cuestiones a debate y declaración conjunta de asuntos acordados/en discusión; así como el intercambio de escritos antes de las audiencias.

4. Etapa conclusiva

En ésta se presentan escritos posteriores a las audiencias y se dicta el laudo arbitral.

El tribunal decide sobre el fondo del asunto. Los laudos pueden ser provisionales, parciales o finales.

Los laudos provisionales sólo tienen efectos temporales y no deciden definitivamente sobre un asunto (por lo que pueden ser revisados por el tribunal más tarde durante el proceso).

Los laudos parciales deciden de forma definitiva uno o varios (pero no la totalidad) de los asuntos del arbitraje.

Los laudos finales deciden sobre todos los temas del arbitraje (o los que queden por resolver) y salvo que haya que hacer correcciones finaliza el arbitraje.

5. Etapa impugnativa

a) Reconocimiento de un laudo: Es la confirmación por parte de un tribunal nacional de que un laudo es válido y que su cumplimiento es obligatorio.

En la homologación del laudo, los jueces no están autorizados para revisar los laudos de manera integral, ya que de lo contrario podrían nulificarlos, aun por cuestiones de fondo, para lo que sería necesario que previamente las partes comparecieran ante el juez a plantarle el debate, y el sistema generalmente adoptado consiste en que si la violación contenida en el laudo transgrede el orden público, el juez no debe ordenar su

ejecución, pero si sólo perjudica intereses privados, debe ordenarla; y una vez decretado judicialmente su cumplimiento se eleva a la categoría de acto jurisdiccional (**VER TESIS DE RUBRO: “LAUDO ARBITRAL. SU HOMOLOGACIÓN POR AUTORIDAD JUDICIAL ORDINARIA Y EL ANÁLISIS DE ÉSTA, EN AMPARO, NO PERMITE EL ESTUDIO DE SU SENTIDO EN CUANTO AL FONDO”**).

b) Apelación: Recurso de un laudo a otro tribunal o a una corte de justicia estatal para que reconsidere el fondo del asunto. En muchos arbitrajes no existe el derecho de apelación, ya sea porque la ley aplicable no prevé dicho derecho o porque las partes han renunciado a él.

c) Anulación: Bajo ciertas circunstancias los tribunales nacionales de la sede del arbitraje tienen generalmente la potestad de anular el laudo arbitral.

Podría darse el caso que un tribunal arbitral resuelva sobre su competencia para decidir, incluso cuando el contrato que contiene la cláusula compromisoria es inválido o se ha rescindido.

De conformidad con el artículo 1457 del Código de Comercio, los laudos arbitrales sólo podrán ser anulados por el juez competente cuando:

1. La parte que intente la acción pruebe que:

- Una de las partes en el acuerdo de arbitraje estaba afectada por alguna incapacidad, o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiese indicado a ese respecto, en virtud de la legislación mexicana;
 - No fue debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales, o no hubiere podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos;
-
- El laudo se refiere a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o contiene decisiones que exceden los términos del acuerdo de arbitraje. No obstante, si las disposiciones del laudo que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no lo están, sólo se podrán anular estas últimas; o
 - La composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se ajustaron en el acuerdo celebrado entre las partes, salvo que dicho acuerdo estuviera en conflicto con una disposición del presente título de la que las partes no pudieran apartarse o, a falta de dicho acuerdo, que no se ajustaron al presente título; o
-
2. El juez compruebe que, según la legislación mexicana, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje, o que el laudo es contrario al orden público.

d) Remisión: Potestad de los tribunales nacionales que, a petición de una de las partes, solicitan al tribunal arbitral para que reconsidere todo o parte su laudo.

e) Revisión de laudos: Es el proceso que sirve para impugnar un laudo ante los tribunales de la sede del arbitraje. Las revisiones generalmente se basan en la falta de competencia del tribunal arbitral o las irregularidades del proceso arbitral. A diferencia del derecho de apelación, la mayoría de jurisdicciones otorgan el derecho de revisión y, en muchos casos, las partes no pueden renunciar a él.

Aquí los juzgadores no deben imponer la interpretación que mejor les parezca, sino verificar si la del tribunal 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 (**TESIS: “LAUDOS ARBITRALES. ESTÁNDAR DE REVISIÓN JUDICIAL PARA DETERMINAR LA VALIDEZ DE LA DECISIÓN DE UN TRIBUNAL ARBITRAL SOBRE SU PROPIA COMPETENCIA”**).

3. Etapa ejecutiva

Si una parte no cumple con sus obligaciones de acuerdo al laudo dictado por el tribunal arbitral, la otra parte puede acudir a los tribunales nacionales para que éstos reconozcan y ejecuten (hagan cumplir) dicho laudo arbitral haciendo uso de un proceso de ejecución (por ejemplo, a través del embargo de activos).

CONCLUSIONES

En el procedimiento jurisdiccional, atendiendo a la ley, sus principios y reglas procesales, no es posible elegir al juez, ni los procedimientos o normas aplicables a la resolución del asunto; además requiere de mayor formalidad, pues los plazos y maneras para desarrollarlo son estrictas, de modo tal que, en caso de incumplimiento, generan consecuencias negativas para las partes; que puede influir en la resolución del asunto, lo que podría impedir dar una solución de fondo a la controversia.

Además, aunque en teoría, los principios se dirijan a lograr la economía y celeridad procesal, muchas veces no es así, pues la ley establece normas para todos los casos sin opción para que las partes puedan modificarlo atendiendo a las características de cada asunto concreto; lo que haría más ágil y sencillo el desenvolvimiento del proceso.

En cambio, en el arbitraje rige la voluntad de las partes, quienes pueden escoger al o los árbitros que habrán de resolver el asunto o conflicto sometido a su consideración; con la opción incluso de elegir a alguien con la experiencia y conocimientos técnicos en la materia del arbitraje.

Aunado a lo anterior, existe sencillez y flexibilidad en los procedimientos en que se debe desarrollar el arbitraje y en las reglas tanto procesales como sustantivas que deben aplicarse; lo cual reduce los formalismos de tal forma que las partes pueden elegir modificar los términos que debe desarrollarse el procedimiento, atendiendo a cada caso en particular, lo que facilita su desenvolvimiento y tiende a que se resuelva la cuestión efectivamente planteada.

A diferencia del arbitraje, la sentencia no requiere ser validada, pero tanto el laudo como la sentencia pueden ser impugnadas dependiendo de las reglas que rijan el arbitraje, ambas pueden ser anuladas por cuestiones atinentes al procedimiento, pero en los laudos no tiene

fuerza de ejecución, por lo que para que se cumplan es necesario acudir al juzgado, dado que es quien tiene la potestad del Estado para tal efecto.

Bibliografía:

- CASTRILLÓN Y LUNA, Julio Enrique, Derecho Procesal Civil, ed. Porrúa, 4ª ed. México, 2017.
- GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, Arbitraje, 4ª ed., Ed. Porrúa, 2015.
- PALLARES, Eduardo, Diccionario de Derecho Procesal Civil, 3ª ed., ed. Porrúa, México, 1968.
- SAID, Alberto, Colegio de Profesores de Derecho Procesal, Facultad de Derecho UNAM, Derecho Procesal, Diccionarios Jurídicos Temáticos, VO. 4º, Ed. Harla México, 1997.
- UBARRI CARPINTERO, Gonzalo, *Justicia Alternativa, Estudios de Arbitraje y Mediación*, Ed. Porrúa, 2015.
- UBARRI CARPINTERO, Gonzalo, *Acceso a la Justicia Alternativa*, Ed. Porrúa, 2010, México.

Legislación:

- Código de Comercio.
- Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

Tesis

- Tesis aislada 1a. CLXXVI/2004, emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicada en la página 411, tomo XXI, de enero de dos mil cinco, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época.
- Tesis emitida por el Primer Tribunal Colegiado del Décimo Quinto Circuito, consultable en la página 1317, tomo XVI, de agosto de dos mil del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época.
- Tesis aislada 1a. XXXVII/2017 (10a.), emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicada en la página 445, tomo I, libro 40, de marzo de dos mil diecisiete, de la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época.

ARBITRABILIDAD DE LA COMPETENCIA ECONÓMICA EN MÉXICO



Por: Dr. Víctor Pavón-Villamayor
CEO & Founder Oxford Competition Economics
Vicepresidente Comisión Competencia Económica de ICC México

I. INTRODUCCIÓN

1. Tradicionalmente se ha considerado que los temas de competencia económica son inarbitrables en virtud que involucran temas de interés público. Este trabajo tiene por objeto demostrar que, no obstante que los temas de competencia económica son de interés público, existen escenarios donde la arbitrabilidad de la competencia económica no solo es deseable, sino que incluso puede ser auxiliar en el proceso de salvaguardar el interés público asociado a la libre competencia y la libre concurrencia en los mercados.
2. Este trabajo argumenta que, dada la limitada capacidad de enforcement de la política de competencia que tienen las autoridades administrativas —en el caso de México, la Comisión Federal de Competencia Económica y el Instituto Federal de Telecomunicaciones— existe un espacio natural para que ciertos temas de competencia económica sean sujetos de arbitraje.

Este trabajo también sostiene que el arbitraje en materia de competencia económica no solo resulta clave para el enforcement privado de la política de competencia, sino que incluso puede representar una vía más eficiente y expedita para la reclamación de daños y perjuicios que derivan de prácticas anticompetitivas en los mercados.

II. ARBITRABILIDAD DE LA COMPETENCIA: DOCTRINA LEGAL

A. Ortodoxia

3. La visión ortodoxa de la no arbitrabilidad de los asuntos de competencia toma como fundamento el argumento que la aplicación de las disposiciones legales que promueven la libre competencia y la libre concurrencia en los mercados es esencialmente un tema de interés público y, por tanto, su aplicación no puede dejarse en manos de acuerdos de carácter privado. En principio, es cierto que una violación a las leyes de competencia podría generar efectos no solo sobre las partes que participan en un arbitraje, sino también sobre otros agentes económicos que no son parte de este último procedimiento. En otras palabras, los efectos de una violación a las leyes de competencia trascienden la esfera meramente privada y, por tanto, tienen impactos más integrales que inciden en el interés público.

4. Desde una perspectiva más práctica, algunos autores han argumentado que permitir la arbitrabilidad de la competencia económica puede ser el origen de importantes problemas de instrumentación que, en los hechos, la podría hacer inviable y de poca utilidad. En particular, estos autores han manifestado diversas objeciones, entre las que destacan las siguientes:

- a) El análisis competitivo típico requiere de información no solo de las partes que están arbitrando un tema de competencia, sino también requiere de información

proveniente de terceras partes que no son parte del arbitraje. Desde esta perspectiva, la decisión que deriva de un arbitraje en materia de competencia podría considerarse sub-óptima en virtud que fue llevada a cabo bajo importantes restricciones de información.

- b) El arbitraje en competencia puede generar dos efectos indeseados: (i) vedar a la autoridad de competencia para que pueda re-examinar el caso en disputa (*res iudicata*) o, (ii) duplicar los costos de análisis y revisión de los resultados del arbitraje, en caso que la autoridad preserve sus facultades para revisar el contenido y alcance del laudo arbitral.
- c) La alta heterogeneidad de los regímenes de competencia a nivel internacional podría representar un problema práctico para el arbitraje en competencia en virtud que la caracterización específica de las prácticas anticompetitivas varía entre distintas jurisdicciones y, por tanto, podría generar tensiones de interpretación y aplicabilidad entre jurisdicciones distintas.

5. En la Sección IV se discute a mayor detalle cada uno de estos argumentos. La conclusión es que, en estricto sentido, ninguna de estas objeciones representa un obstáculo real e infranqueable para permitir la arbitrabilidad en temas de competencia económica.

B. Heterodoxia

6. La heterodoxia legal, en contraste, establece que ciertos temas en materia de competencia económica pueden ser arbitrables. A nivel internacional, un importante

precedente en este sentido fue la resolución del caso *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth Inc.* en el que la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos estableció que, si un contrato internacional entre privados contiene una cláusula arbitral lo suficientemente amplia, el principio de arbitrabilidad prevalece sobre la visión tradicional (ortodoxa) que los reclamos en materia de competencia son inarbitrables.

7. Si bien es cierto que el caso Mitsubishi tomó lugar en el ámbito de las relaciones contractuales internacionales, hoy se considera que el principio de arbitrabilidad en temas de Competencia económica que subyace en este caso no solo aplica a transacciones comerciales internacionales, sino también a relaciones contractuales entre agentes económicos nacionales.

8. La Comisión Europea, por su parte, ha establecido en el análisis del caso *Eco Swiss China Time Ltd. v. Benetton International NV* de 1999, que los tribunales de los países miembros podrían tener la facultad de anular la ejecución de un laudo si su contenido viola alguna de las prohibiciones establecidas en la fracción 1 del artículo 81 del Tratado de la Comunidad Europea, disposición que prohíbe los acuerdos y prácticas concertadas que afectan el comercio entre países miembros de la comunidad europea y que tengan por objeto o efecto la prevención, restricción o distorsión de la competencia dentro del mercado común. En otras palabras, la Comisión Europea ha establecido el principio que cualquier laudo arbitral está obligado a salvaguardar los principios de la política de competencia europea, lo que implica que los tribunales arbitrales pueden interpretar y decidir sobre aspectos de la normatividad en materia de competencia europea.

9. En otras jurisdicciones como Colombia, por citar otro ejemplo, el arbitraje ha representado la vía por excelencia para la aplicación privada del derecho de la competencia en ese país. Concluimos esta sección sosteniendo que la noción de que los temas de competencia económica son inarbitrables por ser de interés público es, a la luz de la evidencia internacional, objetable.

III. CAPACIDAD DE *ENFORCEMENT* DE LAS AUTORIDADES DE COMPETENCIA

10. Las actividades que desarrollan las autoridades de competencia económica en México y en el mundo están, invariablemente, sujetas a restricciones de recursos que limitan, en mayor o menor medida, su capacidad efectiva de *enforcement* de la política de competencia. Esta limitada capacidad de *enforcement* obliga a las autoridades de competencia a delimitar el “espacio” del interés público donde actúan. Esto implica que existe un “espacio” de interés público donde las autoridades de competencia nunca actúan y, por tanto, representa un espacio donde otros mecanismos de *enforcement* de la política de competencia, como el arbitraje, pueden ser de utilidad pública. Las siguientes tres subsecciones describen cómo, en la práctica, las autoridades de competencia delimitan su espacio público de actuación, abriendo un espacio para el *enforcement privado* de la política de competencia a través de mecanismos de arbitraje.

C. Concentraciones

11. El régimen de competencia mexicano no es distinto al resto de los sistemas de competencia del mundo en el sentido que restringe su “espacio” de actuación en la revisión de las concentraciones que ocurren en su economía. La Ley Federal de Competencia Económica

(LFCE) establece con claridad que solo ciertas concentraciones están obligadas a ser notificadas a la autoridad para su revisión correspondiente. El artículo 86 de la LFCE establece, por ejemplo, la obligatoriedad de notificar a la autoridad para su análisis y, en su caso, aprobación, las concentraciones que:

- a) *“...importen en el territorio nacional, directa o indirectamente, un monto superior al equivalente a dieciocho millones de veces el salario mínimo general diario vigente para el Distrito Federal”;*
- b) *“...impliquen la acumulación del treinta y cinco por ciento o más de los activos o acciones de un Agente Económico, cuyas ventas anuales originadas en el territorio nacional o activos en el territorio nacional importen más del equivalente a dieciocho millones de veces el salario mínimo general diario vigente para el Distrito Federal”;*
- c) *“...impliquen una acumulación en el territorio nacional de activos o capital social superior al equivalente a ocho millones cuatrocientas mil veces el salario mínimo general diario vigente para el Distrito Federal y en la concentración participen dos o más Agentes Económicos cuyas ventas anuales originadas en el territorio nacional o activos en el territorio nacional conjunta o separadamente, importen más de cuarenta y ocho millones de veces el salario mínimo general diario vigente para el Distrito Federal”.*

12. Haciendo uso de umbrales monetarios para la notificación obligatoria de concentraciones, el régimen de competencia mexicano determina, dentro del universo de concentraciones que ocurren en toda la economía, el subconjunto de operaciones que estarán sujetas a revisión. Las concentraciones que no se encuentran dentro de este subconjunto no están sujetas a escrutinio de la autoridad, pero eso no implica que estas operaciones no observen efectos anticompetitivos.

13. Se considera que, es precisamente en ese espacio de concentraciones no notificadas, donde hay un espacio importante para el *enforcement privado* de la política de competencia a través del arbitraje.

D. Efectos Coordinados (Prácticas Monopólicas Absolutas)

14. En materia de efectos coordinados (o prácticas monopólicas absolutas, como se conoce a este tipo de prácticas en el régimen de competencia mexicano) las autoridades de competencia también observan límites para llevar a cabo sus tareas de *enforcement* de la política de competencia. En este caso, el principal aspecto que limita la capacidad de la autoridad para desplegar un *enforcement* integral es, en principio, su reducida capacidad para identificar este tipo de prácticas de manera independiente y autónoma. Es de dominio público que el número de prácticas monopólicas absolutas identificadas como resultado de investigaciones independientes de la autoridad, es decir, sin mediar la colaboración o denuncia de un agente económico es particularmente bajo.

En el caso de México, el caso más importante de investigación independiente (investigación de oficio) de la autoridad de competencia que derivó efectivamente en una sanción por prácticas monopólicas absolutas fue el caso de venta de medicamentos al IMSS, iniciado en

2006. Este es uno de los pocos casos en los que la autoridad de competencia identificó y sancionó una práctica anticompetitiva de manera independiente.

15. En los hechos, el principal instrumento que las autoridades de competencia emplean para la detección de prácticas colusorias en los mercados son los programas de inmunidad o clemencia, en los que típicamente se otorgan incentivos, en la forma de penalizaciones reducidas escalonadas, a aquellos agentes económicos que colaboran con la autoridad para sustentar su investigación de efectos coordinados en mercados particulares. Los programas de clemencia permiten detectar ciertos tipos de cárteles, pero no todos. Por ejemplo, los agentes económicos que participan dentro de un cártel en su fase “terminal” tienen una alta probabilidad de ampararse a los beneficios de un programa de clemencia. Pero los agentes económicos que participan en cárteles que se encuentran en sus fases iniciales de desarrollo y crecimiento no tienen incentivos para buscar tal protección. El punto importante aquí es que el éxito del *enforcement* de la política de competencia en materia de acuerdos colusivos no está, en su mayor parte, bajo control de la autoridad, sino que depende de factores propiamente exógenos la tasa de adscripción a los programas de inmunidad.

16. Lo que resulta claro es que, dados los límites que tiene la autoridad de competencia para detectar cárteles, ya sea de manera autónoma e independiente haciendo uso, por ejemplo, de evidencia (económica) indirecta o a través del uso de programas de clemencia, se identifica un espacio donde la única vía para el *enforcement* de la política de competencia es a través de la vía privada, empleando mecanismos como el arbitraje.

E. Efectos Unilaterales (Prácticas Monopólicas Relativas)

17. Finalmente, es también claro que las autoridades de competencia observan límites en su capacidad de *enforcement* de la política de competencia en lo que respecta a la identificación, análisis y, en su caso, sanción de los abusos de poder de mercado. En el caso de denuncias ante la autoridad de competencia por abusos de poder de mercado, el límite a la capacidad de *enforcement* de la autoridad deriva precisamente de su dependencia de que estas denuncias se presenten. Si bien es cierto que, en algunas jurisdicciones, las autoridades de competencia desarrollan “investigaciones de mercado”, éstas típicamente están encaminadas a identificar barreras a la competencia, no tanto a identificar posiciones de dominio y a sancionar prácticas indebidas.

18. En materia de investigaciones de oficio, las autoridades de competencia están sujetas a restricciones presupuestales que limitan su capacidad de investigación. De manera que, dentro el universo de mercados no investigados, es presumible la existencia de prácticas unilaterales indebidas. Es precisamente en este último espacio donde la autoridad administrativa está imposibilitada para actuar, donde el arbitraje puede jugar un rol importante para llevar a cabo un *enforcement privado* de la política de competencia.

IV. ARBITRABILIDAD DE LA COMPETENCIA: DOCTRINA ECONÓMICA

F. Arbitrabilidad Coincidente

19. Denominamos como **arbitrabilidad coincidente** al escenario en el que el “espacio” del interés público sobre el cual se lleva a cabo el arbitraje en competencia y el “espacio” del interés público sobre el cual se lleva a cabo el ejercicio de las facultades de la autoridad de competencia, coinciden. En otras palabras, un escenario de arbitrabilidad coincidente ocurre

cuando la materia del arbitraje en competencia económica puede, en todo momento y circunstancia, ser revisado por la autoridad de competencia. En esta sección argumentamos que, en un contexto de arbitrabilidad coincidente, las principales objeciones que se han planteado para sustentar la no arbitrabilidad de los asuntos de competencia son más ficticios que reales.

20. Primero, en un arbitraje en materia de competencia económica no es necesario recurrir a información de terceras partes para resolver el tema en disputa y, por tanto, para emitir un laudo “óptimo”. El objetivo de un arbitraje en competencia no es sustituir a la autoridad administrativa en la materia institución que sí requiere definir, necesariamente, mercados relevantes, mercados relacionados, así como llevar a cabo un análisis integral y holístico de los efectos anti-competitivos y pro-competitivos que derivan de las prácticas observadas en los mercados. Por ejemplo, en un mercado donde se observa una “negativa de trato” intermitente entre una empresa dominante y otro agente económico, un tribunal arbitral no necesariamente requiere identificar un mercado relevante para fines de evaluación de la práctica, en virtud que los bienes/servicios denegados pueden ser claramente identificables para cada una de las partes, sean éstos parte de uno o varios mercados relevantes formalmente determinados. En el contexto de un arbitraje de competencia, lo importante es esclarecer si existen razones económicas/técnicas que justifiquen esta negativa de trato y analizar si existen causales para la determinación de reclamación de daños y perjuicios por parte de la empresa afectada por la práctica. En estricto sentido, no es materia del tribunal arbitral evaluar los daños y los efectos anticompetitivos generados en *todos* los mercados relevantes y mercados relacionados, sino simplemente determinar si existe alguna

racionalidad para determinar violaciones al contrato entre las partes y, en su caso, determinar los daños económicos que correspondan. Consideremos ahora un caso en el que dos partes tienen una disputa contractual en materia de competencia económica en circunstancias en las cuales una de las partes detenta claramente una posición de dominio.

En este caso en particular, el tribunal arbitral no tiene por qué determinar si una de las partes detenta poder de dominio en el *mercado* (es decir, poder sustancial en uno o varios mercados relevantes) sino simplemente determinar, para fines de elaborar el laudo, si una de las partes pudiese detentar una posición de dominio, por ejemplo, *contractual*. En conclusión, un tribunal arbitral está obligado a obtener toda la información necesaria de las partes para elaborar su laudo, incluyendo probablemente información del comportamiento de toda la industria o del mercado provista por las propias partes, pero eso no implica que esté obligado y que sea necesario usar toda la información que típicamente emplean las autoridades de competencia en sus análisis competitivos. Esto tampoco implica que, por esta razón, sus laudos en lo que concierne a su componente de competencia económica sean menos informados o de menor calidad para fines de resolver la disputa entre las partes.

21. Segundo, en un arbitraje en materia de competencia no se busca sustituir o reemplazar las facultades de la autoridad administrativa para conocer la materia de la disputa entre las partes y, en su caso, tomar la resolución que corresponda. El análisis del tribunal arbitral busca atender una problemática específica que, bajo ninguna circunstancia, debe contradecir la normatividad pública en materia de competencia, aunque habría que reconocer que, en casos específicos, la interpretación de la ley podría variar. Por otra parte, es importante reconocer que el marco analítico del cual parte un tribunal arbitral, por un lado, y la autoridad de

competencia, por el otro, son distintos. Mientras que la autoridad de competencia llevará a cabo su análisis competitivo desde una perspectiva holística e integral, el tribunal arbitral llevará a cabo su análisis competitivo dentro de las facultades otorgadas por la cláusula arbitral y desde una perspectiva micro-analítica. En este punto, resulta particularmente ilustrativo entender esta diferencia desde la perspectiva de la cuantificación de daños. La doctrina económica reconoce que la cuantificación de daños asociada a una práctica anticompetitiva (por ejemplo, la colusión en un mercado) puede ser muy distinta dependiendo del enfoque que se adopte para su determinación. Por ejemplo, bajo un estándar estricto de eficiencia económica, la cuantificación de daños es muy distinta a la cuantificación que se obtendría de emplear un estándar del excedente del consumidor. En principio, ninguna de estas cuantificaciones es errónea, simplemente parten de un marco analítico distinto que, por tanto, los lleva a calcular montos de daño igualmente distintos. De manera que los resultados obtenidos a través de un laudo y los resultados obtenidos a través de un análisis más integral de la problemática competitiva podrían diferir, pero no necesariamente contradecirse. Finalmente, y regresando al tema inicial, la posibilidad de mantener un marco que permita a la autoridad de competencia revisar *ex post* un laudo arbitral en competencia podría ser bastante informativo para el análisis que, desde una perspectiva más integral, podría llevar a cabo la autoridad administrativa en un segundo momento.

22. Tercero, en un arbitraje en materia de competencia la gran heterogeneidad de los regímenes de competencia existentes en el mundo, no tiene por qué representar un problema para el análisis y evaluación de la disputa. Un primer argumento es que la heterogeneidad de la normatividad de competencia aplicable dentro de un arbitraje no es distinta al “problema”

que, desde su nacimiento, el arbitraje internacional ha tenido en el sentido de emplear un derecho “exógeno” respecto a la nacionalidad de las partes. Como en el caso del arbitraje internacional, lo importante es que las partes hayan acordado, vía cláusula arbitral, la normatividad de competencia aplicable al contrato sobre el cual se sustenta su diferendo. Un segundo argumento es que el tema de la heterogeneidad de los regímenes de competencia a nivel mundial ciertamente es un problema de segundo orden en el caso de un arbitraje entre partes de la misma nacionalidad.

23. En conclusión, en un contexto de arbitrabilidad coincidente, el arbitraje en materia de competencia puede considerarse como la primera etapa dentro de un proceso más amplio de análisis privado/público de una problemática en materia de competencia. En esta primera etapa, los privados, a través de la figura legal del arbitraje, llevan a cabo una primera aproximación a una problemática de competencia que les preocupa y les concierne. En esta primera etapa, sin duda, las partes están conscientes que su aproximación a la problemática competitiva es probablemente parcial, en el sentido que solo busca resolver el diferendo en cuestión considerando las inquietudes planteadas por las partes y admitiendo que, en algunos casos, la problemática analizada podría tener afectaciones sobre terceros que no forman parte del arbitraje. En la segunda etapa, la autoridad de competencia puede ejercer a discreción sus atribuciones legales para revisar tanto el contenido y alcance del laudo, como la problemática competitiva analizada desde una perspectiva holística. Consideramos que el laudo arbitral podría ser incluso útil para el análisis que llevará a cabo la autoridad de competencia, en el sentido que provee un primer análisis a temas centrales de un problema de competencia en

los mercados. Desde esta perspectiva, el arbitraje y la política de competencia son concebidos como instrumentos analíticos complementarios, no sustitutos.

G. Arbitrabilidad No Coincidente

24. En contraste, la **arbitrabilidad no coincidente** ocurre cuando el “espacio” del interés público sobre el cual se lleva a cabo el arbitraje en materia de competencia y el “espacio” del interés público sobre el cual se lleva a cabo el ejercicio de las facultades de la autoridad de competencia no coinciden. Es decir, un escenario de arbitrabilidad no coincidente ocurre cuando la materia del arbitraje en competencia no es revisada *de facto* por la autoridad de competencia. ¿En qué circunstancias una autoridad de competencia podría no revisar, en los hechos, problemáticas competitivas que conciernen a las partes? A continuación, se ilustran algunas posibilidades.

25. Un primer escenario ocurre en materia de concentraciones. Como se discutió anteriormente, las autoridades de competencia típicamente establecen umbrales monetarios para identificar las concentraciones que estarán sujetas a su revisión y análisis. Todas las concentraciones que se encuentren por debajo del umbral establecido no son notificables y, por tanto, no son revisadas por la autoridad. En los hechos, las autoridades de competencia determinan estos umbrales para concentrar sus esfuerzos de análisis y revisión exclusivamente en concentraciones de alto impacto en la economía. De manera que el establecimiento de umbrales para la notificación de concentraciones define, en los hechos, el “espacio” del interés público sobre el cual la autoridad ejercerá sus funciones de supervisión en la materia. Concentraciones que no requieren ser notificadas a la autoridad se encuentran, por definición, fuera del espacio de interés público de intervención de la autoridad.

26. Ahora bien, consideremos un caso donde una concentración no notificable es llevada a cabo, pero genera efectos anticompetitivos sobre un tercero que tiene relaciones comerciales con las partes concentradas. En principio, la autoridad de competencia no evalúa los efectos anticompetitivos de la transacción porque ésta se encuentra fuera de su espacio de interés. En este escenario, el tercero afectado puede vislumbrar dos posibles canales de acción. En primer lugar, podría recurrir a la autoridad de competencia para que ésta revise una concentración no notificable. En el caso de México, por ejemplo, la base de esta petición sería la propia ley de competencia que establece que:

“tampoco podrán ser investigadas las concentraciones que no requieran ser previamente notificadas a la Comisión, una vez transcurrido un año de su realización”

Por construcción del argumento, a pesar de la facultad que podría tener la autoridad para revisar esta concentración antes de un año posterior a su cierre, la autoridad no revisaría esta operación. Esto nos conduce al segundo canal de acción de la parte afectada: el arbitraje. En este segundo escenario, la parte afectada podría hacer uso de un arbitraje para, al menos, demandar los daños y perjuicios generados como consecuencia del cierre de la operación. De manera más importante, la instrumentación de un arbitraje en este segundo escenario generaría un efecto pro-competitivo neto en un mercado cuyas condiciones de competencia no pueden ser resguardadas, por construcción, por la autoridad de competencia.

27. Un segundo caso podría generarse en el caso de prácticas monopólicas para fines ilustrativos, consideremos el caso de una práctica monopólica relativa. Asumamos un escenario inicial en el que un agente económico verticalmente integrado controla el acceso a un insumo esencial en una industria. Este insumo esencial es provisto tanto a una empresa afiliada como a un competidor, ambos compitiendo entre sí en un segmento *downstream*. La práctica anticompetitiva que consideraremos en este caso es el acceso discriminatorio a este insumo esencial. Consideremos un escenario donde, en ausencia de denuncia, la autoridad de competencia no investiga el mercado esto es, en ausencia de denuncia, el espacio del interés público sobre el cual puede intervenir la autoridad no coincide con el espacio del interés público dentro del cual tomará lugar el arbitraje. Asumamos que el efecto desplazamiento en el mercado (que deriva del acceso discriminatorio al insumo esencial) es sometido a un proceso de arbitraje entre las partes. En este caso en particular, el tribunal arbitral debe determinar, en principio, si este efecto desplazamiento existe y, en su caso, determinar su cuantía. ¿Qué incentivos tendría la empresa verticalmente integrada para someterse a este tipo de arbitraje? Una posible razón es que, en ausencia de un proceso de arbitraje, la disputa podría terminar siendo denunciada ante la autoridad de competencia, con todas sus implicaciones económicas y jurídicas. En este caso, al agente verticalmente integrado podría encontrar óptimo someterse a un proceso de arbitraje, con el objeto de evitar la denuncia y sus posibles consecuencias. En este caso, el arbitraje permite arbitrar un asunto de competencia económica dentro de un espacio en el que la autoridad, en principio, podría no poder intervenir. Así, el arbitraje resuelve la disputa y, en caso que haya existido

efectivamente una práctica anticompetitiva, resarce el daño económico que posiblemente haya existido durante el tiempo que estuvo vigente la práctica indebida.

V. ARBITRAJE Y REPARACIÓN DE DAÑOS EN COMPETENCIA

28. Una ventaja adicional de recurrir a un proceso de arbitraje en materia de competencia es que, en caso que se haya infringido algún daño a alguna de las partes, el laudo arbitral puede contener los montos de compensación que procedan, por lo que la reclamación de daños y perjuicios generados por una práctica anticompetitiva podría ser inmediata y, en principio, no tendría que estar supeditada al lento proceso de reclamación de daños previsto actualmente en la LFCE de México que, en la actualidad, establece lo siguiente:

“Aquellas personas que hayan sufrido daños o perjuicios a causa de una práctica monopólica o una concentración ilícita podrán interponer las acciones judiciales en defensa de sus derechos ante los tribunales especializados en materia de competencia económica, radiodifusión y telecomunicaciones hasta que la resolución de la Comisión haya quedado firme. El plazo de prescripción para reclamar el pago de daños y perjuicios se interrumpirá con el acuerdo de inicio de investigación. Con la resolución definitiva que se dicte en el procedimiento seguido en forma de juicio se tendrá por acreditada la ilicitud en el obrar del Agente Económico de que se trate para efectos de la acción indemnizatoria”.

29. Como puede observarse, en la actualidad, el proceso de reclamación de daños por prácticas anticompetitivas en México está sujeta a la existencia previa de una resolución

definitiva por parte de la autoridad de competencia, lo que en parte explica el reducido número de casos de reclamación de daños que, a la fecha, se han promovido en nuestro país. En contraste, en el caso de un arbitraje, la reclamación de daños podría ocurrir de manera expedita y directa. En un contexto como el mexicano donde los recursos para la reclamación de daños y perjuicios por prácticas anticompetitivas han sido verdaderamente pobres, valdría la pena considerar al arbitraje como un instrumento más idóneo para materializar el *enforcement privado* del régimen de competencia en México.

30. Además, y en la medida que la práctica anticompetitiva se corrija como resultado del arbitraje, el agente económico infractor estaría obligado a liquidar, exclusivamente, los daños y perjuicios infringidos a otros agentes económicos, evitando así el posible pago de multas económicas impuestas por la autoridad de competencia en caso que este diferendo hubiese derivado en una denuncia formal.

31. Finalmente, un tema importante a discernir es la existencia o no de una cláusula arbitral entre las partes que arbitran un tema de competencia. Un primer escenario ocurre cuando las transacciones comerciales entre las partes involucradas toman lugar dentro del marco de un contrato. Por ejemplo, en el caso del acceso a un insumo esencial controlado por una empresa verticalmente integrada, es bastante probable que los términos y condiciones de acceso se encuentren enmarcadas dentro de un contrato. En este contexto, la cláusula arbitral podría proveer una habilitación limitada a los árbitros para que estos apliquen el derecho de la competencia en lo concerniente a las controversias contractuales, exclusivamente, es decir, en temas como la validez de ciertas cláusulas del contrato relacionadas con temas de

competencia o respecto a la licitud de las conductas de la partes en lo que corresponde a la celebración, ejecución o terminación del contrato. Desde esta perspectiva, la cláusula arbitral se limitaría a otorgar facultades para resolver temas específicos del contrato, sin generar facultades para resolver otro tipo de controversias de carácter extracontractual.

32. Un segundo escenario ocurre cuando las transacciones comerciales entre las partes involucradas no tienen un contrato entre sí. En este caso, la cláusula arbitral tendría que ser determinada y acordada después del surgimiento de la controversia, por lo que la habilitación de facultades al árbitro podría ser carácter específico en lo concerniente a la materia de competencia a evaluar.

V. CONCLUSIONES

33. La arbitrabilidad de la competencia económica no debe concebirse como un mecanismo para la suplantación de las facultades legales de las autoridades de competencia. Las autoridades de competencia deben preservar intactas, en todo momento y circunstancia, sus facultades más amplias para intervenir en los mercados para sancionar prácticas que atenten contra la libre competencia y la libre concurrencia en los mercados. En el ámbito de lo que denominados arbitrabilidad coincidente, el arbitraje en competencia debe concebirse como una primera aproximación para atender un problema competitivo sobre el cual la autoridad de competencia siempre podrá pronunciarse. En el contexto de arbitrabilidad no coincidente, el arbitraje en competencia se erige como un instrumento insustituible para el *enforcement* de la competencia económica en los mercados, en un espacio donde las autoridades de competencia no intervienen. En aquellos espacios donde la política de competencia tiene

alcance limitado, el arbitraje representa la única opción y vía para fomentar la competencia en los mercados.

34. Finalmente, se considera que el uso del arbitraje en materia de competencia puede representar una vía más directa y expedita para la reclamación de daños y perjuicios derivados de prácticas anticompetitivas en México.

CLIMATE CHANGE DISPUTE RESOLUTION AND THE ROLE OF ARBITRATION



**Por: Lic. Aline Ramos Poelaert
Abogada en Von Wobeser y Sierra, S.C.**

ABSTRACT:

The effects of climate change are dangerously escalating. High temperatures, warming oceans, sea level rising, animal extinctions: these are only some of the consequences of our modern civilization. Weak climate commitments by governments and companies are putting the entire population at risk. Climate change is not just a political or social issue anymore; it must be addressed by courts and tribunals, so as to hold these governments and companies legally accountable for their actions. The implementation of effective and sufficient dispute resolution mechanisms is thus, vital for our survival.

I. INTRODUCTION

In a decision issued on June 2018, the United States District Court for the Northern District of California granted a motion in favor of five major oil companies seeking dismissal of the claims brought by the cities of San Francisco and Oakland. The Plaintiffs claimed that the Defendants manufacture and sell products that when combusted create a public nuisance,

and alleged that these companies have known the global dangers of these products for decades, yet they have hidden this information to the public.

In its ruling **(1)**, the U.S. federal judge accepted “the science behind global warming” as well as the reality of the dangers raised by the Claimants. However, he then stated that this problem “deserves a solution on a more vast scale than [the one that] can be supplied by a district judge or jury in a public nuisance case”, and that the problem deserved a solution best addressed by other branches of government, *i.e.* the executive and legislative branches.

I disagree. The judicial branch is without a doubt a crucial weapon against climate change. The three branches of government have to work together, within the sphere of their power, to stop the greatest menace that our generation faces. The judiciary has an unparalleled power to change the *status quo*. Historically, courts have been the ones that with a single ruling have been able to reshape the way that we live in under the rule of law. In the United States alone, courts have been the fundamental factor of change on issues of paramount importance such as racial and gender equality. See for example, *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954), *Reed v. Reed* 404 U.S. 71 (1971), *Roe v. Wade*, 419 U.S. 113 (1973), *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. (2015).

Climate change disputes cannot be the exception. A single court ruling can prevent considerable and irreparable damages to the environment, as even the smallest actions can have great consequences.

For instance, in *Urgenda Foundation v. State of the Netherlands*, the Urgenda Foundation, a Dutch environmental group, along with 900 Dutch citizens, sued the Dutch government to compel the state to reduce its greenhouse gas emissions and comply with its constitutionally

imposed duty of care. In a praiseworthy 2005 decision, the Hague District Court concluded that due to the severity of the consequences of climate change and the great risk of hazardous climate change occurring, the State had a duty of care to take mitigation measures . The Court then ordered the State of Netherlands to limit the volume of Dutch annual greenhouse gas emissions, or have them limited, so that this volume is reduced by at least 25% at the end of 2020.

In a particularly interesting section of its decision, the Court briefly analyzed the Dutch system of separation of powers, to answer the question on whether an order for the State to limit greenhouse gas emissions further than it had currently planned would constitute an interference with the distribution of powers in a democratic system. First, The Hague Court pointed out that the distribution of powers was intended to establish a balance between the legislature, the executive and the judiciary powers. The Court emphasized that the distribution of powers does not mean one power has primacy over the others, but that each power has its own tasks and responsibilities. The responsibility of the judiciary power is to “provide legal protection and [settle] legal disputes, which it *must* do if requested to do so”. The Court then stated that “an essential feature of the rule of law [is] that the actions of (independent, democratic, legitimized and controlled) political bodies, such as the government and parliament can – and sometimes must – be assessed by an independent court”.

This decision is merely an example of the outstanding influence of the judicial branch in addressing overwhelming problems such as climate change. This type of precedent will – hopefully – reshape the way other courts and tribunals have resolved environmental related claims in the past.

II. CLIMATE CHANGE LITIGATION

Given the urgency and increased risks of climate change, climate action has become the focal point of both the national and international political agenda. Over the last decade, countries have incremented the number of climate change and environmental related laws and regulations. It should come as no surprise that over the past few years both the number of environmental disputes as well as the number of countries where these disputes have been filed have increased significantly.

Nevertheless, several questions arise when discussing climate change litigation. As pointed out by the United Nations Environment Program Report on the Status of Climate Change Litigation:

“As an initial matter, courts and advocates may encounter questions of justiciability, including questions of standing and separation of powers principles. Once a court reaches the merits of justiciable claims, there are a broad range of potential sources of legal rights and obligations, including international law, constitutional law, common law, statutory or legislative law, and national policy. Finally, courts that find a valid legal basis for a claim and a violation of the law must still address the question of remedy.”

Another important question surrounding environmental disputes is the transboundary nature of climate change. As a result, international law plays a fundamental role in this type of disputes. However, one of the greatest challenges of international law is the implementation of binding mechanisms.

To this day, states have not responded positively to the implementation of mechanisms regarding climate change disputes, and decades of negotiations shows that international political action is too slow to combat the accelerated effects of climate change.

The most important result of international negotiations related to climate change so far is the Paris Agreement. But despite its unprecedented achievement of providing a broad set of commitments from the vast majority of the international community, it does not have an effective enforcement mechanism that allow to hold states accountable for their actions and omissions. This is particularly unsettling considering most States have made little to no progress in the implementation of their commitments and are not on track for meeting the Agreement's deadlines.

As previously discussed, courts are beginning to recognize the individuals' standing to sue their government or companies for not taking enough measures to mitigate the effects of climate change (See *Urgenda Foundation v. State of Netherlands*; *Leghari v. Republic of Pakistan*; *Thomson v. Minister for Climate Change Issues* and *Mass v. EPA*). The Paris Agreement's "makes it possible for litigants to place the actions of their governments or private entities into an international climate change policy context"

Nevertheless, enforcement mechanisms on an international level remains as one of the many unanswered questions of international environmental agreements. Hopefully, the general

attitude and concern of States will drastically shift as the effects of climate change aggressively increase and environmental disputes multiply even faster. In the near future, the need for the implementation of enforcement mechanisms could potentially become an essential requirement of all environmental international treaties.

One of the questions that remains is to what authority will sovereign nations be willing to entrust the power to oversee their actions and, potentially, rule against them. The purpose of this article is thus to analyze the benefits and risks of the use of arbitration as a binding dispute mechanism concerning environmental disputes, particularly when climate change disputes is at issue.

III. CLIMATE CHANGE ARBITRATION

Arbitral awards are no exception to the positive impact of environmental related court rulings. The fact that arbitral tribunals can discuss issues of human rights and environmental law has been extensively discussed in many articles. These issues can take the form of inter-state, investor-state and even commercial disputes.

The first benefit of climate change arbitration is that it provides a neutral and independent forum, immune to domestic political pressure. This benefit comes in handy if we take into consideration that many environmental issues are transnational. A losing party would probably be more likely to accept and observe a neutral decision issued by an international arbitral panel than a decision issued by a court from a different jurisdiction. And even in the case of non-observance, the New York Convention and the ICSID rules provide for a highly effective system of recognition and enforcement of arbitral awards.

Another important advantage of arbitration is its accessibility to all types of parties (states, NGO's, companies and individuals), as opposed to other international judicial mechanisms, such as the International Court of Justice contentious proceedings which can only be initiated by states members of the United Nations and states parties to the Statute of the Court.

The third benefit of arbitration is its flexibility, as the parties can shape and mold the rules governing both the proceeding and the applicable laws according to their particular needs and the specificities of the case.

Additionally, the issues surrounding climate change are complex issues. The disputes arising on this matter can sometimes include highly technical knowledge. Not to mention the fact that these issues are in constant evolution, with new information and studies emerging every day. Like any other highly technical dispute, environmental disputes are more effectively resolved by experts in the field. It is noteworthy that the Permanent Court of Arbitration Optional Rules for Arbitration of Disputes Relating to the Environment and/or Natural Resources (adopted in 2001) provided for the establishment of a specialized list of arbitrators as well as a list of scientific and technical experts who may be appointed as expert witnesses.

All of this being said, there are still some issues that must be considered when it comes to implementing arbitration as a binding mechanism regarding environmental disputes.

The first and most difficult issue to address is the voluntary nature of arbitration. This means that the parties must consent to submit their disputes to arbitration, since the arbitration agreement is the foundation of almost every international arbitration. Article 14 of the United Nations Framework Convention on Climate Change ("**UNFCCC**") (applicable *mutatis mutandi*

to the Paris Agreement) provides for the settlement of any dispute between State parties through negotiation “or other peaceful means of their own choice”. However, when it comes to arbitration, State parties to the UNFCCC must expressly declare in a written instrument their recognition of arbitration as compulsory. To this day, only the Netherlands, Tuvalu and the Solomon Islands have issued such recognition. In order for arbitration to be an *effective* tool to combat climate change, more countries need to implement this mechanism.

The second issue involves the type of relief that parties to a climate change or environment related arbitration – generally – seek, and the power of arbitral tribunals to grant such relief. In environmental disputes, a party will often seek non-monetary or injunctive relief, declaratory orders, or even punitive or treble damages. In principle, arbitral tribunals have the power to grant any type of relief, if the parties to the arbitration entrust the tribunal with such power. Under the New York Convention, there can be any type of relief, but at the end of the day, it is unlikely that a national court will recognize injunctive relief or punitive or treble damages, if such relief is against its country’s public policy. On the other hand, the ICSID Convention provides the obligation of contracting states to recognize awards rendered pursuant to the Convention as binding. However, the obligation of the states to enforce such awards is limited solely to pecuniary obligations imposed by that award. It does not extend to any other relief granted in the award, such as non-monetary relief.

Despite several efforts to adopt transparency measures, particularly when it comes to interstate or investor state disputes (See, United Nations Convention on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration, which entered into force on October 2017), another potential risk of arbitration is confidentiality. This characteristic may be perceived as a benefit

at first hand, but in the particular case of environmental disputes, transparency must be considered as a fundamental condition of arbitral procedures, in light of the immense public interest behind every environment or climate change related decision.

Lastly, although this may not always be a general rule, arbitration tends to be more costly than other dispute resolution mechanisms, which may impede certain claimants to pursue this mechanism.

IV. CONCLUSION

Climate change is a reality that can no longer be ignored. It is threatening global peace, international security, and territorial sovereignty. Non-enforceable and non-punitive environmental agreements, although entered into in good faith by countries, are not enough to tackle this troubling phenomenon.

While some issues still require close attention, the benefits of environmental and climate change arbitration largely outweigh its weaknesses. Of course, some disputes will remain better addressed by national courts. What is imperative is for States to implement effective mechanisms to enforce their commitments and apply compelling and effective sanctions in the case of non-compliance.

“[S]ome global problems may simply be unsolvable. This is a depressing conclusion, but is consistent with all we know of human history.” This is one of the conclusions of Goldsmith and Posner’s book on the limits of international law. As daunting as this statement may be if

applied to the discussion of climate change, we must still find hope in international action. I agree with Posner. Human history shows us that some problems are unsolvable. The problem with climate change is that if we do not solve it, it will be the last problem in human history.

BIBLIOGRAPHY

- (1) [City of Oakland and the People of the State of California v. BP P.L.C, et.al, Case 3:17-cv-06012-WHA, United States District Court for the Northern District of California, June 25 2018, Order Granting Motion to Dismiss Amended Complaints. Available at:
https://www.eenews.net/assets/2018/06/26/document_cw_02.pdf.](#)
- (2) *Urgenda Foundation v. State of the Netherlands (Ministry of Infrastructure and the Environment)*, Case C/09/456689, The Hague District Court, Judgment of 24 June 2015,
¶4.83. [https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:RBDHA:2015:7196
&keyword=urgenda.](#)
- (3) *Id.*, 4.94.
- (4) *Id.* 4.95.
- (5) United Nations Environment Programme, *The Status of Climate Change Litigation, A Global Review*, May 2017, p. 6. [https://www.unenvironment.org/resources/publication/status-climate-change-litigation-global-review.](#)
- (6) *Id.* p. 11.
- (7) *Id.* p. 27.
- (8) [https://climateactiontracker.org/](#)
- (9) United Nations Environment Programme, *Op. Cit.*, p. 9.

- (10) [Panels of Arbitrators and Experts for Environmental Disputes](https://pca-cpa.org/en/about/structure/panels-of-arbitrators-and-experts-for-environmental-disputes/), available at: <https://pca-cpa.org/en/about/structure/panels-of-arbitrators-and-experts-for-environmental-disputes/>
- (11) Gary B. Born, [*International Commercial Arbitration*, Second Edition \(Kluwer Law International, 2014\)](#), p. 226.
- (12) [Declarations Status of Ratification of the Convention](#), available at: <https://unfccc.int/process/the-convention/status-of-ratification>
- (13) [Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States](#), Article 54.
- (14) Jack L. Goldsmith and Eric A. Posner, *The Limits of International Law*, (Oxford, 2005), 225-226 pp.

LOS DISPUTE BOARD EN OBRAS Y PROYECTOS DE INFRAESTRUCTURA



Por: Ing. Marco Giuliani

***Trabajo final de acreditación del Diplomado de Arbitraje
ICC México - Escuela Libre de Derecho**

Introducción

El arbitraje comercial, tanto nacional como internacional, se ha convertido en una herramienta casi obligatoria para resolver todos tipos de disputas tanto en los contratos comerciales como en los contratos de obra, infraestructura y construcción.

Las razones de esta difusión del arbitraje son, entre muchas otras, la eficiencia y eficacia, la confidencialidad, la especialidad y la disponibilidad de quien resuelve, la flexibilidad, independencia y ejecutabilidad del laudo. Todas estas características atienden adecuadamente las necesidades reales de las partes involucradas, o sea, los intereses económicos de los operadores del sector.

En los últimos 25 años junto con el arbitraje se ha difundido cada día más otro instrumento más específico para resolver las controversias derivadas de contratos de obra, de

infraestructura o de construcción: el Dispute Board, denominado en adelante DB. Algunos autores, lo denominan mecanismo pre arbitral, ello porque es una vía previa al proceso arbitral.

La razón en que se funda la difusión de los DB, así como es para el arbitraje, es la capacidad de satisfacer las reales necesidades que son específicas de este sector de la economía que se dedica al desarrollo de proyectos complejos con características de incertidumbre elevadas.

El objetivo de este trabajo es tratar con la realidad problemática de los proyectos, o sea, determinar cuáles son las necesidades y las prioridades específicas del sector, para poder evidenciar cuales son las razones y las ventajas de la difusión del Dispute Board en los contratos de construcción de proyectos complejos.

Se abordará el tema de los participantes en la realización de un proyecto complejo y se analizará cómo ellos actúan en el ambiente y en el ciclo de vida del proyecto, cómo se originan las disputas. Igualmente se tratará sobre las ventajas que conlleva someter las disputas a las determinaciones de los DB.

En el capítulo 2 se definirá qué es un DB, el marco teórico en el reglamento de la Cámara de Comercio Internacional y los diferentes tipos de DB reconocidos por dicha institución.

Finalmente, el capítulo 3 se enfocará en un análisis cuantitativo de los beneficios de la inclusión de un mecanismo de DB en un contrato.

Capítulo 1: Los Proyectos

El sector de la construcción de grandes obras, como son las plantas eléctricas, autopistas, aeropuertos, puentes y todo tipo de infraestructuras civiles, es un ámbito competitivo y complejo, en el que se interrelacionan varias especialidades de la ingeniería y otras ramas profesionales. Asimismo, se celebran contratos internacionales de importante cuantía que se desarrollan en una interacción continua de mediano y largo plazo entre las partes.

Este mercado es un mercado estructurado en proyectos, donde cada proyecto es único. El proyecto reúne una cantidad enorme de recursos que incluyen financiamientos, materiales, maquinarias, equipos. Desde que empieza la realización del proyecto y hasta su conclusión, todos los recursos tienen un impacto de costo directo e inmediato, independientemente si dichos recursos no se estén utilizando. Igualmente, el cliente final de la obra cuenta con empezar a ganar dinero a partir desde la fecha programada de entrega. Se podría decir que aún más en la realización de los proyectos complejos el tiempo sí es dinero y este dinero se puede cuantificar.

En cada proyecto existen varios grupos de stakeholders como el cliente (privado u entidad pública), la dirección de obra, el main contractor, los subcontratistas, los proveedores, las instituciones financieras, los representantes legales y muchos más. Todos aportan su contribución para la realización de la obra, desde la fase de desarrollo y programación, hasta la entrega final y/o la operación comercial pero también cada uno puede ejercer su influencia en el desarrollo del proyecto. Un problema de unas de las partes puede fácilmente ampliarse involucrando a todos los demás participantes, afectando el resultado del proyecto y generando

disputas complejas. La complejidad de los proyectos se refleja en la complejidad de las posibles disputas.

Para ejecutar los proyectos en forma eficiente y efectiva son necesarios conocimiento, habilidades y técnicas específicas de dirección de proyectos (project management). Es común que de los participantes en un proyecto cada uno por su parte tenga su propio project manager que lidera los recursos que la organización dedica a la realización del proyecto. Así, por ejemplo, existirá un project manager del cliente que tiene como interlocutor al project manager del contratista.

El alcance del trabajo del project manager es gestionar tiempos y costos de su actividad y tomar decisiones rápidas y eficientes necesarias para lograr las metas. En la dirección de proyecto las decisiones se fundan en un análisis de costos contra beneficios.

El ciclo de vida del proyecto (Project lifecycle)

Cada proyecto es una situación temporánea que tiene un inicio y un fin bien definidos, así como son definidos los recursos. No es una operación de rutina, más bien un conjunto de actividades definidas que son necesarias para lograr un objetivo específico.

Se pueden identificar fases distintas y peculiares en el desarrollo del proyecto en donde cada stakeholder tiene un rol distinto, diferente poder de negociación y diferente fuerza para influenciar el resultado del proyecto.

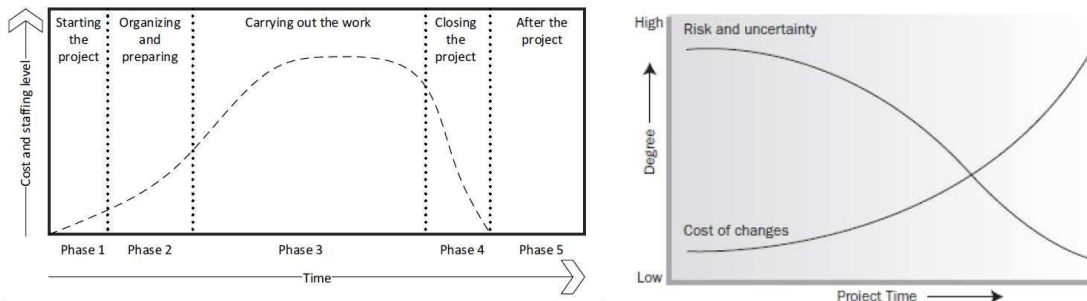


Figure 1 – Distribución típica de los recursos, los costos y el riesgo a lo largo de la vida de un proyecto (adaptación desde el PMBOK Guide – Fourth edition).

Resulta evidente que al principio, y en la fase de organización del proyecto, los financiadores y el cliente tienen un poder negociador mayor porque tienen más alternativas para ejecutar cada singular actividad del proyecto. En un caso extremo, podrían decidir abandonar el proyecto y desistir.

A lo largo del proyecto, cuando se están ejecutando los trabajos y la mayoría de los recursos están involucrados (fase 3) y no se puede desistir sin tener pérdidas casi totales respecto al CAPEX², los contratistas y proveedores son más fuertes porque tienen el poder de influenciar y generar costos adicionales (overruns) en todas las demás partes involucradas. Asimismo, el costo de los cambios que era relativamente bajo al principio, en esta fase es elevado. El cliente tiene menos alternativas y normalmente no hay posibilidad de substituir un contratista o proveedor sin generar una perturbación en el proyecto y en el camino crítico, o sea, sin generar costos adicionales y retrasos que pueden conllevar pérdidas de producción de la infraestructura y penalidades por parte de los stakeholders.

En esta fase el peligro mayor es la paralización de la obra y sus actividades.

Al cierre del proyecto el equilibrio cambia otra vez: la incertidumbre es mínima y la posibilidad de influenciar el éxito del proyecto por parte de una de las partes disminuye. El cliente ha recuperado su poder negociador.

El desacuerdo y la disputa - algunas dinámicas

De la realización de proyectos internacionales de construcción, ya sean de ingeniería civil o de plantas industriales, se derivan, especialmente durante su ejecución, un considerable número de desacuerdos.

Las razones de esta especial exposición al surgimiento de desacuerdos están en sus propias características, sobre todo en su larga duración, en la indeterminación de su objeto en el momento de concluir el contrato y en el gran número de entidades que intervienen en su ejecución. Este entramado de relaciones y situaciones, pese a los esfuerzos de coordinación, favorece la aparición de desavenencias.

Por las mismas razones el éxito de los proyectos es vulnerable a la insurgencia de disputas y litigios especialmente en una fase del lifecycle: la ejecución.

Muchas investigaciones han identificado las causas raíces más comunes de los desacuerdos entre las partes, entre ellos: cambios de alcance, problemas contractuales, retrasos y

ampliación de plazo, condiciones y acceso al sitio, informaciones y comunicaciones, pagos, calidad y performance, negligencias, factores externos³.

Es evidente que en el mercado de la realización de proyectos complejos “los desacuerdos son inevitables, pero no es lo mismo para las disputas”.

Se podría decir que en este mercado los desacuerdos son fisiológicos, mientras que las disputas y los litigios son la patología del sistema.

Afortunadamente, en los contratos de construcción los Project Managers logran gestionar la mayoría de los desacuerdos de forma efectiva con una negociación entre las partes que se basan en un análisis de costos contra beneficios y que determina la mejor solución posible.

Por definición, la mejor solución posible no afecta el éxito del proyecto. Si todas las controversias tuviesen que someterse a los tribunales comunes y procesos ordinarios, o bien, al arbitraje, demorarían tanto la obra que en muchos casos los proyectos conllevarían a la quiebra de la constructora o de los subcontratistas o a que los proyectos queden inconclusos.

Existen factores distintos, desde las causas de los desacuerdos, que afectan la gestión y facilitan el desarrollo de las disputas afectando el proyecto. Estos factores impiden el desarrollo de una relación comercial colaborativa entre los stakeholders y favorecen su transformación en una relación conflictiva entre partes adversas.

También estos factores han sido investigados y todos tienen un impacto directo en las motivaciones de los involucrados en el proceso cambiando sus actitudes y sus conductas.

Entre otros se destacan:

Licitaciones irrealistas: Las licitaciones competitivas empujan a los contratistas a ofertar precios bajos, hasta al límite de sus costos, esperando asegurar su ganancia durante la ejecución de las actividades por medio de los órdenes de cambio y reclamaciones. La licitación se desarrolla en la primera fase del ciclo de vida del proyecto, cuando el cliente ejerce de forma brutal su poder de negociación, mientras que el contratista/proveedor espera los cambios en la fase de ejecución para disfrutar de su momento de mayor poder de negociación.

Asimismo, a veces en esta fase, los clientes imponen contratos desequilibrados que intentan preservar las expectativas irrealistas.

Intervención anticipada de los abogados: El momento y la medida en que los abogados se involucran en caso de desacuerdos, debería ser una decisión estratégica evaluada por el project manager en el momento en que la colaboración y la relación comercial son demasiado perjudicadas y el conflicto es inevitable, así como las afectaciones mayores al proyecto. A veces esta decisión es vinculada a procedimientos estrictos de las organizaciones de pertenencia que obligan la intervención inmediata de los legales en caso de desacuerdo. Esto pasa más a menudo en las organizaciones distintas de las constructoras especializadas. Los abogados se reportan al management de la organización y tienen la responsabilidad de evaluar la fuerza del caso y direccionar el proceso de forma que las evidencias, los documentos y otros no perjudiquen un probable juicio u arbitraje. Asimismo, aquel project

manager que debe tomar decisiones según el balance costo - beneficio y garantizar el éxito del proyecto, pierde poder en el asunto en disputa.

Expectativas irrealistas: Los clientes cada día más quieren que los proyectos se realicen en menos tiempo y menor costo. Asimismo, una de las expectativas más comunes de los financiadores, clientes y diseñadores es terminar el proyecto sin tener reclamación alguna. Es evidente que las personas involucradas en la gestión para consentir su propia dirección, intentarán no reconocer la legitimidad de las pretensiones de los contratistas originada en el desarrollo natural del proyecto. Otra expectativa irrealista de los clientes es que el contratista y los subcontratistas asuman el cargo de todos los riesgos, inclusive los riesgos propios del desarrollo del proyecto, que por su naturaleza deben ser asumidos por la comitente

Disposiciones contractuales: los contratos deben de ser estructurados para ser equilibrados (fair), integrando mecanismos que, en caso de cambios y reclamaciones, permitan aclarar las circunstancias y lograr una solución aceptable para las partes, más que atrincherarse defendiendo posiciones adversas. Pasa a veces que los project manager, después de investigar las circunstancias y de identificar el arreglo que garantiza el menor impacto para el proyecto, las partes no puedan implementar dicho arreglo porque es contrario al contrato. Ése el caso de los contratos desequilibrados que asignan los riesgos y la carga de la incertidud a los contratistas y subcontratistas. El project manager no puede utilizar el dinero del proyecto para conciliar las pretensiones de un contratista si esto va en contra de lo establecido en contrato. Asimismo, independientemente de la claridad de la obligación contractual, losl

contratistas pequeños no pueden asumir dichos costos si eso los lleva a la quiebra. El conflicto es inevitable.

Comportamiento oportunista y moral hazard: en el curso de la realización del proyecto lo más común es que los participantes tengan información asimétrica. Este tema afecta mucho la correcta gestión de las órdenes de cambio. A diferencia de la fase de licitación, donde el cliente puede comparar ofertas económicas entre contratistas distintos, en la circunstancia de solicitar un cambio en fase de construcción no se tiene referencia del valor económico del alcance del cambio. Solo el contratista tiene conocimiento si el precio que está ofreciendo es en línea con el mercado y proporcional al valor efectivo de la actividad y, además, el contratista sabe que el cliente no tiene alternativas; su poder de negociación le permite ofertar más caro de lo normal y además mantener una postura rígida en la definición del precio.

Las reflexiones anteriores nos permiten entender la génesis de algunos casos recurrentes y aparentemente inexplicables de disputas que ponen en peligro los proyectos como el siguiente:

El cliente solicita un cambio menor a un contratista y el contratista solicita un precio exagerado, mucho más alto del precio de mercado, y asumiendo una posición rígida en la negociación. El contratista amenaza con el hecho que de no ser atendido a tiempo se quedará sin flujo de caja, con la consecuencia de tener que detener sus actividades con todas las consecuencias que esto conlleva en términos de tiempo, costos y afectación de los demás contratistas.

El contratista sabe que los daños a los demás contratistas, las pérdidas de producción por retrasos y las multas de la comitente serían enormes.

El contratista sabe que, en caso de ir a juicio o arbitraje, el contratista sería condenado a pagar los daños generados y podría arriesgar la quiebra, pero también sabe que para su contraparte la solución de menor impacto, según un análisis de costos contra beneficios, es aceptar el precio injusto y pagarlo.

Según las reflexiones anteriores, la explicación es que el contratista se está portando de forma oportunista y está aprovechando de su poder de negociación en la fase más vulnerable del proyecto donde no se puede suspender sin tener daños mayores: la ejecución.

La conclusión obvia que se puede traer de este ejemplo es que la presencia en los contratos de un mecanismo eficaz para decidir sobre las disputas, como puede ser el arbitraje, no asegura el éxito de un proyecto complejo. Se requiere un mecanismo adicional que permita limitar la vulnerabilidad de la construcción contra la interrupción de las actividades y contra las otras circunstancias tratadas en el siguiente capítulo: El Dispute Board

Capítulo 2: Dispute Boards

El Dispute Board, aparece por primera vez alrededor de los años '60, cuando los mismos usuarios de la industria de la construcción, con el propósito de resolver conflictos en forma expedita, eficiente y económica, diseñaron y crearon el DB como método alternativo de solución de disputas para su sector, en virtud de que los procesos judiciales y arbitrales no respondían a la necesidad de que los problemas fueran resueltos de forma inmediata,

mientras la obra aún se está ejecutando y sin necesidad de paralizar la ejecución de un proyecto.

Las sentencias o los laudos generalmente llegan una vez que la obra se ha concluido y, por lo tanto, constituyen un mecanismo eficaz para los conflictos que surgen en la fase final del ciclo de vida del proyecto.

Históricamente se documenta el primer caso de aplicación del DB en 1960 con el proyecto Boundary dam en Washington.

Desde entonces, el DB empezó a ser usado en los proyectos de ingeniería civil de gran envergadura y fue empleado específicamente en contratos de construcción de represas, proyectos de manejo de agua y construcción bajo tierra. Se nota que la mayoría son proyectos caracterizados por una elevada incertidumbre. Posteriormente, alrededor de 1970, se aplicó el DB en la segunda perforación del Túnel Eisenhower¹³, en Colorado, Estados Unidos, con el propósito de solventar problemas contractuales similares a los que se presentaron en la primera perforación. Este DB resolvió 3 grandes conflictos a satisfacción de las partes.

En 1980 llega la primera experiencia internacional del Dispute Board, cuando fue utilizado este mecanismo en Honduras para la construcción del Proyecto El Cajón (represa y estación hidroeléctrica).

En 1989, la American Society of Civil Engineers “ASCE”, publicó sus estándares para los Dispute Review Board, denominado en adelante “DRB” hasta que en 1996 se publicó el Dispute Review Board Manual.

En el Reino Unido, la figura fue utilizada a partir de los años 1970 bajo la denominación de Adjudication y fue tan exitoso su uso, que se incluyó en los subsidios de construcción de vivienda. La Regeneration Act de 1996 previó el uso de este mecanismo en los proyectos de construcción de Inglaterra, Escocia y Gales; y, de acuerdo a los abogados practicantes del Reino Unido, este mecanismo ha reducido considerablemente la presentación de los litigios ante cortes y arbitrajes⁸.

En 1990, el Banco Mundial publicó el Procurement of Works, que contiene un contrato FIDIC¹⁷ modificado, que contemplaba el uso de los Dispute Boards y en 1995 emitió los documentos de licitación estándar para la contratación de obras “SBD-W18” (siglas en inglés), en los que se establece que para la ejecución de un contrato que tenga financiamiento del Banco Mundial, y cuya cuantía era de más de USD \$50 millones, los conflictos deben ser sometidos al Dispute Review Board.. Estos DB están facultados para emitir recomendaciones no vinculantes para las partes.

En el año de 1995, la FIDIC publicó su red book (modelo de contrato de diseño, construcción y contratos llave en mano) y en 1997, el yellow book (modelos de contrato para plantas y diseño y construcción), en los que se determina que las controversias serán sometidas al Dispute Adjudication Board. En el año 1999, la FIDIC incorporó este mecanismo en todos sus modelos de contrato.

En el año 1996, se fundó la Dispute Resolution Board Foundation, que es una organización sin fines de lucro, que busca promover el uso de este mecanismo de solución de conflictos, contando con el soporte de la Cámara de Comercio Internacional. En el año 2004, esta institución expidió el Reglamento Relativo a los Dispute Boards. A partir de 2017 en los modelos FIDIC el DB es permanente desde el principio de la obra.

Sin duda, este mecanismo alternativo ha contribuido en la resolución de conflictos que son peculiares de contratos de obra y proyectos de infraestructura, y a lo largo de los años ha logrado consolidarse como una herramienta principalmente incluida en los contratos de ejecución de obra, debido a que, no se pueden prever todos los eventos o circunstancias imprevistas que pueden surgir en su ejecución y que se requiere solventar varios de ellos de manera inmediata y sin desgastar la relación contractual.

Definición de Dispute Board

Una primera definición al DB se encuentra en el Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional relativo a los Dispute Boards, emitido por la Cámara de Comercio Internacional de París:

“Los Dispute Boards son órganos permanentes, compuestos por uno o tres miembros, que normalmente se establecen al comienzo de un contrato para ayudar a las partes a resolver las desavenencias y controversias que pudieran surgir posteriormente durante su ejecución. Por lo general, se utilizan en el ámbito de contratos a mediano o largo plazo. La asistencia

prestada por el Dispute Board puede ser informal o puede adoptar forma de Recomendación o Decisión. La Decisión se debe cumplir sin demora una vez que es recibida por las partes, mientras que la Recomendación se debe cumplir sólo en el caso de que ninguna de las partes exprese su desacuerdo dentro de un plazo establecido.”

“... Los Dispute Boards no son tribunales arbitrales y sus Determinaciones no tienen fuerza ejecutiva como los laudos arbitrales. Las Partes aceptan contractualmente quedar vinculadas por las Determinaciones bajo ciertas condiciones específicas enunciadas en el Reglamento.”

Roberto Hernandez García lo define como: “Medio de solución de controversias que tiene origen en un acuerdo contractual contenido en un acuerdo de construcción o acuerdo independiente, en el que una o más personas denominadas panelistas o adjudicadores (El panel), tiene la obligación de conocer físicamente y documentalmente el proyecto de construcción durante el tiempo de su ejecución, y en base a las solicitudes expresas de las partes contratantes y a las reglas escogidas por El Panel emitir (i) una consulta informal que procure resolver la controversia; (ii) una recomendación y/o (iii) una decisión que permitan resolver la controversia durante la ejecución del proyecto con el objetivo de que el proyecto continúe con dicha discrepancia resuelta.”

Gustavo Paredes Carbajal, lo define como: “Un método continuo, regular y eficiente para solucionar reclamos durante la ejecución del proyecto. Es continuo porque generalmente

sigue el proyecto desde su inicio hasta el fin. Es regular porque requiere visitar el lugar de la obra periódicamente, siendo testigo así del progreso de los trabajos, discutiendo controversias potenciales, escuchando reclamos, preparando o absolviendo consultas durante el curso del proyecto; y finalmente es eficiente por su atractiva relación costo - tiempo y beneficio”.

De tales definiciones y, a criterio propio del autor, se puede extraer un listado de características del DB:

Es conformado por la voluntad de las partes

Presta asistencia informal facilitando el acuerdo entre partes

Emite Recomendaciones y/o Decisiones

Sus Decisiones, bajo determinadas condiciones, tienen fuerza de obligación contractual

Actúa mientras se ejecuta el contrato preservando la relación entre las partes

Conoce a fondo sobre el objeto contractual y realiza un seguimiento contractual permanente

Es un mecanismo ajustado a las necesidades reales de las partes que puede actuar de manera inmediata, para ofrecer respuestas expeditas de lo que se requiere para realizar proyectos complejos con elevado grado de incertidumbre, como, por ejemplo, en la construcción de obras subterráneas.

En la mayoría de los casos, los miembros del DB realizan el acompañamiento contractual de manera informal realizando actividades de conciliación permanente y buscando alcanzar consensos entre las partes. Cuando surgen divergencias e intervienen de manera preventiva en las potenciales disputas que pueden aparecer; y, cuándo se requiere, intervienen investidos de autoridad y emiten las determinaciones que requiera la situación conflictiva.

Los miembros del DB, una vez que se conforma la misma, tienen conocimiento durante todo el plazo de ejecución del contrato sobre el avance de la relación contractual y su objeto, aportando muchas ventajas: 1) que pueden actuar como facilitadores, informalmente, antes de que surja cualquier controversia; 2) que estén facultados a emitir informes técnicos de acuerdo a las normas de los DB de la Cámara de Comercio Internacional; 3) Las acciones pueden ser rápidas al no necesitar de tiempo previo para conocer la circunstancias de la controversia.

Al ser un mecanismo pactado por las partes libre y voluntariamente, podría ser definido como un mecanismo de autocomposición, cuando el DB emite una recomendación; sin embargo, cuando interviene un tercero para la solución de la controversia, y por la voluntad de las partes emite una decisión obligatoria para las mismas, constituye un mecanismo de heterocomposición.

Determinaciones del Dispute Board

Antes de abordar los tipos de DB, es importante conocer sobre los tipos de Determinaciones que emiten y cómo las mismas influyen en su naturaleza y constitución. Determinación es el

nombre genérico que se da a los actos que emiten los DB, para resolver una controversia que ha surgido entre las partes. Según el Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional (en adelante “CCI”) relativo a los Dispute Boards las Determinaciones se clasifican en: Recomendaciones y Decisiones.

Según el artículo 4, una Recomendación no tiene carácter de obligatorio cumplimiento, sino que es voluntario para las partes. Si ninguna de las Partes ha notificado por escrito a la otra parte y al DRB su desacuerdo respecto de una Recomendación en un plazo de 30 días contados a partir de su recepción, la Recomendación será obligatoria para las Partes. Las Partes deben cumplir la Recomendación sin demora y acuerdan no impugnarla, siempre y cuando un acuerdo de esta naturaleza sea válido. Si una parte no cumple la Recomendación, la parte que se sienta afectada puede someter este incumplimiento a Arbitraje si las Partes lo han pactado, o, a falta de acuerdo, a cualquier tribunal competente.

Según el artículo 5 una Decisión es obligatoria para las Partes desde el momento de su recepción. Las Partes deben cumplirla sin demora aun cuando exista una manifestación de desacuerdo. Si ninguna de las Partes envía notificación escrita a la otra Parte y al DAB manifestando su desacuerdo con la Decisión, en el plazo de 30 días contados a partir de su recepción, la Decisión seguirá siendo obligatoria para las Partes. Las Partes deben seguir cumpliendo la Decisión y acuerdan no impugnarla, siempre y cuando un acuerdo de esta naturaleza sea válido. Si una Parte no cumple una Decisión obligatoria en virtud del presente

artículo 5, la otra Parte puede someter este incumplimiento a arbitraje, si las Partes lo han pactado, o, a falta de acuerdo, a cualquier tribunal competente.

El artículo 20 del Reglamento de la CCI, establece que las Determinaciones deben ser expedidas por este organismo técnico especializado, con prontitud y dentro de los 90 días de la fecha en la que fue notificado el presidente, con la Exposición de la Desavenencia, procedimiento que será analizado más adelante, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 2, del artículo 17 del Reglamento de la CCI. Este procedimiento establecido puede tener una prórroga.

Las Partes pueden, de mutuo acuerdo, pactar que las Decisiones que sean emitidas por un Dispute Adjudication Board (en adelante “DAB”) o un Combined Dispute Board (en adelante “CBD”), sean examinadas de manera previa por la Cámara de Comercio Internacional.

Conforme a lo establecido en el artículo 21 del reglamento el Centro solamente puede ordenar modificaciones en cuanto a la forma de la Decisión.

Asimismo, los DB pueden corregir de oficio cualquier error tipográfico, de cálculo o de cualquier clase de evento similar, en el que se haya incurrido en una Determinación, dentro de los 30 días siguientes a la fecha en la que se emitió.

Las Partes también pueden solicitar dentro de los 30 días que se corrija un error de los señalados en el anterior párrafo o que se interprete una Determinación, Una vez que el DB reciba dicha solicitud, debe notificar a la otra Parte para que emita sus comentarios sobre la solicitud de la interpretación en un plazo prudente. A partir de recibir esta respuesta, el DB debe resolver 30 días después a la recepción de los comentarios y sin perjuicio de lo señalado, las partes de mutuo acuerdo, pueden pactar una prórroga de plazo para que el DB emita las correcciones o interpretaciones.

Una vez que el DB emita la corrección o interpretación, los plazos para presentar un desacuerdo sobre la Determinación comenzará nuevamente a partir de la fecha de recepción por las Partes de la corrección o interpretación de la Determinación.

El artículo 22 del Reglamento de la CCI, dispone que todas las Determinaciones debe de ser fundamentadas:

El artículo 25 del Reglamento *ibídem*, establece que las Determinaciones que emite un Dispute Board, pueden ser admitidas en un proceso arbitral o judicial, si las partes no han acordado que no se lo utilice. La única condición es que todas las partes sean las mismas que recibieron la Determinación.

Es necesario aclarar que las Determinaciones que emite el DB tienen el carácter de obligatorias para las partes, lo que no significa que tengan fuerza ejecutiva por sí mismos, ya que, si las partes no las ejecutan por su propia voluntad, requieren acudir a un tribunal arbitral o un juez ordinario para que ordene su ejecución.

Tipos de Dispute Board

Los Dispute Board, de acuerdo al Reglamento de la CCI, se clasifican en tres tipos de acuerdo a las Determinaciones que emiten y el efecto que produce en las partes. Por lo tanto, su naturaleza se fija de acuerdo a la fuerza obligatoria que tienen sus actos y son los siguientes: Dispute Review Board, Dispute Adjudication Board y Combined Dispute board.

Dispute Review Board: El artículo 2 del citado Reglamento de la CCI, en sus definiciones, hace la primera clasificación y el artículo 4 ibídem, establece que los DRB, son los organismos técnicos especializados que emiten una Determinación denominada Recomendación, sobre las desavenencias que surgen entre las partes contractuales. La Recomendación que emite el DRB es una opinión técnica fundada, no vinculante para las partes, por lo que, su cumplimiento está íntimamente ligado a su observancia voluntaria, sin que sea la obligación de las partes acatarla.

Dispute Adjudication Board: El artículo 5 del Reglamento de la CCI, determina que los Dispute Adjudication Boards denominados en adelante DAB, son organismos técnicos especializados, que emiten Decisiones de las controversias que surgen entre las Partes contractuales y tienen el carácter de obligatorio cumplimiento, desde el momento en que son formalmente notificadas a las partes. Lo que diferencia a las dos instancias de resolución de conflictos, es que la Decisión y su contenido son obligatorios, hasta que la desavenencia no haya sido resuelta definitivamente por cualquiera de estas instancias o salvo que estas otras instancias resuelvan de otro modo y se deje sin efecto la Decisión.

Combined Dispute Board: Este organismo técnico especializado es una combinación de los dos anteriores; es decir, que tiene facultades para emitir Recomendaciones, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 4 del Reglamento de la CCI y Decisiones, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5 ibídem. El artículo 6 del citado Reglamento establece lo siguiente:

La CDB emite Decisiones cuando una Parte así lo requiere para resolver una Desavenencia y la otra Parte contractual no manifiesta su oposición a ello.

Cuando una Parte solicita una Decisión sobre una controversia y la otra Parte se opone, es la CDB la que se encuentra facultada para decidir de forma definitiva de expedir solamente una Recomendación o una Decisión para lo que deberá tomar en consideración los siguientes parámetros, sin que sean limitantes:

Cuando la resolución de la Controversia tenga el carácter de urgente o por razones de otra índole, que requieran un pronunciamiento vinculante para facilitar la ejecución contractual o impedir un daño o perjuicio inminente para cualquiera de las partes;

Si es que, por la emisión de una Decisión, se puede prevenir que el Contrato sea interrumpido;

Cuando se requiere conservar elementos de prueba y se pueda realizarlo mediante una Decisión

DB en modelo FIDIC 2017

La nueva serie FIDIC emitida en diciembre 2017, ha tratado muchos de los temas mencionados arriba, como la necesidad de equilibrio y reciprocidad entre las obligaciones de las partes, aunque abriendo nuevos puntos a discutir, por ejemplo, la natura prescriptiva del procedimiento de resolución de disputas.

Se agrega mucha importancia a la prevención de las disputas por esta razón el Dispute Adjudication Board de las versiones anteriores se encuentran definido como Dispute Avoidance and Adjudication Board (DAAB).

El nuevo procedimiento incorporado en el modelo para el DAAB indica claramente que el primero objetivo de este instrumento es evitar las disputas entre las partes En los contratos FIDIC el Ingeniero sigue siendo el primer recurso para prevenir que un desacuerdo se convierta en disputa y tiene un papel fundamental para que se celebren acuerdos y resoluciones.

Así como en las versiones anteriores del modelo, el Ingeniero tiene una función activa en la etapa inicial del proceso de reclamación, entre ellos determinar si una notificación puede ser válida o no, e incluye el poder de extender el plazo para la entrega de indicaciones detalladas. Cabe observar que a la obligación de tomar una decisión justa especificada en la Edición del 1999 se agrega la obligación de actuar de forma neutral entre las partes en la edición del 2017.

El rol del DAAB en la resolución de la disputa es claramente distinto desde el rol del Ingeniero, sin embargo, el rol de prevención de disputas se debe principalmente a los beneficios de la presencia permanente del DAAB, que familiariza con los avances de los trabajos y obtiene la confianza de las partes, antes de que surja cualquiera disputa, y pueda ser llamado para expresar opiniones u organizar encuentros según la voluntad de ambas partes

El nuevo modelo ha separado el procedimiento que en la versión anterior trataba únicamente la cláusula 20, en dos cláusulas distintas y más detalladas para las reclamaciones (cláusula 20) y para las disputas y arbitraje (cláusula 21).

Por reclamaciones según la sub-cláusula 1.1.5 se define “una petición formal de una parte a la otra por la que se solicita una compensación económica o de plazo, o se discute otro tipo de situación (instrucción, decisión, etc.) en general al amparo del contrato o derivado de la ejecución del contrato. Según el modelo FIDIC una reclamación es simplemente el ejercicio de un derecho.

Una disputa se identifica en el modelo FIDIC como una situación donde:

Una parte presenta una reclamación

La otra parte se opone a la reclamación

No hay acuerdo y la primera parte emite una Notice of Dissatisfaction (NOD) en virtud de la sub-cláusula 3.7.5 (Dissatisfaction with the Engineer’s Determination).

Las reclamaciones tienen que ser notificadas en virtud de la sub-clausula 20.2.1 tan pronto como se pueda y no más tarde de 28 días después que la parte actora tenga conocimiento o debería haber tenido conocimiento del evento o circunstancias, o tal derecho se perderá (Sub-Clausula 20.2.1).

Las diferencias principales con la Edición 1999 son una tarea más articulada para el Ingeniero en impulsar una solución acordada, y el tiempo establecido para el Ingeniero (84 días, similar a lo asignado al DAAB) para responder a una reclamación.

El DAAB puede ser conjuntamente solicitado a prestar asistencia y/o informalmente discutir y tratar de resolver cualquier cuestión o desacuerdo que pueda surgir entre ellos. Además, el DAAB puede invitar las partes con el fin de pedir asistencia para la prevención de las controversias. Esta tarea no puede ser llevada a cabo durante el periodo asignado al Engineer para llegar a un acuerdo o a una resolución sobre cualquier Claim, de este modo se separan las funciones similares del Engineer y del DAAB. Cada miembro DAAB debe ser disponible para prestar asistencia cuando lo soliciten las partes.

Cabe señalar que según el contrato al procedimiento del DAAB no puede ser emprendido por una sola parte sino por la solicitud conjunta de las partes.

Las disputas no resueltas deben remitirse a un DAAB dentro de 42 días desde una NOD (sub-clausula 3.7.3) o el NOD expirará, confirmando la resolución del Engineer que se convertirá en vinculante.

Existen una serie de plazos definidos desde el aviso de la reclamación hasta al remitirse al Board, que inpiden a cualquiera de las partes de retrasar el procedimiento: es una cuestión de cumplir con los plazos o la reclamación expirará. Por un lado esto impulsa las partes a resolver las controversias favorablemente en lugar de dejarlos pendientes indefinidamente, pero por otro lado, inevitablemente lleva la parte actora a insistir en su reclamación antes de perder el derecho a esa. El DAAB está obligado a concluir su decisión dentro de 84 días o en el plazo decidido por ambas partes.

La decisión del DAAB es vinculante (no final) y las partes deben prontamente cumplir prescindiendo de su manifestación de desacuerdo. Cualquier monto decidido por el DAAB será exigible sin certificación o comunicación adicional. Adicionalmente a los 84 días las partes tienen 28 días para manifestar su disconformidad con la decisión. Si no se ha manifestado disconformidad en este plazo la decisión queda firme y definitiva y no es recurrible en arbitraje. Por lo tanto, según el modelo FIDIC en 112 días las partes pueden contar con una decisión final.

En virtud de la sub-clausula 21.6 [Arbitration] cualquiera disputa en el cual la decisión del DAAB no se ha convertido en vinculante y final se tiene que resolver mediante el arbitraje. El modelo de contrato FIDIC 2017 indica explícitamente la CCI entre las instituciones arbitrales de referencia.

Capitulo 3: Caso de estudio análisis de costos

El costo base de un DB de tres integrantes se compone de 2.500 - 3.000 USD (dólares de Estados Unidos de America) mensuales por integrante más los gastos necesarios para las visitas a sitio y los gastos adicionales relacionados con la intervención y decisión sobre las disputas. El impacto total de un DB de tres integrantes sobre el costo total de un proyecto del valor de 100.000.000 de USD que se ejecuta en 18 meses con visitas mensuales puede ser del 0.21% aproximadamente. El costo del DB prorrateado mensualmente sería 11.700 USD.

El hecho que el costo directo sea igual o inferior a lo que tendría un procedimiento normal de arbitraje considerando los abogados, los árbitros y la institución, no es suficiente para justificar la difusión de los DB en los contratos de construcción como métodos alternos de resolución de disputas.

Para encontrar una explicación se debe analizar empíricamente el impacto real que una disputa tiene para un proyecto intentando de poner en evidencia todos los costos ocultos.

Supongamos que el proyecto mencionado anteriormente en este párrafo, del valor (CAPEX) de 100 millones de USD, sea una planta eólica de 95MW de potencia que se debe realizar en Mexico.

La estructura de costos de este proyecto según los estándares del mercado se puede repartir en 60% de suministro y 40% de actividades de construcción; de este 40% el 20% es obra civil o sea 20 millones de USD.

Asimismo, supongamos que el contratista de obra civil, el único presente en la obra, se rehúse en ejecutar un orden de cambio solicitado por el cliente si no se le reconoce totalmente el

precio que el pide. Este orden de cambio es una actividad menor que pero afecta los caminos de acceso a la planta. El Cliente tiene conocimiento que la actividad adicional solicitada vale 1 millón de dólares mientras el contratista exige 4 millones o sea el 20% de incremento respecto a su contrato base y el 4% del costo del entero proyecto. No logrando un acuerdo, después de dos semanas, el contratista amenaza con parar las actividades.

Al no existir en contrato un método alternativo como el DAB, el Cliente tendría dos posibilidades: A) ceder a la solicitud del contratista; B) empezar un procedimiento de arbitraje (que es incluido en el contrato).

En el primer caso la pérdida por el cliente sería de 3 millones de dólares, pero no tendría más afectaciones en el desarrollo del proyecto.

En el segundo caso las actividades de construcción se suspenderían hasta la fine del procedimiento y la emisión del laudo. Por los fines de esta simulación consideramos 9 meses.

El costo directo del arbitraje sería aproximadamente de 950.000 USD por cada parte sin tener cuenta de todas las horas y los recursos internos del cliente y del contratista que son necesarios para asistir los abogados de las partes en instruir el caso.

Para los costos indirectos podemos considerar:

Los costos indirectos de obra que corren independientemente de la suspensión de los trabajos. Estos costos según los usos en el sector de la construcción se pueden cuantificar de forma aproximada como el 15% del costo total de las actividades en obra que hemos

identificado en 40 millones de USD. O sea, el costo indirecto se puede imaginar de ser 330.000 USD al mes.

La pérdida de ganancia para el retraso de la operación comercial de la planta que se puede identificar como el 10% del facturado por venta de energía en el mercado. La planta seleccionada como ejemplo puede producir 95MW por 3500 horas equivalentes por año o sea 332.500 MWh.

Asumiendo un valor medio del precio marginal (PML) de 75 USD/MWh en el mercado de la energía que es en línea con los datos publicados por el CENACE relativamente al año 2017, se puede concluir que la planta facturaría 25 millones de dólares al año o sea 2.07 millones al mes.

En el modelo de negocio en examen como se ha reportado antes las utilidades se pueden considerar un 10% o sea 207.000 USD mensuales.

Otros costos más peculiares que no se pueden cuantificar como por ejemplo los costos financieros y las multas que podría aplicar el comprador de la energía (CENACE, offtaker privado, etc.).

Hasta ahora se han identificado 537.000 USD mensuales de costos indirectos que en 9 meses de suspensión de la obra llevarían el costo total de la opción "B" a 4.83 millones de USD. Esto considerando que el Cliente gane el arbitraje con todas sus pretensiones y que todos los costos legales fueran a cargo de la contraparte.

Por supuesto esta simulación no considera que la suspensión de obra originaría reclamaciones hacia el cliente por parte de lo demás contratistas que operan en el proyecto, sin importar que el costo de dichas reclamaciones pueda ser incluidos por el cliente en su arbitraje contra el contratista de la obra civil.

La gravedad de la situación que se vendría a crear depende mucho de la fase de vida del proyecto en que esta disputa se genera. Cuanto más intensa es la fase de la realización y cuantos más contratistas están presentes en sitio tanto mayores serían los daños al proyecto y el riesgo de fracasar.

Además, se debería considerar que el sector de las plantas eólicas es caracterizado del tamaño de sus maquinarias principales: las turbinas. Las Turbinas son máquinas que llegan fácilmente a tener una altura de 120 metros y se transportan hasta el lugar de instalación en 7-8 componentes de gran tamaño y peso considerable. Todos los transportes son transportes excepcionales y por eso son muy caros. El paro de un camión y de la plataforma necesarios para el transporte de un solo componente costa más de 1000 USD por día.

Asimismo par el montaje de estas turbinas se necesitan grúas especiales, normalmente del tipo sobre cadenas, con una capacidad de levantamiento de 600 toneladas y brazos largos 150 metros. Cada una de este tipo de grúa puede costar fácilmente 3500 USD al día.

Si el contrato de construcción además que la cláusula arbitral incluye un mecanismo de DAB se tiene que considerar una tercera opción "C" dentro del escenario del ejemplo.

Delante de la suspensión de la obra por parte del contratista el cliente solicitaría la intervención del DAB que según las reglas de ICC emitiría su Decisión a más tardar en 90 días o en 84 días según las reglas FIDIC. Mismas decisiones que podrían volverse definitivas en 30 y 28 respectivamente según el reglamento de referencia. Aplicando los mismos criterios al caso “C” se puede obtener la tabla comparativa reportada abajo:

Opciones/costos (USD)	Suspension costo mensual	meses de suspensión	deSuspensión costo total	Costo de los trabajos adicionales	Costo total de la opción	Utilidad/ahorro de la decisión
Aceptar la solicitud	537,000	0	0	4,000,000	4,000,000	caso base
Arbitraje	537,000	9	4,833,000	1,000,000	5,833,000	-1,833,000
Dispute Adjudication Board	537,000 11,700	3	1,646,100	1,000,000	2,646,100	1,353,900

Se nota que respecto al caso base en que el cliente se ve obligado en aceptar la solicitud del contratista que aprovecha de su poder de negociación en esta fase del proyecto, el recurso a un DAB ofrece una ventaja económica importante que justifica el costo base de 210.000 USD correspondiente al DB para la entera duración del proyecto.

El arbitraje es un medio de resolución de disputas de los más eficaces, pero en este caso específico e independientemente de la fuerza del caso, el análisis de costos contra beneficios del cliente nunca lo llevará a elegir la opción “B” porque es ventajoso. De otra forma un análisis limitado a la fuerza hubiera favorecido el procedimiento arbitral.

Las razones están en la fase del proyecto en que se desarrolla la disputa en el sentido que, si la disputa se hubiera originado en la fase terminal de la obra, sin afectaciones sobre la fecha de entrada en operación de la planta y con actividades de menores de arreglo, los costos evidenciado en el numeral 1 y 2 arriba se reducirían a menos de la mitad (la sola falta de producción representa el 40%). Como consecuencia el arbitraje se volvería igualmente ventajoso bajo un análisis de costos contra beneficios. Es la demostración que la ventaja de un DB es de no afectar la continuidad de las actividades.

Ocurre destacar que en la fase terminal del proyecto los contratistas difícilmente toman posiciones muy rígidas o presentan pretensiones irracionales porque son conscientes que los poderes de negociación en dicha fase están más equilibrados.

El caso de estudio presentado a pesar de ser inspirado a una situación realmente ocurrida, no quiere ser una presentación completa y exacta de la realidad más bien una contextualización económica del problema. A pesar de todas las simplificaciones y de las omisiones, el caso logra definir los elementos cuantitativos necesarios para entender como las partes toman sus decisiones desde un punto de vista de project management con el instrumento de la evaluación de costos contra beneficios. Asimismo, el caso permite entender porque a veces

en la misma situación las conclusiones de los directores de proyecto no concuerdan con conclusiones de los expertos legales.

Conclusiones

El Dispute Boards, es un mecanismo aplicado exitosamente en diferentes países en contratos de obra e infraestructura para la realización de proyectos de grande complejidad. Cada vez más esta herramienta se implementa en distintos ordenamientos jurídicos a nivel internacional, recibiendo el respaldo de entidades internacionales que fomentan su regulación, tales como el Banco Mundial, y la Cámara de Comercio Internacional el FIDIC.

El éxito del dispute se debe a su capacidad de contrastar la naturaleza estructural del mercado de la construcción; una naturaleza conflictiva donde los intereses de las partes, así como sus expectativas se ven contrapuestas y a veces se atrincheran en la disputa y en el litigio.

El DB privilegia las soluciones negócias, emite decisiones céleres y aseguran la continuidad de las obras.

La condición optima es que el DB sea se defina antes del principio de la obra y preste su servicio a partir del inicio de las actividades, así como se reconoce en el modelo FIDIC 2017.

La presencia constante y la actividad informal previenen las disputas antes que solucionarlas favoreciendo ese ambiente de colaboración entre todos los participantes que se requiere para el éxito de obras majestuosas como por ejemplo la ampliación del canal de Panamá.

Gracias a la vigilancia continua de la obra y del entorno en que las desavenencias entre las partes se detonan el DB puede conocer el caso más rápidamente de cualquier otro mecanismo y tomar Decisiones “de calidad”, lo que impide que los daños consecuenciales de las disputas se extiendan y aumenten la magnitud del problema.

En el mercado de la construcción y desarrollo de proyectos es deseable la inclusión en los contratos de un mecanismo de DB permanente que junto con la cláusula arbitral aumenta las probabilidades de terminar la obra sin retrasos y costos innecesarios

Apendix I

Rhys Jones (1994)	Ten factors in the development of disputes: Poor management Adversarial culture Poor communications Inadequate design Economic environment Unrealistic tendering Influence of lawyers Unrealistic client expectations Inadequate contract drafting Poor workmanship
Bristow and	Five Primary causes of claims: Unrealistic expectations by parties Ambiguous contract documents
Yiu and Cheung (2004)	Significant sources: Construction related: variation and delay in work progress Human behaviour parties: expectations and inter parties problems

Cheung and Yui (2006)	Three root causes of disputes: Conflict – Task interdependency, differentiations, communication obstacles, tensions, personal traits Triggering events – Non-performance, payment, time Contract provisions
Mitropoulos and Howell (2001)	Factors that drive the development of a dispute: Project uncertainty Contractual problems Opportunistic behavior

Adaptado desde: Birkir Kúld Pétursson 2015 - Disputes and Conflict within Construction Contracts in the Icelandic Construction Industry.

Bibliografía y fuentes

- ICC PAUTA - Boletín Informativo del Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio, A.C. CAMECIC, No.54 octubre 2007 Número ISSN: 1870-2082–Arbitraje y Solución de Controversias en Materia de Construcción
- ICC 2013 -Reglamento Relativo a Los Dispute Boards, Cámara de Comercio Internacional - Publicación ICC 852-0 SPA IS BN 978-92-842-0128-0
- PMI 2008 - A Guide to the PROJECT MANAGEMENT BODY OF KNOWLEDGE (PMBOK GUIDE) – Fourth edition, 2008 Project Management Institute Inc.
- FIDIC - Conditions of Contract for Construction (First Ed. 1999). For Building and Engineering Works designed by the Employer. ISBN: 2-88432-022-9

- FIDIC - Conditions of Contract for Construction (Second Ed. 2017). For Building and Engineering Works designed by the Employer. ISBN: 978-2-88432-084-9
- London, K., & Mc George, D. (2008). *Dispute Avoidance and Resolution: A literature Review. Research Report No. 1*. Australia: CRC Construction Innovation.
- Love P. E., Davis, P., London, K., & Jasper, T. (2008, January). Causal modelling of construction disputes. *Twenty-fourth annual ARCOM conference 2008*.
- IC INGENIERIA CIVIL Núm.541 mayo de 2014
- Pablo Laorden Mengual, “Las Dispute Boards como medio de Resolución de Controversias”.
- Revista Tecniberia, Revista de la Ingeniería española, No. 29, (España, enero/febrero de 2011).
- Thomas J. Stipanowich, ADR and the “Vanishing Trial”
- Michael E Davis, Dispute Resolution in International Long-Term Construction and Infrastructure Projects: The Private Finance Initiative
- Hernández García, Roberto, en “Dispute Boards en Latinoamérica: Experiencias y retos”.
- G. Paredes Carbajal, “Dispute Boards y arbitraje en construcción: ¿Compiten o se complementan?”
- Birkir Kúld Pétursson, Disputes and Conflict within Construction

Contracts in the Icelandic Construction Industry, Master of Science in Construction Management January 2015.

- LCIA - FACTS AND FIGURES, COSTS AND DURATION: 2013-2016, The London Court of International Arbitration.
- Otras fuentes:

<https://www.pmi.org/about/learn-about-pmi/what-is-project-management>

<https://economipedia.com/definiciones/capex.html>

<https://www.international-arbitration-attorney.com/es/icc-arbitration-cost-calculator>

<http://fidic.org>

<https://www.obras.cdmx.gob.mx/servicios/servicio/tabulador-general-de-precios-unitarios>

EL PERITAJE COMO UN ÚTIL MECANISMO PARA RESOLVER CONTROVERSIAS QUE INVOLUCREN ASPECTOS CULTURALES



Por: Mtro. José Ernesto Becerril Miró
***Trabajo final de acreditación del Diplomado de Arbitraje**
ICC México – Universidad Anáhuac

Introducción:

Dos realidades que se expanden y se acercan

Parecería un sinsentido hacer un estudio relacionado con dos fenómenos de nuestro dinámico y cambiante mundo como serían los Medios Alternativos de Solución de Controversias (MASC) y la Cultura.

En una primera instancia pensaríamos que estamos hablando de dos dimensiones muy distintas, lejanas e incluso, en algunos casos contradictorias. Los MASC tienen su origen en la búsqueda de las alternativas más apropiadas para resolver un conflicto y evitar la justicia por propia mano y que se remonta a la antigua China, la Cultura Hebrea y el Derecho Romano.

Debemos reconocer que estos medios tienen una función pacificadora, conciliatoria y se caracteriza por el que se substancie en el ámbito de lo privado los conflictos sin tener que echar mano del aparato jurisdiccional, con las ventajas que estos mecanismos representan.

Por lo anterior, se entiende que estos mecanismos han sido adoptados con mayor frecuencia en el ámbito comercial porque representan soluciones prácticas, efectivas y, normalmente, bien fundamentadas a partir de la intervención misma de los particulares y basado en el acuerdo de las partes al celebrar el contrato respectivo.

Muy por el contrario, nos encontramos con el concepto mismo de Cultura.

Frente a la aspiración de practicidad que podemos encontrar en los MASC (que no necesariamente sucede finalmente, según sea el caso) y sobre todo su privacidad, la Cultura encuentra una dimensión totalmente distinta: un concepto profundo, complicado, con una fuerte connotación colectiva y social.

En un excelente trabajo publicado ya hace algunos años, el escritor francés Marc Fumaroli (2007), en su obra "El Estado Cultural (Ensayo sobre una religión moderna)" compara de la concepción alemana de la cultura (la Kultur basada en el nacionalismo, en la tradición y mitología que encierran los inmemoriales orígenes de los pueblos germánicos, e incluso en el orgullo a la pertenencia a la raza teutona) y la luminosa, atractiva, pero también superficial perspectiva francesa de la cultura, frente a la cotidianidad, amor a la tierra y fortalecimiento del concepto de comunidad e identidad que encierra el concepto latino de este término y sus implicaciones.

“Pocas palabras latinas tienen un sentido tan seductor como el verbo Colere, que está en la raíz de cultura, así como de culto. Colere, de entrada, es ejercer el oficio de donde ha salido toda la civilización, el del cultivador. A continuación, por una asociación totalmente natural, es “habitar”, ya que lo propio del cultivador es cesar de ser nómada y construirse una morada estable cerca de sus campos; de sus semillas y de sus cosechas. También es “cuidar”, porque las plantas, de los animales domésticos y de toda suerte de crianzas, “ayudar a crecer” y, llegando el caso, “curar”. Junto a su morada, el cultivador presta todos sus cuidados a su vergel, su huerto, su jardín floral, sus abejas. Colore, elevándose en diversos grados de lo útil a lo bello y lo gracioso, significa también “adornar”, “ataviar”.” (pág. 221-222)

Por ello, no nos parece raro que muchos discursos y concepciones en materia de política cultural hubieran alejado a la Cultura de los aspectos comerciales y empresariales, considerándola como un tema necesariamente derecho público y cuya única titularidad en cuanto a la resolución de sus conflictos quedan comprendidas en la esfera del Estado.

En una visión preliminar parecería que efectivamente, estamos hablando de dos temas que tuvieran muy poco que compartir; sin embargo, la evolución del mundo de los MASC y del mundo cultural han tenido una explosión conceptual que les han permitido empezar a encontrar puntos en donde se encuentran y conviven.

Nadie puede dejar de reconocer la extraordinaria actividad en el marco del Derecho Internacional que ha permitido a este mundo cada vez más globalizado e interconectado

desarrollar este tipo de mecanismos que parecen dar certidumbre a las relaciones comerciales multinacionales. Como lo expresa Thomas Friedman en su libro “El Mundo es Plano, Una Breve Historia del Siglo XXI”, estamos en un mundo cada vez más plano en el que los actores juegan en una misma cancha y con las mismas reglas, situación que las legislaciones nacionales no pueden necesariamente resolver en su totalidad y en donde los MASC constituyen una opción que se presenta a las partes involucradas en una relación comercial internacional para resolver sus diferencias y conflictos.

Podemos fácilmente ver la expansión que los MASC hacia nuevas ramas del Derecho que parecían monopolizadas por la acción de los tribunales y que han encontrada en los MASC una vía para superar el formalismo de los procedimientos jurisdiccionales y una forma alterna de alcanzar una solución a sus conflictos. Hace 30 años, en nuestro país, parecía inimaginable incorporar los MASC en cuestiones penales, familiares, la contratación pública o en aspectos fiscales y ahora es una realidad presente y muchas veces, cotidiana.

Por ello, podemos encontrar en los informes de organismos que actúan como administradoras de este tipo de mecanismos (como es la Cámara de Comercio Internacional) un incremento dramático en el número de casos que son resueltos utilizando los MASC, lo cual es un dato relevador, ya que nos demuestra la confianza que existe por parte de las empresas en aceptar que la resolución de controversias sin utilizar los mecanismos jurisdiccionales tradicionales son una opción viable y exitosa.

Comparto la idea de especialistas en el sentido de que, con los MASC, no deberíamos de hablar de una privatización del arreglo de las controversias, pero creo que podemos afirmar que si existe una ciudadanización de esta función que en ningún momento excluye el papel del Estado en tal sentido y que nace de un acuerdo privado que confía en su especialización, eficiencia, independencia e imparcialidad.

¿Qué sucede en el ámbito cultural? En realidad, esta materia también ha vivido en las décadas recientes una expansión conceptual que ha traído hacia ella nuevas realidades y redimensionado el papel de los actores involucrados en su actuar.

Hasta hace algunas décadas aún, la cultura se entendía precisamente como la “alta cultura”, es decir, el conjunto de obras y manifestaciones producto de los grandes artistas reconocidos y cuyo acceso parecía estar restringido a ciertas élites educadas o con gran poder económico. Seguramente la única rama de la cultura que se encontraba desde el siglo XIX lejos de esta consideración, al menos desde la perspectiva legal, es la Propiedad Industrial e Intelectual por el aprovechamiento comercial que pudiera tener. Sin embargo, en otras ramas del mundo cultural, las visiones eran cerradas y exclusivistas, muchas veces propiciadas por el propio Estado que quería guardar para sí mismo las decisiones de los temas culturales.

Sin embargo, la actividad convencional internacional ha marcado un claro cambio en el entendimiento de la cultura y principalmente en el reconocimiento de quien es su titular. Lo anterior fue producto de la acción de organismos intergubernamentales, como la UNESCO que, a través de la celebración de diversas convenciones en el ámbito cultural, más la acción

de los expertos, muchas veces reunidos a instancia de ésta última, para analizar diversos temas que componen a la cultura para alcanzar el reconocimiento de nuevas categorías del Patrimonio Cultural (por ejemplo, el Patrimonio Inmaterial) y la creación del concepto de la diversidad cultural que tiene serias implicaciones en el marco de proyectos emprendidos por las empresas.

De manera casi paralela, la evolución de los derechos humanos -especialmente por lo que se refiere a los derechos económicos, sociales y culturales adicionados con el análisis de los derechos difusos en la realidad latinoamericana, principalmente- ha cambiado la visión de que se tiene de la cultura como un bien colectivo cuya titularidad corresponde a la propia comunidad quien tiene la facultad de exigir al Estado que se garanticen sus derechos culturales. Está operando en muchos países -a veces con resistencia del propio órgano estatal- un empoderamiento social sobre su cultura. El reconocimiento de los derechos de las comunidades indígenas es un ejemplo muy interesante de estas discusiones.

En los años 90, la propia UNESCO encargó a Javier Pérez de Cuellar, presidente de la Comisión Mundial de Cultural y Desarrollo de ese organismo, la realización de informe que reflejara el nuevo papel de la Cultura en el mundo, principalmente el entendimiento de los aspectos culturales en el desarrollo socioeconómico. El resultado de este informe fue una publicación denominada “Nuestra Diversidad Creativa” en la que se evidenciaba el indiscutible

y complejo papel de la cultura en proyectos sociales y económicos que tienen un impacto importante en la población mundial. Se observó que era necesario superar cualquier visión de la cultura como un obstáculo para el desarrollo socioeconómico de las naciones, pero también incorporada en otros aspectos trascendentes de la vida actual, como es su contribución en el respeto de los derechos humanos. La discusión desembocó en la celebración, en 2005, de la Convención de la UNESCO para la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales, en la que se establecen principios que debe entender el tratamiento de la cultura y el desarrollo económicos como podemos apreciar a continuación:

“Artículo 2 - Principios rectores

1.- Principio de respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales

Sólo se podrá proteger y promover la diversidad cultural si se garantizan los derechos humanos y las libertades fundamentales como la libertad de expresión, información y comunicación, así como la posibilidad de que las personas escojan sus expresiones culturales. Nadie podrá invocar las disposiciones de la presente Convención para atentar contra los derechos humanos y las libertades fundamentales proclamados en la Declaración Universal de Derechos Humanos y a garantizados por el derecho internacional, o para limitar su ámbito de aplicación.

2 a 4.-....

5.- Principio de complementariedad de los aspectos económicos y culturales del desarrollo

Habida cuenta de que la cultura es uno de los principales motores del desarrollo, los aspectos culturales de este son tan importantes como sus aspectos económicos, respecto de los cuales los individuos y los pueblos tienen el derecho fundamental de participación y disfrute.

6-. Principio de desarrollo sostenible

La diversidad cultural es una gran riqueza para las personas y las sociedades. La protección, la promoción y el mantenimiento de la diversidad cultural son una condición esencial para un desarrollo sostenible en beneficio de las generaciones actuales y futuras.”

Como vemos, la cultura ha adquirido una posición distinta ante los derechos humanos, pero principalmente a los aspectos económicos como un factor importante para ser tomado en consideración en los proyectos productivos y comerciales, bajo un criterio de sostenibilidad.

Para concluir este primer punto que queremos abordar en este trabajo, podemos decir que, aunque en su origen y primer desarrollo tanto los MASC como la Cultura parecerían asuntos totalmente ajenos, pero dada la expansión de ambos conceptos nos ponen en la perspectiva de que puedan darse casos en que conflictos o controversias que se susciten en proyectos económicos que ostenten valores culturales puedan ser resueltos por algunos de los MASC.

Considerando la complejidad que los aspectos culturales que ha sido reconocido en el ámbito internacional, queremos examinar en este trabajo la utilidad que el Peritaje, como MASC pudiera para estas problemáticas que nazcan de esta relación.

El Peritaje como MASC con fuerte fundamento técnico

La legislación mexicana todavía no incorpora la institución del Peritaje como un mecanismo específico para la resolución de competencias. Sin embargo, existen algunos casos en que la legislación se acerca a esta figura.

Como un buen ejemplo de ello tenemos el caso de la intervención de peritos en una controversia es el caso previsto en el segundo párrafo del artículo 373 de nuestro Código de Comercio relacionado con el contrato de compraventa sobre muestra o calidades de mercancías.

“Artículo 373.- Las compraventas que se hicieren sobre muestras o calidades de mercancías determinadas y conocidas en el comercio, se tendrán por perfeccionadas por el solo consentimiento de las partes.

En caso de desavenencia entre los contratantes, dos comerciantes, nombrados uno por cada parte, y un tercero para el caso de discordia nombrado por éstos, resolverán sobre la conformidad o inconvención de las mercancías con las muestras o calidades que sirvieron de base al contrato.”

La pregunta evidente en cuanto a esta manera muy sencilla para resolver esta controversia sería ¿por qué nombrar a tres comerciantes para que decidan sobre la calidad de las muestras o calidades que sirvieron de base al contrato? La respuesta es que se está confiando en el conocimiento técnico o adquirido a través de la experiencia de estos comerciantes para determinar si la muestra o la calidad de la mercancía cumple con las especificaciones marcadas en el contrato.

Precisamente este es el fundamento del peritaje: encargar a una persona que cuente con los conocimientos o la experiencia necesaria sobre un tema complejo, específico o especializado que determine situaciones de hecho o de carácter técnico o científico.

El Dr. Francisco González de Cossío (2014) hace en su obra “Arbitraje”, la siguiente consideración:

“Los procedimientos de expertos permiten obtener una solución a una diferencia que divide a las partes sobre un tema técnico, no necesariamente jurídico. El valor agregado que dan es que canalizan la solución de una controversia a la persona mejor situada para resolverla: el connoisseur.” (pág. 24)

El término connoisseur -es decir el conocedor- tiene implicación muy interesante, porque nos llama a entender que una de las grandes ventajas del Peritaje como un MASC vinculado a aspectos distintos -aunque no necesariamente ajenos- al ámbito jurídico, que pueden definir la solución de una problemática específica que requiere de conocimientos y principalmente, de un expertise -palabra manejada por el Dr. González de Cossío- que significa no solo contar

con los estudios que le permita analizar los hechos para que, a la luz de una ciencia o arte, se pueda emitir una opinión, sino la autoridad técnico-moral que da la experiencia profesional adquirida,

la cual permita al experto proveer de una respuesta fundamentada, congruente y consistente a la problemática planteada.

Carolina Macho Gómez (2013), en su trabajo “Los ADR <<alternative dispute resolution>> en el Comercio Internacional”, identifica, cuando menos dos posibles MASC que tiene su fundamento y principal fortaleza en el expertise de quien deba de resolver sobre la controversia:

“2. Fact-finding o Peritaje

24.- Muchos conflictos traen causa de las diferentes versiones de las partes en cuanto a los hechos acaecidos, o por dificultades estrictamente técnicas. Por ello, en este tipo de ADR, un tercero experto en el sector del mercado donde se enmarca la controversia, examina e investiga los diferentes aspectos fácticos y técnicos presentados por las partes, todo ello con el fin de esclarecer y determinar dichos extremos. Una vez que el perito o fact-finder clarifica la situación a través de un informe, las posiciones respectivas de las partes serán más razonables y cercanas una de otra, base necesaria para lograr que aquéllas lleguen a un acuerdo. A su vez, este tercero puede realizar recomendaciones, asistiendo a las partes para que encuentren una solución al conflicto, o incluso, puede realizar una propuesta de acuerdo.

En cualquier caso, aunque su pronunciamiento suele configurarse como no vinculante, las partes pueden acordar lo contrario.” (pág. 410-411)

“5. Expert Determination

31. A diferencia de la adjudication, las controversias objeto de la expert determination suelen ser, tan sólo, de carácter puramente técnico, o relativas a valoraciones o tasaciones. Además, se aplica a más ámbitos que, estrictamente, el de los contratos de construcción. Así, dentro del comercio internacional, deben destacarse los conflictos relativos a la industria de las nuevas tecnologías, del gas y del petróleo, de los seguros, de los transportes, contratos de arrendamiento financiero, licencias sobre derechos de propiedad intelectual, o compra-ventas de empresas, de acciones y otros bienes (...) En virtud de este ADR, las partes exponen sus alegaciones a un tercero, el cual tomará una decisión como solución al conflicto planteado. Dichas alegaciones podrán realizarse de forma oral o mediante la entrega de la documentación pertinente, sin perjuicio de la facultad que posee el tercero para realizar las investigaciones que estime necesarias, así como para preguntar a las partes aquellas cuestiones que entienda oportunas. La decisión que tome el experto, a menos que las partes digan lo contrario, será vinculante y resolverá definitivamente, y no de forma provisional, la controversia. En cualquier caso, ello no significa que posea efecto de cosa juzgada.” (pág. 414-415)

Como podemos observar, existe una multiplicidad de posibilidades de la intervención de expertos para proveer de resoluciones fundamentadas, congruentes y consistentes con relación a la resolución de controversias comerciales internacionales.

Particularmente, consideramos que la división que se hace entre el Neutral Fact- Findings Expert y la Expert Determination está enfocada en dilucidar el papel del experto, el alcance de las situaciones de hecho que son encomendados al mismo y los efectos mismos de la decisión que se emita.

Por una parte, se acude a la ayuda de un Neutral Fact-Fidings Expert cuando se requiere del estudio y determinación de un experto sobre ciertos puntos en específico que tienen elementos fácticos, técnicos o científicos que requieren de la investigación y análisis de dicho experto, pero cuya determinación no será necesariamente vinculante porque el propósito para acudir con el mismo es la de clarificar dicha cuestión fáctica o técnica que facilitará el acuerdo o solución e conflicto entre las partes.

Por lo que se refiere a la Expert Determination encontramos que existe también la necesidad por las partes en conflicto de la atención de un experto que requiera analizar y estudiar ciertas cuestiones técnico-fácticas que son la esencia misma de la controversia y a quien se le solicita emitir una resolución que será efectivamente vinculante para las partes.

Como podemos observar la diferencia principal entre ambos MASC se refiere a la posición en que se encuentra el aspecto técnico-fáctico dentro de la controversia; es decir, si dicho aspecto tiene un valor eminentemente contextual o esencial en la disputa.

Si el aspecto técnico-fáctico tiene un valor contextual en el problema, lo más recomendable es acudir a un Neutral Fact-Finding Expert cuya actuación permitirá encauzar la disputa hacia un arreglo conveniente entre las partes. Y cuando hablamos de encauzar es porque dicha determinación no será necesariamente la resolución final del problema, sino que tiene una función instrumental que ayudará si las partes cooperan de una manera adecuada a alcanzar a la solución del conflicto.

Por otro lado, si la controversia se centra precisamente en aspectos técnico-fáctico, los cuales son la esencia misma del problema, la Expert Determination es fundamental porque resolverá sobre dicha cuestión y poniendo fin a la disputa, por lo que requiere que sea vinculante para brindar una alternativa de solución eficiente.

Desde esta perspectiva, me parece que ambos MASC no son más que especies de un mismo mecanismo, que consideramos que debiera llamarse de manera general “Peritaje”, que tiene como su principal fundamento el expertise de quien tiene a su cargo la resolución de la disputa y que varían en cuanto a su función y alcances.

González de Cossío (2014) resalta la importancia del Peritaje en estas cuestiones:

“El peritaje o expertise consiste en que un experto emita una opinión sobre una cuestión técnica en la que es experto. Como mecanismo, el expertise es útil en que, si el problema no versa sobre una cuestión jurídica, sino fáctica-técnica, puede evitarse acudir a un litigio y

arbitraje, con el consecuente ahorro de tiempo y recursos. Lo que las partes tienen que hacer es ponerse de acuerdo sobre lo que están en desacuerdo.” (pág. 16).

¿Cómo determinar si se acude a los servicios de un Neutral Fact-Finding Expert o se resuelve la disputa mediante una Expert Determination?

La respuesta nos parece que deriva de la consensualidad entre las partes y al acuerdo de expertos que incluya en el contrato respectivo.

Varias administradoras ofrecen dentro de sus servicios en MASC el de proveer de expertos que permitan resolver conflictos que consistan o involucren aspectos técnicos, científicos y fácticos. En este caso, dichas administradoras proponen ciertas cláusulas modelo para este tipo de mecanismo.

Veamos, por ejemplo, la cláusula modelo del Reglamento de Peritaje de la Cámara de Comercio Internacional:

Peritaje facultativo

Las partes podrán, en cualquier momento y sin perjuicio de otros procedimientos, acordar el sometimiento de cualquier desavenencia que derive de la cláusula [X] del presente contrato o guarde relación con ésta al procedimiento de peritaje administrado conforme al Reglamento de Peritaje de la Cámara de Comercio Internacional.

Obligación de someter una desavenencia al peritaje CCI

En caso de cualquier desavenencia que derive de la cláusula [X] del presente contrato o guarde relación con ésta, las partes acuerdan someter el asunto al procedimiento de peritaje administrado conforme al Reglamento de Peritaje de la Cámara de Comercio Internacional. [Las constataciones y opiniones del perito tendrán efecto obligatorio para las partes.

Pero igualmente la London Court of International Arbitration, propone la siguiente cláusula modelo para acudir a una Expert Determination la cual podrá variar si solo se le encarga a esta Corte el nombrar exclusivamente al experto o actuar posteriormente como administradora del proceso:

“Any party to this Agreement (the Applicant) may apply, in writing, to the LCIA to appoint an Expert to [describe function] (the Application), enclosing a copy of this Agreement and a brief statement describing the nature and circumstances of the dispute and setting out any matters that the Applicant wishes to bring to the attention of the LCIA for the purposes of selecting the Expert, with simultaneous copy of the Application to the other Party [Parties].”

Otro ejemplo de este tipo de cláusulas la podemos encontrar en la Organización Mundial de la Propiedad Industrial, para resolver controversias en esa materia, de conformidad con su Reglamento de Peritaje:

“We, the undersigned parties, hereby agree to submit to expert determination in accordance with the WIPO Expert Determination Rules the following matter:

[brief description of the matter referred to expert determination]

The determination made by the expert shall [not] be binding upon the parties. The language to be used in the expert determination shall be [specify language].”

Como podemos verificar de lo anteriores ejemplo, existe la provisión en algunas de estas cláusulas de dejar la opción de darle efecto vinculante a la determinación del perito y que es muy congruente con la naturaleza transaccional de los MASC como podemos comprobar de la lectura de los artículos 2944 y 2953 del Código Civil Federal:

“Artículo 2944. La transacción es un contrato por el cual las partes haciéndose recíprocas concesiones, terminan una controversia presente o previenen una futura.”

“Artículo 2953. La transacción tiene, respecto de las partes, la misma eficacia y autoridad que la cosa juzgada; pero podrá pedirse la nulidad o la rescisión de aquella en los casos autorizados por la ley.”

Desde nuestra perspectiva la cláusula de peritaje puede encontrar dos principales patologías:

1.- Que exista defecto en cuanto al señalamiento de la especialidad o conocimientos que debe tener el experto, lo cual puede ser por inexactitud (es decir, señalar una disciplina técnica distinta a la que requiere el experto que llevará a cabo el análisis del problema en cuestión), insuficiencia (es decir, que no se identifiquen todas las cualidades, conocimientos o experiencia que debe reunir quien pueda actuar como perito) o por exceso (cuando se establecen excesivos e innecesarios para el perito en cuestión).

2.- Que no se especifique claramente cuáles son los extremos sobre los que debe versar el peritaje, lo que traerá como consecuencia que la determinación del experto no resolverá la controversia de fondo, o bien que alguna situación que pudiera ser sometida a este MASC simplemente no accediera al mismo.

Ambas patologías afectan, o hasta imposibilitan, la tramitación de este mecanismo, así como la calidad y eficiencia de la determinación pericial.

En ese sentido, consideramos que la redacción de la cláusula modelo de la Cámara de Comercio Internacional puede ser la más conveniente por su sencillez que permite una mayor flexibilidad en el manejo de este tipo de asuntos.

En cuanto a los requerimientos personales de un experto, consideramos que deben cumplirse tres requerimientos básicos: independencia, imparcialidad y expertise.

González de Cossío nos refiere a los primeros aspectos que, aunque referidos a la conciliación, son compartidos en el peritaje.

En cuando a la independencia, el autor señala que:

“Es un criterio objetivo que se refiere al vínculo que puede existir ente un conciliador y las partes o el asunto objeto de la controversia.

Se calificará de independiente a conciliador que carezca de vínculos <<próximos, substanciales recientes y probados>>”. (pág. 43)

Po otra parte, la imparcialidad debe entenderse de la siguiente manera:

“Es un criterio subjetivo y difícil de verificar que alude al estado mental de un conciliador. Pretenden describir la ausencia de preferencia, o riesgo de preferencia, a una de las partes en el procedimiento conciliatorio o el asunto en particular.” (ibidem.)

Nos parece que la confiabilidad de la naturaleza técnica sobre la que tiene que determinar o definir un perito tienen que descansar en su independencia e imparcialidad.

Sin embargo, también puede existir el nombramiento de expertos que gozan gran reputación en una rama del saber humano y cuya determinación puede ser útil y congruente en la controversia, por lo que puede darse el caso de que las parte puedan nombrar de común acuerdo por las partes:

Lo anterior es claro en el Reglamento de Peritaje de la Cámara de Comercio Internacional:

“Artículo 7 El perito

1.- El nombramiento de un perito por el Centro se efectuará por éste dirigiéndose a uno de los Comités Nacionales de la CCI o de cualquiera otra forma.

2.- ...

3.- Salvo acuerdo escrito en contrario de las partes, el perito deberá ser independiente de las partes involucradas en un procedimiento de peritaje.

4.- Antes del nombramiento, el perito propuesto firmará una declaración de independencia y dará a conocer por escrito al Centro cualesquiera hechos o circunstancias susceptibles, desde el punto de vista de las partes, de poner en duda su independencia. El Centro comunicará por escrito estas informaciones a las partes y les fijará un plazo para formular sus eventuales observaciones.”

“Artículo 11

Independencia del perito – Sustitución del perito

1.- El perito deberá permanecer independiente de las partes involucradas en un procedimiento de peritaje, salvo que las mismas hubieran acordado lo contrario por escrito.”

Lo anterior se repite en el Reglamento de Peritaje de la OMPI:

Article 10

(a) The Expert shall be impartial and independent.

(b) The prospective Expert shall, before accepting appointment, disclose to the parties and the Center any circumstances that might give rise to justifiable doubt as to the Expert’s impartiality or independence, or confirm in writing that no such circumstances exist.

(c) If, at any stage during the expert determination, new circumstances arise that might give rise to justifiable doubt as to the Expert's impartiality or independence, the Expert shall promptly disclose such circumstances to the parties and the Center.”

La tercera cualidad que se refiere al expertise del perito resulta un tema fundamental para alcanzar una determinación consistente. En este sentido, los reglamentos de peritos antes mencionados hacen una referencia a que la administradora deba comprobar que el posible perito cumpla con los requerimientos, conocimientos y experiencia requeridas conforme al caso.

De tal forma, el punto 2 del artículo 7 del Reglamento de Arbitraje de la CCI hace referencia a este punto.

“Artículo 7 El perito

1.- ...

2.- El Centro, antes de nombrar un perito, tomará en consideración las calificaciones pertinentes que debe reunir el perito a proponer, en función de las circunstancias del caso, así como su disponibilidad, lugar de residencia, conocimientos lingüísticos y cualesquiera comentarios, observaciones o peticiones formuladas por las partes. Cuando nombre a un perito, el Centro aplicará cualquier acuerdo convenido por las partes con relación a dicho nombramiento.”

En el caso del Reglamento de Peritaje de la OMPI, las partes pueden, de común acuerdo, nombrar al experto en un primer lugar, dejando a la administradora la facultad de nombrarlo si las partes no se ponen de acuerdo con el nombramiento:

“Article 9

(a) Unless the parties have agreed themselves on the person of the Expert, the Center shall proceed to appoint the Expert upon receipt of the Answer to the Request or the lapse of the time period for the submission of such Answer. When a Request for Expert Determination is jointly filed by the parties, and the parties have not agreed themselves on the person of the Expert, the Center shall proceed to appoint the Expert upon receipt of the Request for Expert Determination.

(c) Unless the parties have agreed themselves on the person of the Expert or on another procedure for appointing the Expert, the Expert shall be appointed by the Center after consultation with the parties.

(d) The Center’s appointment of the Expert will have regard to, without limitation:

- (i) any views expressed by the parties;
- (ii) the matter on which the Determination is sought;
- (iii) the Expert’s relevant expertise;
- (iv) the ability of the Expert to complete the expert determination with due expedition;

- (v) the language of the expert determination;
- (vi) the place and nationality of the Expert and the parties.”

Es por ello que la identificación y nombramiento del experto que llevará a cabo el peritaje constituye uno de los puntos más importantes para garantizar el éxito de este mecanismo.

El segundo aspecto crítico de este MASC, es la claridad con que debe de determinarse las cuestiones sobre las que el peritaje debe analizar.

Este punto es fundamental porque dependerá de la clara visión de las partes el definir los puntos controvertidos y explicarlos de una manera tal que las consideraciones y percepciones debieran de ser excluidas.

Sin embargo, parece humanamente imposible en el marco de una disputa que no pudiera existir una intencionalidad o percepciones personales al momento de enunciar los puntos que deben ser objeto de análisis por parte del perito.

Es aquí donde el expertise del perito resulta esencial para determinar de una manera clara y precisa en el Acta de Misión y Calendario que se acuerde con las partes los aspectos técnicos-fácticos en los que existe un desacuerdo con el fin de rendir un informe resultado de su examen que sea de utilidad para resolverlo.

En ese sentido, podemos apreciar las siguientes disposiciones contenidas en el Reglamento de Arbitraje de la CCI:

“Artículo 12

La misión del perito

1.- Previa consulta a las partes, el perito precisará cuál es su misión en un documento escrito. Este documento no deberá contravenir ninguna disposición del presente Reglamento y será comunicado a las partes y al Centro. Dicho documento deberá contener:

- a) los nombres, direcciones, números de teléfono, de facsímil y direcciones de correo electrónico de las partes;
- b) una lista de las cuestiones a tratar en el informe del perito;
- c) los nombres, direcciones, números de teléfono, de facsímil y las direcciones de correo electrónico del o de los peritos;
- d) el procedimiento que seguirá el perito y el lugar donde tendrá lugar la conducción del peritaje; y
- e) una declaración precisando el idioma que se utilizará durante la conducción del procedimiento.

El perito sólo podrá modificar su misión después de haberlo consultado plenamente con las partes y mediante documento escrito. Cualesquiera modificaciones escritas serán comunicadas a las partes y al Centro.

2.- Al redactar el documento que establece su misión o en cuanto le sea posible luego de ello, el perito, previa consulta con las partes, deberá preparar un calendario provisional sobre la conducción del procedimiento de peritaje que comunicará a las partes y al Centro. Cualquier modificación ulterior de este calendario deberá ser comunicada a las partes y al Centro con prontitud.”

El tercer punto de relevancia para un peritaje es la oportunidad que tengan las partes de aportar toda la información y elementos necesarios para que el perito pueda informe bien fundamentado en los hechos y en lo técnico.

Igualmente, esto refleja la importancia de que las partes se conduzcan con probidad, rigor y cooperación para hacer que el peritaje se conduzca de una manera conveniente.

Lo anterior puede comprobarse también en el Reglamento de Peritaje de la CCI:

“Artículo 13

Deberes y responsabilidades de las partes

1.- La falta de participación de una de las partes en el procedimiento de peritaje no priva al perito de su facultad para emitir conclusiones y de entregar su informe, siempre que dicha parte haya tenido la posibilidad de participar en el procedimiento.

2.- Al aceptar la aplicación de este Reglamento, las partes se comprometen a ofrecer al perito todo tipo de facilidades para el desempeño de su misión; especialmente facilitarle los

documentos que el perito juzgue necesarios, así como a darle libre acceso a todos los lugares a los que precisara ir para cumplir con la adecuada conclusión de su misión.”

Como podemos observar, la emisión de las conclusiones (y, en consecuencia, del informe) del perito se dará cuando aun y cuando no se cuente con la cooperación de una de las partes, lo cual reafirma la obligación contractual naciente de la cláusula de peritaje, pero que puede tener un efecto en cuanto al contenido mismo del informe y de sus efectos, principalmente cuando dicho documento pudiera ser usado en un procedimiento arbitral o jurisdiccional.

En el primer caso, este punto debiera ser tomado en consideración por el tribunal arbitral para determinar, al momento de dicta el laudo, la determinación del pago de costas derivado del comportamiento procesal de la parte que no haya cooperado. Previamente, podría explorarse la posibilidad de solicitar al tribunal arbitral o al juez de Estado para hacer a la parte que no coopera a proporcionar la información que el perito está requiriendo.

En el ámbito jurisdiccional es importante determinar si la falta de cooperación de alguna de las partes debiera ser objeto de las acciones legales aplicables en virtud del incumplimiento de la cláusula de perito.

En estos casos, puede apreciarse una fragilidad del peritaje, lo cual justifica que la determinación del experto no sea considerada como cosa juzgada.

Desde nuestra perspectiva, por el contrario, la falta de cooperación de una de las partes en un peritaje vinculante se traduce en un perjuicio para la misma, sin que ello no quiera decir que

no pudiera acudir a los tribunales para invalidar el informe del experto y donde se deberá de discutir si se está dando cumplimiento o no al compromiso de peritaje asumido por las partes.

Por último, parece que el último punto crítica en el ámbito de peritaje se refiere a la emisión misma del informe que contenga las conclusiones del experto.

Es claro la importancia que las conclusiones del perito se encuentren acorde con las cuestiones técnico-fácticas que fueron puestas a análisis para ser finalmente objeto de las conclusiones del perito y que constituye finalmente su misión.

A este respecto nos menciona el Reglamento de la CCI lo siguiente:

“Artículo 12

La misión del perito

3.- La tarea principal del perito consiste en emitir sus conclusiones en un informe escrito, dentro de los límites establecidos en su misión y después que las partes hayan tenido la oportunidad de ser oídas y/o de haber presentado sus observaciones escritas. Salvo acuerdo en contrario de todas las partes, las conclusiones del perito no son vinculantes para ellas.

4.- Salvo acuerdo en contrario de las partes, el informe del perito podrá ser presentado en cualquier procedimiento judicial o arbitral en el que fueran parte las mismas que hayan intervenido en el procedimiento de peritaje y que motivó la elaboración de dicho informe.

5.- La información comunicada al perito por el Centro o por las partes durante el peritaje sólo podrá ser utilizada por el perito para los objetivos del peritaje. El perito la considerará de carácter confidencial.

6.- El perito presentará al Centro un proyecto de su informe antes de ser firmado. El Centro podrá ordenar modificaciones sólo en cuanto a su forma. El perito no podrá comunicar a las partes ningún texto del informe ni deberá firmarlo antes de su previa aprobación por el Centro.

7.- El Centro podrá renunciar a las formalidades establecidas en el apartado anterior a condición de que todas las partes así lo soliciten por escrito expresamente y que el Centro considere que dicha renuncia es apropiada teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

8.- El informe, después de ser firmado por el perito, será entregado al Centro en un número de ejemplares igual al de las partes, con uno adicional para el Centro. El Centro notificará el informe del perito a la o las partes y declarará por escrito que ha terminado el procedimiento de peritaje.”

De esta disposición podemos anotar algunos puntos importantes.

El primer se refiere al hecho de que no existen, aparentemente, ninguna formalidad en cuando al informe que debe rendir el perito como resultado de su análisis. Sin embargo, consideramos que si existe un punto que debe quedar debidamente incluido en dicho documento y es la emisión de las conclusiones de cada uno de los puntos sujetos a análisis que fueron definidos en el documento de misión respectivo, de lo contrario nos encontraríamos ante un informe incompleto.

Otro punto importante es que, en principio, el informe del experto no es vinculante para las partes, salvo acuerdo en contrario y eso refuerza el carácter transaccional quien tiene este MASC y que las partes le pueden dar el carácter de vinculante o no de conformidad con el acuerdo de peritaje contenido en la cláusula respectiva.

El tercer punto a tratar resulta de importancia y es referente a la revisión previa que la Comisión de Peritaje de la CCI hará al informe con el fin de garantizar desde una perspectiva distinta si las conclusiones del experto son suficientes para que se cumpla su misión o si es necesario dictar alguna recomendación en vista de su mejoramiento.

Desde luego, podemos discutir la posibilidad de que el peritaje fuese erróneo y esto tendría muchos orígenes: a) errores en el perfil del experto, b) carencia de información suficiente para emitir su informe, c) falta de cooperación de una de las partes, d) falta de expertise del perito, etc.

Lo anterior nos refiere a la utilidad de que, aunque vinculante, el peritaje pueda ser objeto de nulidad o rescisión en los casos que autorice la Ley, situación que puede ser considerada como desafortunada -por los objetivos que persigue un MASC- pero conveniente en casos extremos.

En resumen, el peritaje resulta ser un MASC que puede ser de utilidad para dilucidar alguna situación de carácter técnico-fáctico, con enorme flexibilidad y fundamentación científica, que requiere para ser efectiva de un adecuado manejo de 4 puntos fundamentales: la designación del experto, la determinación adecuada de las cuestiones que el perito debe examinar, la suficiencia de la información y cooperación que las partes presten al experto y la calidad del informe que éste último rinda.

Parece que Thomas Franck y Laurence Cherkis (1967), nos presentan, en su artículo “The Problems of Fact-Finding in International Disputes”, nueve puntos relacionados con la credibilidad de un Peritaje y que tiene relación a los puntos que expusimos anteriormente:

“1.- Facts found are credible in direct proportion to the faith in the appointing authority and/or the impartiality of the factfinders felt by all the parties to the dispute at the commencement (not the conclusion) of the process.

2.- Facts found are credible in direct proportion to the professional esteem and popular prestige of the fact-finders. Also, where specialized facts are at issue, the credibility of the findings increase in direct proportion to the acknowledged expertise of the fact-finders.

3.- The procedure used by fact-finders bears directly on the credibility of the facts found. Specifically, credibility is increased where the fact-finders follow the essence, although not necessarily in technicalities, of a fair trial, 'viz., hear both sides, take evidence in open sessions, and permit rebuttals, cross-examination, and summary by those giving evidence.

4.- Facts found are credible in inverse proportion to the extent of interference - both obstructive or "helpful" - by the parties to the dispute.

5.- The credibility of a fact-finding is diminished when it proceeds on the basis of partial evidence. Where an important witness or group of witnesses refuses to cooperate the credibility of the facts found will suffer unless the objection can be overcome by the investigating body.

6.- The credibility of a fact-finding suffers if the fact-finders refuse, or consider themselves incompetent, to answer more difficult but essential subsidiary issues of fact.

7.- Facts found are credible in direct proportion to the degree of unanimity of the fact-finders. Also, if a fact-finding report is contradicted by another fact-finding report, the credibility of both is diminished.

8.- Facts found are less credible insofar as they support the contention of a party to a dispute which, prior to the finding, has already irrevocably committed itself to that contention.

9.- The credibility of a fact-finding varies in direct relation to the erudition, logic, and thoroughness with which the process and findings are set out in the final report of the fact-finders." (pág. 1523-1524).

Controversias de Cultura y Peritaje

Regresemos al diagnóstico con que empezamos este trabajo: un mundo en el que la cultura se encuentra globalizado en donde las empresas empiezan a tener mayor incidencia en el

desarrollo económico de diversas naciones y una consideración de la cultura que se ha considerado un derecho humano, se ha sociabilizado y que se ha vinculado con la sostenibilidad. Lo anterior nos presenta algunas problemáticas interesantes.

Se han desarrollado nuevas tecnologías que involucran a la cultura, así como industrias que en el pasado eran marginales y que ahora tienen un impulso renovado, como es el caso del turismo cultural que muchas veces puede influir de una manera negativa en la conservación de los valores históricos de una zona que pueden motivar la cancelación de estos proyectos productivos.

Otra idea es que existe una mayor influencia de la comunidad en cuanto a los impactos que una industria en cuanto a su cultura. En el pasado, la construcción de una construcción de una edificación nueva en una zona histórica podía enfrentarse a una simbólica resistencia de un grupo de vecinos. El día de hoy, el nivel de la protesta puede llegar a un nivel global (recordamos la reacción internacional ante la destrucción de Patrimonio Cultural por parte de ISIS en Medio Oriente) que puede ser desastrosa para una empresa en su reputación cuando se refiera a un proyecto con esas características.

Los proyectos en materia energética que pueden afectar zonas arqueológicas no descubiertas aún. Hay que tomar en consideración que en México existen más de 200,000 zonas arqueológicas a lo largo del territorio nacional cuyo 90% no ha sido ni siquiera identificado. Pero estos proyectos también pueden tener un efecto en las áreas naturales que son considerados como sitios sagrados para ciertas comunidades indígenas (debiendo que la

asignación de lo “sagrado” es un acto cultural colectivo), sin que exista una regulación legal específica en este tema de la sacralidad y sus alcances, aunque debemos reconocer que podemos ayudarnos con la legislación ecológica.

Otros proyectos productivos pueden tener una influencia en temas que forman parte de valores culturales comunitarios trascendentes. Recordemos la reacción cuando la ahora célebre película “Coco” iba a ser originalmente nombrada como “Día de Muertos”. Ante la reacción negativa de las autoridades culturales mexicanas y una parte de la población -basado en el hecho de que esta festividad tiene un valor colectivo no solo para nuestro país, sino que es Patrimonio Cultural Inmaterial de la Humanidad- propició que la empresa titular de este proyecto decidiera modificar el nombre del filme. No olvidemos que recientemente una tienda departamental se encontró en una discusión muy acalorada porque estaba vendiendo unas muñecas de inditas (como se conocen popularmente) fabricadas en China que en realidad son una artesanía representativa de las comunidades de la región de Amealco en Querétaro (recordemos la polémica que se suscitó hace algunos años por la venta de imágenes religiosas de la Virgen de Guadalupe provenientes de China).

No olvidemos la polémica que provocó la deficiente restauración de la famosa estatua del Caballito en el Centro Histórico de la Ciudad de México por parte del gobierno local o el problema que generó el gobierno del Estado de Puebla con su proyecto de construir un teleférico de la zona de los fuertes hasta el corazón del Centro Histórico de su ciudad capital, destruyendo una serie de edificaciones históricas.

Todos los casos que hemos mencionados nos presentan conflictos entre quienes autorizan y ejecutar estos proyectos y quienes sienten que sus derechos culturales son violentados. En este nivel de conflicto, podemos afirmar que con la reforma constitucional en materia de Derechos Humanos ha otorgado a los ciudadanos un mecanismo de defensa para la protección de estas prerrogativas.

Sin embargo, el siguiente nivel de controversia que es el que se refiere a las empresas que se encuentran involucradas en la cancelación o responsabilidades que conllevan estos proyectos, especialmente porque la legislación cultural es omisa en la regulación de muchas de estas realidades. Por ejemplo, el Patrimonio Cultural Inmaterial ni siquiera cuenta con una norma jurídica específica en nuestro país y solo se puede limitar a la regulación relacionada a lo que la Ley Federal del Derecho de Autor llama cultura popular. Muchas disposiciones en materia cultural dejan algunas determinaciones al órgano estatal, pero no están enfocadas a la realización o normalización de proyectos empresariales o de inversión: baste señalar que algunas normas legales (como es la legislación en materia de monumentos históricos fue promulgada en 1972 y casi no ha tenido cambios) otorga una extremada discrecionalidad a las autoridades provocando constantes situaciones de incertidumbre entre las empresas que pretender llevar a cabo proyectos que puedan tener una incidencia cultural.

En la mayoría de los casos, los proyectos que provocan conflictos en materia cultural no tienen una intención de dañar el valor de estos bienes culturales, pero tienen profundos problemas en cuanto a su concepción y principalmente su ejecución o implementación, sin que la normatividad actual pueda ofrecer una clara respuesta en caso de conflictos.

Es ahí donde encontramos la utilidad que puede tener el Peritaje dentro de este tipo de controversias, en la que expertos en diversas facetas materias que involucran el universo cultural puedan determinar los aspectos técnicos-fácticos involucrados en una controversia entre partes que participaron una relación comercial que involucraba de una u otra manera este tipo de bienes.

Consideramos que existen algunos tipos de MASC como el arbitraje de inversión, el arbitraje en materia de construcción y el arbitraje en materia de propiedad intelectual que bien podrían beneficiarse y utilizar este tipo de mecanismos.

La celeridad, flexibilidad y sobre todo confiabilidad a partir de su imparcialidad, independencia y expertise que el Peritaje denota son sus grandes ventajas que pueden ofrecer para la solución de controversias.

Conclusiones

González de Cossío (2014) inicia su obra “Arbitraje” con la siguiente frase: “La Idea: los problemas no son uniformes, por lo que su solución (y mecanismo para arribar a ella) tampoco lo es”. (pág. 9) Dicha frase me parece una adaptación para los MASC de una de las frases más célebres de la literatura mundial, la frase con la que León Tolstói inicia su inmortal novela

“Ana Karenina”: “Todas las familias dichosas se parecen, pero las infelices lo son a su manera”.

Cada conflicto es diferente, cada materia es particular y el MASC que pueda ofrecer un mejor tratamiento a las problemáticas que alimentan a la controversia también deben ser el apropiado.

Los aspectos culturales relacionados a los negocios son normalmente complejos y tiene un trasfondo profundo (recodemos lo señalado por Fumaroli) que requieren que, en caso de conflicto, se prevea un mecanismo especializado para su resolución.

El Peritaje ha demostrado, siendo vinculante o no, que puede ofrecer de una manera exitosa de resolver adecuadamente problemáticas técnico-fácticas, por lo que se concluye que es un mecanismo valioso cuando la controversia involucra o versa sobre estas cuestiones.

Consideramos que es especialmente relevante cuidar cuatros aspectos para asegurar que el Peritaje cumpla con su función: la determinación del experto correcto, la definición clara de las cuestiones a valorar, la suficiencia de la información y elementos que las partes aporten se aporten y, por último, la calidad de la opinión final emitida por el perito.

A partir de la globalización, la expansión de las industrias culturales y del propio entendimiento de la cultura en el ámbito del desarrollo económico, podemos señalar, sin lugar a equivocarnos, que los aspectos culturales están cada día más presentes en los negocios

internacionales y en algunos casos, son la materia misma de las controversias en carácter comercial.

También encontramos que los MASC han tenido un desarrollo y aceptación no solo hacia el mundo de los negocios sino también hacia otras ramas del derecho ofreciendo nuevas formas de resolución de conflictos.

Es por ello que consideramos que el Peritaje se presenta como uno de los MASC más interesantes en el futuro para dilucidar controversias de carácter comercial que puedan tener estar relacionadas con aspectos culturales, reafirmando la importancia de este mecanismo en la solución de este tipo de conflictos, reafirmando la trascendencia que este tipo de mecanismos tendrán en el futuro.

Bibliografía

Franck , T. y Cherkis L. (1967). The Problems of Fact-Finding in International Disputes. Case Western Reserve Law Review. (Volume 18. Issue 5). Recuperado el 22 de junio de 2018 de <https://scholarlycommons.law.case.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4541&context=caselrev>

Fumaroli, M. (2007). El Estado Cultural (Ensayo sobre una religión moderna). Barcelona. Quaderns Crema, S.A. Sociedad Unipersonal.

González de Cossío, F. (2014). Arbitraje. México, Editorial Porrúa.

Macho Gómez, C. (2014). “Los ADR <<alternative dispute resolution>> en el Comercio Internacional”. Cuadernos de Derecho Transaccional (Octubre de 2013). Recuperado el 22 de junio de 2018 de <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/1828>.

REFLEXIONES SOBRE LA EJECUCIÓN DEL LAUDO ARBITRAL

Por: Magistrado Fernando Rangel Ramírez
***Trabajo final de acreditación del Diplomado de Arbitraje**
ICC México - Escuela Libre de Derecho

SUMARIO: I. Introducción., II. Notas generales sobre el arbitraje comercial., III. La eficacia del laudo arbitral., IV. ¿Es posible decretar embargo precautorio en el juicio especial sobre transacciones comerciales y arbitraje para la ejecución de un laudo arbitral?, V. Conclusiones., VI. Bibliografía.

I. Introducción

La actividad jurisdiccional cotidiana da la oportunidad de intervenir –en instancia común mercantil y en juicios de amparo- en la tramitación y solución de procedimientos de ejecución de laudos arbitrales, así como en acciones de nulidad de laudo.

Ello ha permitido corroborar que el arbitraje comercial es un procedimiento ágil, flexible y que permite a las partes tener una solución al conflicto en un plazo más breve que aquel que

ordinariamente lleva un procedimiento judicial en todas sus instancias ordinarias y extraordinarias.

La agilidad del arbitraje suele diluirse cuando alguna de las partes muestra inconformidad con el laudo y promueve su nulidad ante la autoridad judicial.

La evolución del procedimiento judicial para demandar la nulidad del laudo o solicitar su ejecución ha tenido grandes cambios, pues el procedimiento judicial para esos fines, inicialmente, se tramitaba en una vía incidental, cuya resolución, si bien no era impugnabile a través de recurso ordinario alguno, se podía combatir a través del juicio de amparo indirecto, lo que propiciaba que la resolución dictada en ese medio de defensa extraordinario fuera recurrible a través del recurso de revisión, por lo que la celeridad pretendida por las partes para la solución del conflicto dirimido en arbitraje, en muchos casos se convertía en una ilusión.

A partir de las reformas al Código de Comercio de 27 de enero de 2011, para demandar la nulidad del laudo o pedir su reconocimiento o ejecución, el legislador ordinario instituyó el llamado juicio especial de transacciones comerciales y arbitraje, cuyas resoluciones son irrecurribles y, por ello, en su contra sólo procede el juicio amparo directo que ordinariamente es uniinstancial.

Lo que evidencia la intención del legislador de instrumentar, en la legislación mercantil, procedimientos cada vez más expeditos cuyo objetivo es materializar, en forma ágil y pronta, el derecho contenido en el laudo.

Evolución que ha tenido correspondencia en la jurisprudencia de los tribunales federales al reconocer que contra la sentencia emitida en este juicio especial de transacciones comerciales y arbitraje, sólo procede el amparo directo contra la resolución final, salvo el caso de los actos procesales que causen una afectación de imposible reparación en los derechos sustantivos de los gobernados, pues contra estos procederá el amparo indirecto.

Aunado a ello, se estima que las partes que se someten al arbitraje evidencian, con ese solo hecho, su buena fe de cumplir con las disposiciones contractuales y su intención evidente de contar, en caso de diferencias o ante el surgimiento de alguna controversia, con un método sencillo, rápido y eficaz para su solución, así como su disposición para acatar lo resuelto por el árbitro o tribunal arbitral.

Con base en las anteriores características generales del arbitraje comercial y lo previsto en la legislación mercantil mexicana, en este espacio, en primer lugar, se hacen algunas consideraciones generales y breves sobre la naturaleza y mecanismo del arbitraje.

Posteriormente, se exponen las causas por las cuales se estima que, al ser el laudo arbitral una resolución definitiva, irrecurrible y vinculatoria para las partes desde el momento mismo de su emisión, ello lo dota de fuerza ejecutiva –al igual que las sentencias judiciales con estatus de cosa juzgada- que hace posible su ejecución, incluso en forma coactiva, con auxilio de la autoridad judicial, para que el vencedor pueda obtener del vencido el cumplimiento de aquello que conforme al laudo le corresponde.

Con base a esas premisas, se tratará de demostrar que el juicio especial de transacciones comerciales y arbitraje, para la ejecución de un laudo arbitral, es en realidad un procedimiento de ejecución y las causas por las que en ese juicio es posible emitir, a petición de la parte actora, un embargo precautorio.

II. Notas generales sobre el arbitraje

Al igual que el proceso jurisdiccional, el arbitraje es un método heterocompositivo para la solución de conflictos, pues en ambos la solución del litigio proviene de un tercero ajeno a la relación sustancial.

El arbitraje es, por tanto, un mecanismo alternativo de solución de controversias de naturaleza convencional, pues se finca en la autonomía de la voluntad, con sustento en la libertad contractual de las partes.

De esa forma, el llamado pacto arbitral constituye un compromiso que las partes en una relación contractual hacen para que alguna, varias o todas las controversias derivadas de ese contrato, se resuelvan a través del arbitraje.

El arbitraje se pacta en los contratos mercantiles, en forma ordinaria, mediante una cláusula a la que se conoce como pacto o compromiso arbitral.

El artículo 17, párrafo segundo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, consagra el derecho fundamental de acceso al servicio público de impartición de justicia, con la indicación que ésta debe ser pronta, expedita y gratuita.

No obstante, es una realidad que los órganos jurisdiccionales tradicionalmente cuentan con una gran carga de trabajo que, incluso, se incrementa año con año, lo que, en muchas ocasiones, hace materialmente imposible cumplir a cabalidad con los principios de prontitud y expedites en la impartición de justicia.

Ello motivó que el Constituyente permanente –en el artículo 17, párrafo quinto, de la Constitución Federal- reconociera la necesidad que en la legislación ordinaria se regularan mecanismos alternos de solución de controversias.

De esa forma, siempre que se trate de derechos disponibles o que legalmente no estén excluidos del arbitraje, el propio artículo 17 constitucional –conforme al principio de autonomía de la voluntad- permite que los gobernados cuenten con dos vías alternas para que se les administre justicia: sea a través del servicio público y gratuito a cargo de los tribunales estatales, o bien mediante algún mecanismo alternativo de solución de controversias, como el arbitraje.

Luego, a través del compromiso de arbitraje, las partes ejercen su derecho fundamental de acceso a la justicia para que la decisión del litigio corra a cargo de un árbitro o tribunal arbitral.

Esto es, las partes abdican, en forma voluntaria, a que las controversias que lleguen a surgir entre ellas –derivadas de una relación contractual- se resuelvan en el ámbito judicial.

Dado su origen contractual, el arbitraje comercial se rige por las reglas que las propias partes establezcan en la cláusula de arbitral, sea a través de un procedimiento convencional –*ad*

hoc- o por someterse al reglamento de alguna institución que administre ese tipo de procedimientos.

Lo anterior encuentra sustento en lo previsto en el artículo 1051 del Código de Comercio, que reconoce como procedimiento mercantil preferente el que libremente convengan las partes, sea éste judicial o en arbitraje.

Si las partes pactan el arbitraje, pero omiten señalar las reglas conforme a las cuales se substanciará el procedimiento y el litigio se debe llevar a cabo en México, se adoptarán las reglas del Título Cuarto del Código de Comercio, denominado *Del Arbitraje Comercial*, el cual, conforme a la reforma de 22 de julio de 1993, recoge sustancialmente las disposiciones de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional emitida por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

Conforme lo expuesto, el arbitraje comercial, como mecanismo alternativo de solución de controversias, pretende dar mayor celeridad y flexibilidad en la solución de los conflictos que se suscitan en el ámbito comercial, en razón de los costos y tiempos mayores que en ocasiones acarrea, a las partes involucradas, la sustanciación del procedimiento judicial.

Ello, pues a diferencia del arbitraje, las resoluciones judiciales son impugnables a través de medios de defensa ordinarios o extraordinarios, o por ambos en forma sucesiva; mientras que las órdenes procesales, las resoluciones dictadas durante el curso del arbitraje y los laudos, no son objeto de recurso alguno, lo cual propicia que el procedimiento pueda ser más rápido y expedito.

Como todo procedimiento en el que se dirime una controversia entre partes, el arbitraje está sujeto al respeto de las formalidades esenciales del procedimiento.

Ello, pues aun cuando el procedimiento arbitral nace por la voluntad de los contratantes y se desarrolla en sus distintas fases por los plazos y con las modalidades por ellos pactados, estos no tienen la facultad de renunciar, por ejemplo, al derecho del demandado a ser notificado de la pretensión que se plantea en su contra, o al derecho de defenderse, probar y alegar en un plano de igualdad entre partes.

En consecuencia, dentro del procedimiento arbitral, las partes cuentan con la flexibilidad de pactar la forma en que se substanciará el procedimiento y los plazos que en él se deben observar, con la limitante que lo acordado siempre debe respetar el cumplimiento de las formalidades esenciales del procedimiento, de tal manera que se garantice que ambas partes, en un plano de igualdad, puedan ejercer plenamente sus derechos de acción, defensa y contradicción.

Tan es así que una causa de nulidad o para no ejecutar el laudo arbitral se da, precisamente, cuando durante el procedimiento no se respetaron esas formalidades esenciales.

La solución del litigio en el arbitraje se da a través de la emisión de un laudo que tiene fuerza vinculatoria para las partes, derivado precisamente de la voluntad de éstas de someter sus diferencias a la decisión del árbitro o tribunal arbitral.

Así, el laudo comparte, en cuanto a su efecto vinculatorio para las partes, la naturaleza de una sentencia ejecutoria emitida por un juez del Estado; con la diferencia que el laudo no puede

ser ejecutado por el árbitro o tribunal arbitral que lo emitió, pues además de carecer del imperio de las autoridades del Estado –en virtud que su jurisdicción deriva del acuerdo de voluntades de las partes y no de la ley-, su función concluye precisamente con el dictado del laudo.

El laudo es, por tanto, un acto materialmente jurisdiccional y su obligatoriedad frente a las partes contendientes deriva de la voluntad de éstas expresada en el pacto de arbitraje.

Ordinariamente, el laudo arbitral no está sujeto a la revisión de una instancia superior ni judicial ni por la institución que, en su caso, administre el arbitraje, a menos que las partes pacten lo contrario o la *lex fori* o el reglamento arbitral dispusieran algún mecanismo de revisión.

La controversia sometida al arbitraje se resuelve, entonces, con la sola emisión del laudo.

Lo que ratifica que el laudo equivale a una sentencia definitiva firme –pues sólo se podrá solicitar su nulidad ante la autoridad judicial en los concretos casos que la ley establezca, pero sin que con ello pueda juzgarse sobre la legalidad de lo resuelto en el fondo en el laudo-, que adquiere el estatus de cosa juzgada desde el momento mismo de su emisión.

En consecuencia, el cumplimiento del laudo queda supeditado, en un primer momento, a la voluntad de quien resultó condenado; en caso que ello no ocurra, se deberá acudir al auxilio de la autoridad judicial.

III. La eficacia del laudo arbitral

Como se ha visto, dado el principio de voluntariedad y libertad contractual que rige en el arbitraje, el laudo arbitral constituye una resolución definitiva, inimpugnable y vinculatoria para las partes; por tanto, de ello deriva que el laudo es eficaz, válido y de observancia obligatoria para las partes, por su sola emisión.

Ello, pues el Título Cuarto del Código de Comercio, denominado *Del Arbitraje Comercial*, que, como se ha visto, recoge la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional emitida por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, no condiciona la eficacia del laudo a ningún requisito adicional.

Luego, bastará que el laudo satisfaga los requisitos previstos en la legislación aplicable –y que se reducen a que se emita por escrito; contenga las firmas del o los árbitros o de la mayoría de estos, previa razón que justifique la omisión de los que no lo hagan; se encuentre motivado, a menos que las partes hayan renunciado a esta formalidad; y consten la fecha y el lugar en que se emitió- para que sea válido y eficaz con su sola emisión.

Es evidente que para poder ser exigible el cumplimiento del laudo, éste debe ser notificado a las partes.

Por tanto y dados los principios que rigen al arbitraje, la eficacia del laudo sólo puede quedar supeditada a un acontecimiento posterior a su emisión si así lo establece expresamente la legislación aplicable o si lo pactan las partes.

Lo anterior, pues salvo las excepciones indicadas, la eficacia del laudo de ninguna forma queda condicionada:

- a) A su reconocimiento u homologación por la autoridad judicial.
- b) A que transcurra el plazo legal para demandar la nulidad del laudo sin que se promueva la demanda respectiva.
- c) Se desestime en sentencia firme la acción de nulidad del laudo.

Ello, pues una vez emitido el laudo, conforme a lo pactado por las partes o por virtud de lo dispuesto en la legislación mercantil, sólo se pueden presentar los siguientes escenarios:

- 1) Se pida su aclaración o se solicite la interpretación de algún punto o parte concreta del laudo.
- 2) Se solicite la emisión de un laudo complementario que resuelva sobre algún punto de la controversia cuyo estudio se hubiere omitido.
- 3) Se ejerza la acción de nulidad de laudo por estimar el actor se actualiza alguna de las causas que limitativamente prevé la legislación aplicable. En el procedimiento de nulidad sólo se verifican aspectos meramente formales y no la legalidad de lo resuelto en el fondo por el árbitro o el tribunal arbitral.
- 4) Se solicite su ejecución forzosa al no existir cumplimiento voluntario de la parte que haya resultado condenada.

La eficacia del laudo desde su emisión, como resolución definitiva y vinculatoria para las partes contendientes, se ratifica con el hecho que, de conformidad con la reforma al Código

de Comercio de 27 de enero de 2011, para el reconocimiento y ejecución del laudo arbitral ya no se requiere de previa homologación.

La homologación consistía, básicamente, en un reconocimiento que hacía un juez estatal sobre la regularidad de un laudo pronunciado por un árbitro nacional o extranjero; es decir, implicaba la aprobación judicial de un acto jurídico que no había adquirido toda su eficacia jurídica.

IV. ¿Es posible decretar embargo precautorio en el juicio especial sobre transacciones comerciales y arbitraje para la ejecución de un laudo arbitral?

Para responder esta interrogante, en primer lugar, debe reiterarse que el arbitraje es un procedimiento cuya finalidad es la solución de una controversia.

Por ello, el juicio especial sobre transacciones comerciales y arbitraje, para la ejecución de un laudo arbitral, en realidad constituye sólo un procedimiento de verificación de requisitos formales y ejecución, pues el litigio sustancial entre las partes fue resuelto por el laudo a cuyo cumplimiento voluntario se rehúsa la parte que fue condenada en éste.

Luego, aunque el mencionado procedimiento constituye un verdadero juicio, la labor del juez se limita a examinar que el laudo, como documento base de la acción de ejecución, satisfaga los requisitos previstos en el artículo 1448 del Código de Comercio y no se actualice alguna de las hipótesis previstas en el artículo 1462 del mismo ordenamiento.

En este proceso de verificación que lleva a cabo el juez, como se ha expuesto, no le es dable examinar el fondo de la resolución, la legalidad de sus consideraciones ni de la decisión que se haya adoptado en el laudo.

Por tanto, es claro que el laudo, como documento base de la acción de ejecución, no contiene un derecho dudoso, pues la condena en él contenida es irrecurrible, firme y vinculatoria para las partes por su sola emisión; en consecuencia, es apto para despachar ejecución para el cumplimiento de lo ahí determinado, ya que la eficacia del laudo sólo se perderá si se decreta expresamente su nulidad o se determina por el juez estatal la existencia de alguna causa legal que impida su ejecución.

De esa forma, al igual que en los procedimientos ejecutivos, el juicio especial sobre transacciones comerciales y arbitraje, para la ejecución de un laudo arbitral, tiene como presupuesto un título que, conforme lo previsto en el artículo 1391, fracción I, del Código de Comercio, es ejecutivo al consignar una decisión eficaz y firme que vincula a su cumplimiento a la parte que resultó condenada en el laudo.

Por ello, mientras no se decrete judicialmente la nulidad o ineficacia del laudo, éste constituye una presunción *iuris tantum* de que el derecho del actor en el juicio especial sobre transacciones comerciales y arbitraje, para la ejecución de un laudo arbitral, es legítimo y está suficientemente probado para que sea, desde luego, atendido.

La presunción que deriva del laudo en el sentido que el derecho del actor es legítimo, no impide a la parte contraria oponer las excepciones y ofrecer las pruebas que estime conducentes encaminadas a desvirtuar esa presunción.

Esto es, el demandado en este juicio especial tiene el derecho y la oportunidad de demostrar que el laudo carece de alguno o varios de los requisitos previstos en el artículo 1448 del Código de Comercio, o bien, que se actualiza alguna de las hipótesis previstas en el artículo 1462 del mismo ordenamiento que impide su ejecución.

Por tanto, al tratarse de un procedimiento especial y sumario, cuyo objeto es la ejecución de un documento que tiene el carácter de título ejecutivo, al juzgador sólo le será dable examinar, además de los presupuestos procesales, las excepciones tendentes a demostrar que:

1. El demandado ya cumplió con la condena establecida en el laudo.
2. Existió convenio entre las partes a través del cual se modificó en todo o en parte la obligación derivada del laudo.
3. El laudo no satisface los requisitos previstos en el artículo 1448 del Código de Comercio o se actualiza alguna de las hipótesis previstas en el artículo 1462 del mismo ordenamiento.

Ahora, el hecho que el juicio especial sobre transacciones comerciales y arbitraje, para la ejecución de un laudo arbitral, se sustente en un documento que conforme a la legislación mercantil trae aparejada ejecución, no lleva a determinar que dicho procedimiento constituya

una vía ejecutiva conforme lo previsto en el Libro Quinto, Título Tercero, del Código de Comercio.

Ello, pues al regular el legislador un juicio especial en el propio Libro Quinto, Título Cuarto, del Código de Comercio, es evidente que la vía judicial para el reconocimiento y ejecución del laudo debe ser a través de ese juicio especial.

El establecimiento de una vía especial y no ejecutiva para la ejecución del laudo, no obstante que éste es título ejecutivo conforme lo previsto en el artículo 1391, fracción I, del citado ordenamiento, no integra antinomia alguna ni lleva a estimar que el establecimiento de esa vía especial derogue implícitamente el carácter de título ejecutivo al laudo arbitral.

Por el contrario, la regulación de un juicio especial para la ejecución del laudo y el reconocimiento legal a este último documento de constituir título ejecutivo, se complementan, pues por virtud que el artículo 17, párrafo quinto, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, reconoce expresamente la existencia de mecanismos alternativos de solución de controversias; es evidente que a los laudos emitidos en el arbitraje –que constituye uno de esos mecanismos-, le resulta aplicable, por analogía y mayoría de razón, el principio consagrado en el propio artículo 17, párrafo séptimo, de la Carta Magna, en el sentido que las resoluciones judiciales deben ser plenamente ejecutadas.

Lo que explica que el legislador secundario, en las reformas al Código de Comercio de 27 de enero de 2011 –que, entre otras cuestiones, suprimió el requisito de homologación-, no haya eliminado el atributo de título ejecutivo a los laudos arbitrales inapelables.

Conforme a lo expuesto, se estima procedente que el juez, en el juicio especial sobre transacciones comerciales y arbitraje, para la ejecución de un laudo arbitral, pueda decretar, a petición de la parte actora, un embargo precautorio conforme lo previsto en el artículo 1391, fracción I, del Código de Comercio.

Pues se debe atender a los principios básicos del arbitraje y el objetivo fundamental de los mecanismos alternos de solución de controversias, que es dotar a los gobernados de procedimientos ágiles y flexibles que les permitan encontrar la solución a sus conflictos en una forma más cómoda y expedita en comparación con el procedimiento judicial.

La reforma al Código de Comercio de 27 de enero de 2011 evidencia la intención del legislador, derivado de lo dispuesto en el artículo 17, párrafos segundo, quinto y séptimo, de la Constitución Federal, de encontrar, a través del juicio especial sobre transacciones comerciales y arbitraje, un medio más apto y eficaz para lograr la ejecución de los laudos que no fueron cumplidos voluntariamente por quienes fueron condenados.

Pues no puede perderse de vista que la jurisdicción del árbitro o tribunal arbitral deriva de la voluntad de las partes plasmada en un contrato; luego, es evidente que, por esa razón, el árbitro carece de imperio para ordenar o llevar a cabo, por sí mismo, la ejecución del laudo, pues incluso su actividad concluyó con la emisión de éste.

Por tanto, conforme al principio de tutela judicial efectiva que, como se ha visto, resulta aplicable a los laudos arbitrales, el legislador instituyó un procedimiento sumario y ágil que, sin

menoscabar los derechos de defensa y contradicción, hiciera viable se pudiera materializar en forma pronta y expedita la ejecución de los laudos cuya eficacia no fue desvirtuada.

De esa forma, en tanto el demandado hace valer las defensas que estime pertinentes en el juicio especial sobre transacciones comerciales y arbitraje, para el reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral, y mientras la eficacia del laudo no se desvirtúe, el juez, a petición de parte –en virtud que el capítulo que regula este juicio especial no regula que el juzgador pueda despachar oficiosamente auto de exequendo con la sola presentación del laudo-, está facultado para decretar el requerimiento de pago y embargo atento a lo previsto en el artículo 1391, fracción I, del Código de Comercio.

Así, el atributo de título ejecutivo que la ley atribuye al laudo arbitral inapelable es el complemento apto e idóneo para que el juzgador, en el juicio especial sobre transacciones comerciales y arbitraje, materialice en forma ágil y efectiva la ejecución del laudo arbitral y haga realidad el derecho ahí consignado, evitando con ello que la justicia administrada a través del arbitraje y la condena contenida en el laudo se tornen ilusorias o se haga nugatorio el derecho reconocido a quien resultó vencedor.

Máxime que el capítulo que regula el juicio especial sobre transacciones comerciales y arbitraje no prohíbe ni permite expresamente la posibilidad que cuando se pida la ejecución del laudo, a petición de parte, se decrete un embargo precautorio para asegurar la ejecución de la condena contenida en el laudo cuya ejecución se solicita.

De esta forma, la circunstancia que en el Libro Quinto, Título Cuarto, del Código de Comercio, no se prevea textualmente que al inicio del juicio especial de transacciones comerciales y arbitraje pueda dictarse mandamiento de ejecución, no puede interpretarse como una prohibición para ello.

Lo anterior, pues esa falta de permisión o prohibición expresa debe interpretarse atendiendo a la circunstancia que el propio Código de Comercio prevé que un laudo arbitral inapelable:

1. Trae aparejada ejecución.
2. No requiere homologación.
3. Sólo puede ser objeto de análisis en cuanto a aspectos de forma.

Elementos todos que ratifican que al ser el laudo arbitral un documento válido y eficaz, derivado que no requiere homologación y ser, por disposición de la ley, un título ejecutivo –al contener un adeudo cierto, líquido y exigible-, y la finalidad del referido juicio especial para la ejecución del laudo; es procedente se decrete, a petición de parte interesada, una ejecución provisional.

Se dice que es provisional, porque –al igual que en los juicios ejecutivos en donde el documento base de la acción es un título ejecutivo que, por ende, no contiene un derecho dudoso- la ejecución definitiva del laudo arbitral precisa la satisfacción plena de la garantía de audiencia a favor del demandado, a fin que éste pueda ejercer su derecho de defensa y tenga la oportunidad de probar las causas por las que, en su opinión, el laudo no puede ejecutarse.

Luego, una vez agotado el referido procedimiento especial, si no se desvirtúa la eficacia del laudo, procederá su ejecución definitiva.

De lo expuesto deriva que el embargo precautorio que se puede decretar en el juicio especial de referencia, al sustentarse en un título que por disposición expresa de la ley tiene el carácter de ejecutivo, comparte las características de las medidas cautelares, pues con él se pretende garantizar o asegurar la condena contenida en el laudo arbitral –cuyo reconocimiento y ejecución son materia del mencionado juicio especial-, por el tiempo que dure el procedimiento principal; esto es, la vigencia de ese embargo precautorio no es permanente ni indefinida, sino que su duración depende de lo que se resuelva en el asunto natural.

No obstante, es pertinente destacar que para la procedencia de este embargo precautorio, no es procedente atender a lo previsto en el artículo 1175 del Código de Comercio, precisamente porque aquí el embargo podrá despacharse por el solo hecho que el laudo arbitral es título ejecutivo conforme lo previsto en el artículo 1391, fracción I, del mismo ordenamiento. Esto es, por consignar un derecho que no es dudoso.

Incluso, el que se tenga la posibilidad de embargar bienes al inicio del referido juicio especial contribuye con el principio de seguridad jurídica, que recae en una correcta o efectiva impartición de justicia, pues no puede soslayarse que con el embargo se busca asegurar el derecho contenido en el laudo cuyo reconocimiento y ejecución se pretende obtener.

V. Conclusiones

1. El arbitraje es un mecanismo alternativo de solución de controversias cuya finalidad es dotar a las partes de un procedimiento que solucione la controversia habida entre ellas de manera sencilla, rápida y eficaz.
2. El laudo es una resolución eficaz, válida y de observancia obligatoria para las partes, por su sola emisión, lo cual se ratifica por el hecho que, conforme a la legislación mercantil vigente, para su ejecución no es necesaria homologación judicial previa.
3. La eficacia del laudo sólo se perderá si se decreta expresamente su nulidad o se determina por el juez estatal la existencia de alguna causa legal que impida su ejecución.
4. Al laudo arbitral le resulta aplicable el principio de tutela judicial efectiva conforme al cual, el Estado debe implementar los mecanismos necesarios para que las resoluciones que dirimen las controversias, sean plenamente ejecutadas.
5. El juicio especial sobre transacciones comerciales y arbitraje, para la ejecución de un laudo arbitral, constituye un procedimiento sumario y ágil que, sin menoscabar los derechos de defensa y contradicción, hace viable se pueda materializar en forma pronta y expedita la ejecución de los laudos cuya eficacia no fue desvirtuada.
6. Este juicio constituye sólo un procedimiento de verificación de requisitos formales y ejecución, pues el litigio sustancial entre las partes fue resuelto por el laudo a cuyo cumplimiento voluntario se rehúsa la parte que fue condenada en éste.

7. El laudo, al contener un derecho que no es dudoso y ser título ejecutivo conforme lo previsto en el artículo 1391, fracción I, del Código de Comercio, es apto para que, con base en él, a petición de la parte interesada, proceda decretar en el juicio especial sobre transacciones comerciales y arbitraje, embargo precautorio para garantizar el derecho consignado en el laudo.
8. El hecho que el Código de Comercio prevea un juicio especial para la ejecución de un laudo arbitral y, además, establezca que este último es título ejecutivo, no entraña contradicción alguna ni deroga ese atributo legal del laudo; por el contrario, es la forma en como el legislador dotó de mayor eficacia al juicio especial sobre transacciones comerciales y arbitraje, para hacer realidad el principio de tutela judicial efectiva respecto de lo resuelto en el laudo.
9. La procedencia del embargo precautorio, en el juicio especial sobre transacciones comerciales y arbitraje, deriva de su atributo legal de ser título ejecutivo; por ello, no es necesaria la satisfacción de los requisitos previstos en el artículo 1175 del Código de Comercio.

VI. Bibliografía

- Ovalle Favela, José. *Derecho Procesal Civil*. Editorial Harla, S.A. de C.V. Séptima edición. México, 1996.
- Graham Tapia, Luis Enrique. *El Arbitraje Comercial*. Editorial Themis. México, 2010.

- Pereznieto Castro, Leonel y otro. *Tratado de Arbitraje Comercial Internacional Mexicano*. Segunda edición, Editorial Limusa.
- Código de Comercio Comentado por Impartidores de Justicia del Distrito Federal. Editorial Porrúa, México, 2011.

LAS REGLAS DE PRAGA



Por: **Valeria Bonechi Rocha**
Abogada de Von Wobeser y Sierra S.C.
***Trabajo final de acreditación del Diplomado de Arbitraje**
ICC México - Escuela Libre de Derecho

INTRODUCCIÓN

Las Reglas Sobre la Tramitación Eficiente de los Procedimientos en el Arbitraje Internacional (las “**Reglas de Praga**”) fueron firmadas el 14 de diciembre de 2018 en Praga, después de cuatro largos años de trabajo en las mismas. El Grupo de Trabajo encargado de la elaboración de ellas estaba compuesto por un número importante de profesionistas y académicos de la comunidad de arbitraje internacional, particularmente de países de origen civilista. La emisión de estas ha causado un revuelo internacional, así como un gran debate.

El presente ensayo tiene como objetivo, en una primera parte, analizar de dónde surgen estas reglas, en qué consisten y su objetivo. En la segunda parte se realizará una comparación entre las Reglas de Praga y las Reglas de la International Bar Association (“**IBA**”) sobre la Práctica de Pruebas en el Arbitraje Comercial Internacional (las “**Reglas de la IBA**”), ya que se ha discutido mucho sobre la relación de estos dos documentos. Finalmente, la tercera parte

busca analizar los debates y las opiniones tanto en contra como a favor de las Reglas de Praga.

I. ANTECEDENTES

Como se adelantó anteriormente, la presente sección tiene como objetivo entender las razones por las cuales se consideró que la emisión de las Reglas de Praga era necesaria.

1. ¿De dónde surgen?

En la 4ta Conferencia de la Asociación Rusa de Arbitraje en abril 2017 sobre la conducción eficiente de los procedimientos en el arbitraje internacional, profesionistas de la comunidad de arbitraje internacional concluyeron que lo que se necesitaba para mejorar el procedimiento eran unas reglas alternativas en materia de prueba. Por lo que se decidió formar el Grupo de Trabajo correspondiente a quien se le encomendó crear una serie de reglas que adoptarán el enfoque civilista en el procedimiento arbitral. Un año después, en abril 2018, el primer borrador de las Reglas de Praga se dio a conocer.

De acuerdo con la nota del Grupo de Trabajo de las Reglas de Praga, actualmente los usuarios del arbitraje se encuentran insatisfechos con el tiempo y los costos de los procedimientos arbitrales. Este descontento es confirmado por el estudio emitido conjuntamente por Queen Mary University y White & Case. Para la realización del estudio, se hizo una encuesta a practicantes del arbitraje, incluyendo a árbitros de tiempo completo, a abogados internos de las empresas, así como a los accionistas de corporaciones. El 97% del

grupo entrevistado indicó que el arbitraje internacional es su método preferido para resolver disputas. Sin embargo, cada vez más hay una preferencia creciente hacia otras formas de “*alternative dispute resolution*” (“**ADR**”) para resolver sus disputas con la esperanza que se puedan reducir costos y sea mucho más eficiente el procedimiento antes de recurrir al arbitraje. Además, la encuesta reveló que el arbitraje debería de incluir reglas en relación con la conducta del árbitro en temas de eficiencia. Por lo mismo, los resultados indicaron que los usuarios del arbitraje les gustaría tener más información de los casos que los llevan los árbitros con la finalidad de evaluar la disponibilidad de los mismos. También, el costo del arbitraje fue calificado como la primera peor característica del mismo y la falta de rapidez como la cuarta peor característica.

En la misma encuesta se preguntó por sugerencias para hacer que el arbitraje sea más eficiente. Las respuestas incluyeron la organización de una conferencia procesal temprana en el procedimiento, la necesidad de los árbitros y los abogados de parte de ser creativos al momento de ajustar el procedimiento al caso concreto en lugar de usar un procedimiento estándar y que los árbitros deberían de limitar el número de páginas y de memoriales. De forma general, el estudio concluye que los usuarios se encuentran satisfechos con el marco general del arbitraje. Sin embargo, hay mucho espacio para mejorar en aspectos procesales y quienes tienen más poder de influencia en la evolución del arbitraje son las instituciones, los grupos de interés de arbitraje (comités, organizaciones como ICCA, IBA, etc.) y los árbitros. Claramente, si bien es cierto que las empresas o las partes prefieren siempre el arbitraje como

medio de solución de controversias, las críticas al tiempo, a los costos y la eficiencia del procedimiento se deben de tener en cuenta y considerar apropiadamente.

Las Reglas de Praga surgen para hacer frente de alguna forma a este tipo de preocupaciones que existen sobre cuestiones procesales. Como bien lo establece su preámbulo:

“[Las Reglas de Praga] pretenden proporcionar a los tribunales arbitrales y a las partes unas pautas o sugerencias para incrementar la eficiencia del arbitraje, potenciando un papel más activo de los tribunales arbitrales en la tramitación de los procedimientos” (Reglas de Praga, Preámbulo).

2. ¿En qué consisten?

Como segundo punto de esta primera parte, se busca ahondar mucho más a fondo en la finalidad de las Reglas de Praga, así como sobre su contenido.

Primero que nada, de acuerdo con el preámbulo de las Reglas de Praga, estas no buscan reemplazar las reglas ya existentes de las instituciones arbitrales. Sino que buscan complementarlas. Estas pueden ser utilizadas como guía o como normas vinculantes, dependiendo de cómo lo pacten las partes. Efectivamente al estudiar el contenido de estas, hay aspectos que ya están cubiertos por los reglamentos existentes de varias instituciones arbitrales, como lo son el Reglamento de la CCI.

Segundo, a estas Reglas se les ha caracterizado como normas de “*soft law*” porque buscan coadyuvar en la optimización de la conducción del procedimiento arbitral.

Tercero, las Reglas de Praga tienen un enfoque *ius civilista*. De hecho, las mismas originalmente fueron concebidas para que fueran aplicadas en controversias donde las partes fueran de países civilistas. Se considera que las Reglas de la IBA, aunque intentan fusionar la tradición civilista y la tradición del derecho común, se acercan mucho más a los conceptos del *common law*.

Posteriormente, se decidió que las Reglas de Praga buscan algo mucho mayor: una gestión más eficiente y expedita del procedimiento arbitral.

“[Las Reglas de Praga] inicialmente concebidas para su aplicación en controversias afectantes a compañías radicadas en jurisdicciones de derecho civil, podría extenderse, de hecho, a cualesquiera otros procedimientos arbitrales en los que la naturaleza de la disputa o su importe justificase una tramitación procedimental más directa, con una mayor involucración activa del tribunal en su gestión; una práctica generalmente bienvenida por los usuarios del arbitraje” (Reglas de Praga, Preámbulo).

Las Reglas de Praga simplemente cuentan con doce artículos enfocados principalmente a cuestiones procesales. Los primeros ahondan respecto de las primeras intervenciones de los árbitros, los segundos están enfocados respecto a la materia de evidencia y los terceros tienen que ver con la asignación de pago de costas y deliberaciones del tribunal arbitral. Se realizará un análisis de cada una de las disposiciones de las Reglas de Praga.

i. Aplicación de las Reglas de Praga

Respecto del alcance las Reglas de Praga, el Artículo 1 de las mismas establece que serán vinculantes en virtud del acuerdo de las partes o de oficio, después de haber oído a las partes. Por lo tanto, si el tribunal arbitral lo considera necesario podría aplicar estas reglas aun si no hay acuerdo de las partes. Simplemente tuvo que haber dado oportunidad a las mismas para pronunciarse al respecto.

“1.2. El tribunal arbitral puede aplicar las Reglas de Praga o cualesquiera de sus disposiciones en virtud del acuerdo de las partes o de oficio después de haber oído a las partes” (Reglas de Praga, Artículo 1.2).

Si consideramos que el principio rector del arbitraje es la voluntad de las partes, si ambas partes están de acuerdo en no aplicar estas reglas, entonces no sería conveniente que el tribunal arbitral las aplicará.

ii. Iniciativa del Tribunal Arbitral

Las Reglas de Praga no establecen nada respecto con la constitución del tribunal arbitral. La segunda disposición de estas está dirigida al tribunal arbitral ya constituido y establece varios elementos novedosos. El tribunal arbitral podrá indicar al momento de recibir el expediente en una reunión preliminar o en una etapa posterior a las partes:

- Los hechos que considera no controvertidos y los que sí son controvertidos;
- Los medios de prueba que consideraría apropiados para demostrar las respectivas pretensiones;

- Su entendimiento de los fundamentos legales en los que las partes basen sus respectivas posiciones;
- Las acciones que las partes y el tribunal arbitral podrían adoptar para acreditar los hechos y fundamentos legales de la demanda y contestación;
- Su opinión preliminar sobre la distribución de la carga de la prueba entre las partes, las pretensiones, las cuestiones controvertidas y el valor y relevancia de la prueba aportada por las partes. Sin que se considere su opinión como una falta de independencia e imparcialidad por parte del tribunal arbitral.

En la comunidad de arbitraje internacional, se ha comentado que lo que buscan estas reglas es que el tribunal arbitral sea mucho más activo en la tramitación del procedimiento, como sucede en las jurisdicciones de derecho civil. Del artículo 2 de las Reglas de Praga, queda clara esta intención. Por ejemplo, el tribunal arbitral puede guiar a las partes sobre los medios de prueba que deberían utilizar desde un principio.

Uno de los elementos más sorprendentes de esta disposición, es la opinión preliminar del tribunal arbitral. Esta facultad se debe de tomar con la debida precaución. Porque aún si las mismas reglas establecen que dicha opinión preliminar no demostrará imparcialidad alguna por parte de los árbitros, si pudiera constituir un riesgo y podría dar motivos para una anulación del laudo.

iii. Determinación de Hechos

Otro elemento novedoso de las Reglas de Praga es que faculta al tribunal arbitral a solicitar de oficio a las partes:

- Pruebas documentales;
- A poner a disposición testigos para que presten declaración durante la audiencia;
- Nombrar peritos;
- Ordenar inspecciones; y
- Adoptar medidas que considere “apropiadas” para la determinación de hechos.

Esta disposición da mucho poder al tribunal arbitral. Incluso parece sobrepasar la voluntad de las partes, que es el principio rector del arbitraje. Cabe señalar que una de las causales de nulidad del arbitraje es que el árbitro se haya extralimitado en sus funciones y haya pronunciado un laudo que haya excedido los términos del acuerdo de arbitraje. Será interesante ver como en los próximos meses se interpreta esta disposición o si efectivamente esto puede o no constituir una preocupación a tener en cuenta.

De acuerdo con una encuesta sobre la práctica de toma de evidencia en el arbitraje realizada por el Grupo de Trabajo integrado por Alexander Khrapoutski, Andrey Panov, Vladimir Khvalei y Roman Zykov, 73% de las personas interrogadas consideran que el tribunal arbitral rara vez usa su derecho para solicitar producción de documentos y el 13% consideran que el tribunal arbitral no tiene derecho a solicitar documentos de oficio. Las Reglas de Praga claramente establecen un papel mucho más activo por parte del tribunal arbitral en la producción de pruebas. Lo cual en la práctica no es usual.

iv. Prueba Documental

La regulación de la prueba documental demuestra que son reglas que se inclinan al sistema de derecho civil ya que exhorta a los usuarios del arbitraje y al tribunal arbitral a evitar

cualquier medio de exhibición documental, incluyendo el famoso “*discovery*”. Este último es muy utilizado en los sistemas de *common law* y es uno de los medios de prueba con los que más choques culturales hay en la práctica entre partes de los distintos sistemas jurídicos.

“Como regla general, se invita al tribunal arbitral y a las partes a evitar cualquier método de exhibición documental, incluido el *discovery* electrónico”

(Reglas de Praga, Artículo 4.2).

También con la finalidad de evitar la presentación de documentos innecesarios, las Reglas de Praga animan al tribunal arbitral a limitar el aporte masivo de documentación para evitar dilaciones innecesarias.

Otro aspecto particular de las Reglas de Praga es la regulación del procedimiento conocido como “*Document Production*”, donde la parte interesada debe solicitar de forma directa al tribunal arbitral sin un intercambio previo con la otra parte, como suele pasar en la práctica. Sin embargo, se debe recordar que las Reglas de la IBA establecen que la solicitud de exhibición de documentos también se presenta al tribunal arbitral y no se mencionan las comunicaciones previas con la otra parte.

El momento para hacer una solicitud de documentos es en una reunión preliminar con el tribunal arbitral y en caso de que se quiera solicitar un documento en una fase posterior, se deberán de tratar de “circunstancias excepcionales”.

“No obstante, si una parte considera conveniente requerir a la parte contraria la aportación de determinados documentos, deberá indicárselo así al tribunal

arbitral en la reunión preliminar, justificando los motivos por los que, en su opinión y en ese asunto específico puede proceder la exhibición documental. Si el tribunal arbitral resulta convencido de la necesidad de la exhibición documental, deberá prever un incidente de aportación documental e incluir su tramitación en el calendario de actuaciones” (Reglas de Praga, Artículo 4.3).

El uso de la palabra “incidente” es propio de los procedimientos jurisdiccionales. Sin embargo, la versión en inglés utiliza la siguiente expresión “[...] *should decide on a procedure for document production.*”

v. **Testigos**

Las Reglas de Praga establecen disposiciones que buscan que el tribunal arbitral tenga mucho más poder para dirigir y controlar el número de testigos, así como el interrogatorio hecho a los mismos. Este tipo de control consiste principalmente en lo siguiente:

- El tribunal arbitral podría decidir en el número de testigos a ser citados para la audiencia;
- El tribunal arbitral podría negar la declaración de un testigo en la audiencia si considera que su declaración es innecesaria;
- El tribunal arbitral podría invitar a un testigo a prestar declaración en la audiencia;
- El interrogatorio del testigo será controlado y dirigido por el tribunal arbitral;
- El tribunal arbitral podrá restringir medidas en el orden de comparecencia de testigos y los tipos de preguntas.

Esto tiene mucha más similitud a algunas de las normas sobre testigos que se tienen en los procedimientos jurisdiccionales de los países civilistas. Es claro que las Reglas de Praga buscan que las Partes no llamen a un número ilimitado de testigos y el procedimiento se alargue por cuestiones procesales innecesarias.

vi. Peritos

Las Reglas de Praga establecen que el propio tribunal arbitral podrá nombrar un perito de oficio y establece toda la serie de obligaciones y protocolos que deberá de seguir el tribunal arbitral en caso de nombrarlo. Por ejemplo, supervisar el trabajo del perito y mantener a las partes informadas sobre su progreso.

Como elemento novedoso, el tribunal arbitral podrá instruir a los peritos – nombrados por las partes y por el mismo – para acordar una lista conjunta de preguntas sobre los contenidos de sus respectivos dictámenes periciales. También, podrá instruir a los peritos que se reúnan, después de haber escuchado a las partes, para que proporcionen al tribunal arbitral (i) una lista de cuestiones en las que los peritos coincidan; (ii) una lista de las cuestiones sobre las cuales los peritos discrepen; y (iii) los motivos de dichas discrepancias, en caso de ser procedente. Esto claramente busca que el tribunal arbitral no se pierda en los dictámenes presentados y pueda tener las discrepancias y los puntos en común de forma clara y pueda resolver de forma mucho más rápida y fácil.

Además, el tribunal arbitral podrá ordenar que el perito nombrado por el mismo y los peritos de las partes emitan un dictamen conjunto. Finalmente, parece ser que las Reglas de Praga establecen una preferencia hacia el perito nombrado por el tribunal arbitral.

vii. *Iura Novit Curia*

Esta disposición es una gran innovación de las Reglas de Praga. Esta es muy popular en ciertos países de Europa y de Latinoamérica. *Iuris Novit Curia* (el juez conoce el derecho), es un principio civilista por virtud del cual el tribunal arbitral tiene la facultad de aplicar normas de derecho, doctrina y jurisprudencia no alegadas por las partes.

“7.1. Cada parte tiene la carga de probar sus pretensiones.

7.2. Sin embargo, el tribunal arbitral podrá aplicar disposiciones legales que no hayan sido invocadas por las partes si así lo estima necesario, incluyendo, entre otras, normas imperativas. En estos supuestos, el tribunal arbitral recabará el parecer de las partes sobre las normas legales que intente aplicar.

El tribunal arbitral también podrá apoyarse en antecedentes legales – aunque no hayan sido citados por las partes – si se refieren a disposiciones legales alegadas por las partes y siempre que las partes hayan tenido oportunidad de expresar su parecer sobre su contenido” (Reglas de Praga, Artículo 7).

Este principio permite una actuación “inquisitiva” por parte del tribunal arbitral para investigar sobre cuestiones de derecho de oficio.

Esta disposición es sumamente interesante ya que el requisito para que el tribunal arbitral pueda invocar estas disposiciones, antecedentes o doctrina no utilizadas por las partes es que se les dé oportunidad de pronunciarse al respecto. De esta forma, el tribunal arbitral puede guiar a las partes en la resolución de la controversia. Además, este requisito puede subsanar

el hecho de que el tribunal arbitral se haya excedido en sus facultades y evitar una posible anulación del laudo.

Este tipo de disposiciones existe en otras jurisdicciones, donde se permite al tribunal arbitral ahondar y aplicar disposiciones de derecho no invocadas por las partes. Como por ejemplo en Suiza. Sin embargo, algunos han argumentado que las partes deben probar su caso y no deben de asumir que el tribunal arbitral “supla” la negligencia de las partes al momento de argumentar y probar sus pretensiones.

viii. Audiencia

Las Reglas de Praga promueven que no se lleve a cabo una audiencia por motivos de costos y tiempo. Efectivamente, la audiencia es de las partes más costosas y que requieren más logística en el procedimiento arbitral. Sin embargo, muchos consideran que la misma es donde los árbitros tienen una mejor visión y comprensión del caso. Además, que es la oportunidad perfecta para que los árbitros se reúnan en persona y puedan deliberar juntos sobre la disputa.

“Con la finalidad de promover la eficiencia y siempre que resulte adecuado para un asunto concreto, el tribunal arbitral y las partes deberán intentar resolver la controversia sobre la base de los documentos remitidos a las actuaciones” (Reglas de Praga, Artículo 8.1).

Otro aspecto particular sobre la audiencia es que las Reglas de Praga promueven que en caso de que se deba de celebrar la audiencia – considerando que debe de ser la excepción -

las partes y el tribunal arbitral deben organizarla de la forma más eficiente posible. Esto incluye la limitación de tiempo de esta y el uso de medios electrónicos de comunicación para evitar el desplazamiento de las partes y de los miembros del tribunal arbitral.

“Si una de las partes solicita la celebración de una audiencia o el tribunal considera procedente su celebración, las partes y el tribunal organizarán la misma de la manera más eficiente posible, incluyendo la posibilidad de limitar su duración y la utilización de videos y comunicaciones electrónicas o telefónicas para evitar que los demás miembros del tribunal arbitral, partes y otros participantes incurran en gastos innecesarios de desplazamiento”
(Reglas de Praga, Artículo 8.2).

Claramente una forma de ahorrar costos es evitar la audiencia y en caso de no ser posible, limitar el número de gente que debe desplazarse. Sin embargo, se debe de considerar que muchas veces es mucho más fácil entender la situación y dilucidar la verdad cuando se puede interrogar a los testigos, a los peritos y a las partes en persona.

ix. Asistencia en un Acuerdo Transaccional

La asistencia en la celebración de un acuerdo transaccional entre las partes es otro de los elementos más innovadores de las Reglas de Praga. Estas últimas promueven que el tribunal arbitral “coadyuve” con las partes a llegar a un acuerdo. Incluso mezcla la figura del mediador con el árbitro al establecer lo siguiente:

“9.2. Cualquier componente del tribunal arbitral también podrá actuar como mediador para alcanzar una solución transaccional de la controversia, con el previo consentimiento escrito de todas las partes.

9.3. Si la mediación no resulta en un acuerdo dentro del plazo acordado, el componente del tribunal arbitral que haya actuado como mediador:

- a. podrá continuar participando en el procedimiento arbitral, una vez obtenido el consentimiento escrito de todas las partes al finalizar la mediación; o
- b. si no obtuviese tal consentimiento escrito, finalizará su mandato, de conformidad con las disposiciones arbitrales aplicables.”

(Reglas de Praga, Artículo 9.2).

Resulta atípico que uno de los árbitros del tribunal arbitral pueda fungir como mediador en un primer momento y luego posteriormente, con acuerdo de las partes, retomar su posición como árbitro en el tribunal. Muchas dudas resultan de esta disposición. Primero, cuál de los árbitros debería de ser este mediador. Forzosamente debería de ser el presidente del tribunal arbitral, si cada una de las partes nombró a su propio árbitro. Segundo, cuál es el momento en el cual esta “mediación” puede llevarse a cabo y tercero, si realmente esta mezcla de figuras y medios de solución de controversias es conveniente.

También, esta disposición parece confiar en la buena fe de las partes. Ya que en un principio puede haber un acuerdo en que el mediador continúe en su función de árbitro. Sin embargo, esto podría dar motivos para una recusación o incluso anulación del laudo.

Sin embargo, esta disposición no es del todo extraña en otras jurisdicciones de derecho civil. Por ejemplo, en Alemania se permite al árbitro facilitar la negociación entre las partes y entonces actuar como un tipo de mediador o conciliador.

Claramente, la finalidad de esta disposición es propiciar la solución autocompositiva de la controversia y así resolverla mucho más rápido. Como lo mencionamos al inicio del ensayo, cada vez más las partes usan otros métodos distintos al arbitraje para solucionar sus controversias antes del arbitraje para ahorrar costos y tiempo. Se tendrá que esperar a ver los resultados prácticos del uso de esta disposición.

Las Reglas de Praga contemplan otras tres disposiciones sobre las (i) conclusiones desfavorables (Artículo 10); (ii) la imputación de costas (Artículo 11); y (iii) las Deliberaciones (Artículo 12). Dichos artículos simplemente plasman aspectos que en la práctica ya se dan. Por ejemplo, la obligación del tribunal arbitral en emitir un laudo lo más pronto posible.

Finalmente, las Reglas de Praga no es un documento muy extenso, pero sin embargo contiene ciertos elementos novedosos que se deben tomar en cuenta y que darán un amplio campo para varias interpretaciones y debates. Efectivamente las Reglas de Praga se aproximan mucho más a la cultura civilista y parecen traer conceptos jurisdiccionales de dichos países al arbitraje.

II. REGLAS DE PRAGA C. REGLAS DE LA IBA

Las Reglas de Praga han sido vistas como un “competidor” a las Reglas de la IBA. Por lo que en esta sección se busca hacer un análisis comparativo entre las Reglas de la IBA y las Reglas de Praga.

1. Diferencias principales y puntos en común entre las Reglas de Praga y las Reglas de la IBA

Mucho se ha discutido y comparado a las Reglas de Praga con las Reglas de la IBA, ya que las primeras se presentan como una alternativa a las segundas. Sin embargo, ambas tienen un punto importante en común para tener en cuenta: ambas son normas de *soft law*, por lo que su efectividad y utilidad dependen de la aplicación e interpretación que le den los tribunales arbitrales.

Como se mencionó anteriormente, las Reglas de Praga nacen como una respuesta a las críticas que las Reglas de la IBA eran mucho más cercanas al sistema *common law*. Por lo que se busca traer reglas y conceptos propios del sistema escrito al procedimiento arbitral. Sin embargo, al final el mismo preámbulo de las Reglas de Praga establece que las mismas se pueden usar en cualquier procedimiento arbitral con independencia de la nacionalidad y origen de las partes. Ya que la finalidad última es hacer que el procedimiento sea mucho más eficiente, ágil y menos costoso.

Muchos consideran que no se debería ver a las Reglas de Praga como un “enemigo” de las Reglas de la IBA, sino como otra opción de reglas que pueden complementar a las ya existentes.

La siguiente tabla presenta una comparación entre algunas de las disposiciones de Reglas de la IBA y las Reglas de Praga: (La siguiente tabla fue elaborada por la autora).

Reglas de la IBA	Reglas de Praga
Prueba documental	
<p>Artículo 3</p> <ul style="list-style-type: none"> • Regula con mucho detalle la producción de documentos. <u>La parte interesada debe probar que son documentos relevantes y sustanciales para la resolución del caso;</u> • Tribunal arbitral puede solicitar a las Partes documentos que considere relevantes y sustanciales para la resolución del caso; • Se presentan copias de los documentos; • Contempla la confidencialidad de los documentos presentados. 	<p>Artículo 4</p> <ul style="list-style-type: none"> • <u>Promueve evitar cualquier medio de exhibición de documentos, incluyendo el <i>discovery</i> electrónico;</u> • Contempla los requisitos para que una parte solicite la producción de un documento. Pero el mismo iniciará con <u>la solicitud de la parte interesada al tribunal arbitral en la reunión preliminar;</u> • La parte interesada deberá establecer que el documento solicitado es <u>“determinante para la resolución del caso.”</u> Se debe analizar qué se considera como “determinante” a la resolución del caso y si es el mismo estándar que establecen las Reglas de la IBA con “relevantes y sustanciales para la resolución del caso”; • El tribunal arbitral también puede ordenar

	<p>producción de documentos;</p> <ul style="list-style-type: none"> • Documentos se presentan electrónicamente y en copia simple; • Contempla confidencialidad de los documentos aportados.
<p>Testigos</p>	
<p>Artículo 4</p> <ul style="list-style-type: none"> • Identificación de testigos en un plazo dado por el tribunal arbitral; • Cualquier persona puede ser testigo; • Tribunal puede solicitar declaración de un testigo por escrito. Mismo artículo establece los requisitos de la declaración testimonial escrita; • <u>Cada testigo que haya presentado una declaración testimonial comparecerá a la audiencia, salvo que las partes acuerden lo contrario;</u> • Si un testigo no comparece a la Audiencia, el tribunal arbitral no tomará en cuenta la declaración testimonial salvo que se determine lo contrario por circunstancias 	<p>Artículo 5</p> <ul style="list-style-type: none"> • En el escrito de demanda o contestación o en otra fase del procedimiento, cada parte debe identificar cada uno de los testigos, circunstancias de hecho que conozcan y a relevancia de su declaración; • <u>Después de escuchar a las partes, el tribunal arbitral decidirá cuáles testigos serán citados a la audiencia.</u> Esta es una gran diferencia con las Reglas de la IBA; • <u>El tribunal arbitral podrá denegar la aportación al procedimiento arbitral de una declaración testimonial escrita.</u> Esto no impide que la parte aporte la declaración de todas formas; • <u>La denegación del tribunal arbitral de la comparecencia de un testigo no limita la facultad del tribunal arbitral de valorar su</u>

<p>excepcionales;</p> <ul style="list-style-type: none"> • Disposiciones sobre la ayuda del tribunal arbitral para facilitar comparecencia de un testigo. 	<p><u>declaración escrita:</u></p> <ul style="list-style-type: none"> • El <u>tribunal arbitral controla y dirige el interrogatorio</u>. Podrá desechar preguntas y optar por restricciones en el interrogatorio.
<p>Peritos</p>	
<p>Artículo 5 Peritos designados por las Partes:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Establece requisitos del dictamen pericial; • Tribunal arbitral puede ordenar que peritos deliberen conjuntamente; • Peritos deben comparecer en la audiencia. <p>Artículo 6 Peritos designados por el tribunal arbitral:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Tribunal arbitral, después de consultarlo con las partes, puede designar un perito; • <u>Deberá de constar en el acta de misión;</u> • Establece la obligación de declaración de independencia del perito; • Reglas sobre el dictamen emitido por 	<p>Artículo 6</p> <ul style="list-style-type: none"> • Si el tribunal arbitral quiere nombrar un perito, deberá recabar sugerencias de las partes. Dichas sugerencias no son vinculantes; • Recomienda al tribunal arbitral que el perito sea de una organización neutral como de alguna cámara de comercio; • <u>Deberá de constar en el acta de misión.</u> Es interesante que se refiera al acta de misión, documento propio de las reglas de la CCI. Además, es un punto en común con las Reglas de la IBA; • El tribunal arbitral debe supervisar el trabajo del perito y <u>mantener a las partes informadas sobre su progreso;</u> • <u>El tribunal arbitral podrá ordenar que se acuerde una lista de preguntas para los peritos.</u> Este punto es novedoso.

<p>el perito;</p> <ul style="list-style-type: none"> • Perito podrá ser interrogado por el tribunal arbitral y las partes o por los peritos de las partes; • Costos del perito serán integrados en las costas del arbitraje. 	<ul style="list-style-type: none"> • <u>El tribunal arbitral puede solicitar a los peritos que realicen una lista de las cuestiones donde hay discrepancia y los motivos de estas, así como de los puntos en común.</u> Este también es un punto novedoso.
<p>Audiencia</p>	
<p>Artículo 8 establece con más detalle el desarrollo de la audiencia sobre el orden de las pruebas y los interrogatorios.</p>	<p>Artículo 8 simplemente recomienda que el tribunal arbitral resuelva con los escritos. En caso de que se celebre la audiencia, promueve que el tribunal arbitral y las partes la organicen de la forma más eficiente. Incluso utilizando medios electrónicos para evitar el desplazamiento de las partes y del tribunal arbitral.</p>
<p>Inspección en sitio</p>	
<p>Artículo 7. Regula mucho más en qué consiste la inspección en sitio.</p>	<p>Artículo 3 simplemente establece que el tribunal arbitral puede ordenar inspecciones “oculares.”</p>
<p>Valoración del tribunal arbitral</p>	
<p>Artículo 9 es bastante extenso y guía al tribunal arbitral sobre el valor que debe darle a las pruebas presentadas por las partes, así como la conducta de las partes cuando no cooperan en la aportación de los documentos solicitados.</p>	<p>Artículo 10 es una disposición de un solo párrafo estableciendo que el tribunal podrá derivar inferencias adversas en contra de la parte que incumpla con las instrucciones del tribunal. Sin embargo, esto ya es una realidad de la práctica del arbitraje.</p>

Las Reglas de Praga contemplan tres conceptos más que las Reglas de la IBA no tienen: la opinión preliminar sobre las pruebas que deberían de presentarse y sobre las pretensiones, la regla de *Iura Novit Curia* y la asistencia del tribunal arbitral como mediador para llegar a un acuerdo transaccional, que ya se explicaron anteriormente.

Claramente, las Reglas de la IBA y de Praga son muy similares en muchos sentidos, particularmente en relación con las pruebas. Sin embargo, sí contienen ciertas diferencias que se deben tener en cuenta. Particularmente, el papel más activo e inquisitivo que se le quiere dar al tribunal arbitral.

El campo de aplicación de las Reglas de Praga es mucho más amplio que el de las Reglas de la IBA porque no se reducen a la forma de aportar evidencia al procedimiento. El objeto último es hacer que el procedimiento sea más eficiente y la forma de hacerlo es dando muchos más poderes al tribunal arbitral.

2. ¿Realmente las Reglas complementan las Reglas de la IBA?

Se ha discutido mucho si las Reglas de Praga atacan a las Reglas de la IBA y si trazan una línea más intensa entre las dos tradiciones jurídicas dominantes (derecho civil y *common law*). Sin embargo, ambas reglas son dos ejemplos claros de *soft law* que buscan llenar las lagunas que existen en lugar de crear más confusión y más contradicciones. La intención de las Reglas de Praga es aportar elementos de la tradición civilista para complementar las reglas ya existentes. Sería un error pensar que lo que se busca es crear “trincheras” que defiendan cada

una de las tradiciones, cuando en realidad lo que se busca es la combinación y adecuación correcta de las mismas para que el procedimiento arbitral sea mucho más eficiente y cumpla con las expectativas de los usuarios.

III. DEBATES ALREDEDOR DE LAS REGLAS DE PRAGA

Las Reglas de Praga están siendo actualmente arduamente discutidas y debatidas por la comunidad de arbitraje internacional. Esta sección pretende presentar las críticas, así como las defensas que se han hecho a las Reglas de Praga.

Las principales críticas a las Reglas de Praga son:

- Son un invento ruso;
- Ya se tiene a las Reglas de la IBA por lo que no son necesarias;
- Dividen a la comunidad de arbitraje y no permiten la creación de un solo “estándar.” Las Reglas de la IBA codifican estándares y prácticas que han estado presentes por años y las Reglas de Praga simplemente dividen las dos tradiciones. Cuando ciertas particularidades del sistema *common law* también, si se usan correctamente, asisten al tribunal arbitral a llegar a mejores conclusiones;
- La producción de documentos si es bien utilizado por las partes no es causa de ineficiencia. Además, la producción de documentos es muy útil y puede ayudar a dilucidar ciertos aspectos, lo que al final es el objeto del arbitraje;

- El rol activo que se le da al tribunal arbitral es muy controversial y podría incluso incidir en la calidad de los laudos arbitrales emitidos. Se ha argumentado que incluso este rol activo no se encuentra en las jurisdicciones de los países de derecho escrito.

Muchas de estas críticas son acertadas y se deben tener en cuenta, como por ejemplo el hecho de que la producción de documentos puede ser un instrumento útil para el tribunal arbitral y que puede ayudar a dilucidar los puntos controvertidos. Sin embargo, se entiende que hay una preocupación por el abuso de la figura.

A lo largo del presente ensayo se han mencionado la finalidad de las Reglas de Praga. De manera breve, los “defensores” de las Reglas de Praga establecen lo siguiente:

- La iniciativa surgió de la comunidad de arbitraje internacional;
- Las Reglas de Praga tienen un mayor alcance que las Reglas de la IBA porque no se limitan a los asuntos de evidencia;
- No es incorrecto por parte de los árbitros expresar un punto de vista preliminar. Al contrario, fomenta que el tribunal arbitral trabaje en el caso desde un principio al momento de recibir el expediente. En la práctica, los árbitros tienen muchos casos y no todos estudian el caso desde un principio;
- Todavía no hay un estándar general de la conducción del arbitraje;
- El rol proactivo del árbitro permite que el mismo se sienta mucho más cómodo en sus funciones y pueda conducir el procedimiento de forma más efectiva;

- Las Reglas de Praga buscan coadyuvar y complementar el desarrollo del arbitraje incluyendo figuras de la tradición *ius civilista*. No son un “competidor” de las Reglas de la IBA;
- Se deben tomar en cuenta los conflictos entre los dos sistemas legales predominantes. La falta de diversidad en las herramientas puede resultar en una cristalización de la práctica internacional y puede tener un efecto negativo.

IV. CONCLUSIÓN

Una de las preocupaciones actuales en relación con el arbitraje internacional es el tiempo y costos asociados al procedimiento. Hoy en día, los árbitros tienden a ser muy precavidos al momento de conducir el arbitraje, sobre todo con cuestiones relacionadas con el debido proceso. Esto con la finalidad de “blindar” el laudo para que no sea anulado. Por ende, no son lo suficientemente activos en la conducción del procedimiento y deciden basarse en las reglas ya existentes sin ser muy creativos. Esto contribuye a la lentitud de los procedimientos, que posteriormente se traduce en el aumento de costos. Las Reglas de Praga surgen para incorporar aspectos de la tradición *ius civilista* y dan más poder al tribunal arbitral para que los árbitros se puedan sentir mucho más cómodos y seguros en la conducción del procedimiento. Por eso mismo, se considera que las Reglas de Praga aportan una nueva perspectiva al arbitraje. En los meses que siguen será interesante ver si hay algún tribunal arbitral que adopte estas reglas y ver cuál será el resultado.

Finalmente, como opinión, las Reglas de Praga contemplan disposiciones interesantes y que efectivamente podrían ayudar a que el procedimiento arbitral sea mucho más eficiente. Por

ejemplo, el poder del tribunal arbitral de limitar el número de testigos o de liderar el interrogatorio de estos. Sin embargo, hay disposiciones que parecen ser inadecuadas. Por ejemplo, la audiencia es uno de los momentos donde el árbitro puede tener una mejor visión del caso y de los puntos controvertidos. Los medios electrónicos no permiten obtener las mismas impresiones que se pueden obtener cuando se está frente a las partes, peritos y testigos en persona. También, me parece que la disposición sobre propiciar una transacción entre las partes tiene una buena intención. Sin embargo, no comparto la idea de mezclar la figura del mediador con el árbitro. Son métodos distintos y para lo que se necesita un acercamiento distinto con las partes.

V. BIBLIOGRAFÍA

- *2018 International Arbitration Survey: The Evolution of International Arbitration*, Queen Mary University of London & White & Case (2018).
- *Andrey Panov, The Prague Rules – an alternative Approach to the Conduct of Proceedings in International Arbitration*, Association of Researchers, International Private and Comparative Law, Volume 2018 Issue 1 (2018).
- *CIAR Global, Análisis crítico de las Reglas de Praga*, La Revista de Arbitraje de la Comunidad Iberoamericana (11 de febrero 2019).
- *Duarte Gorjão Henriques, The Prague Rules: Competitor, Alternative or Addition to the IBA Rules on the taking of Evidence in International Arbitration*, 36 *Kluwer Law International* (2018).
- *Guilherme Rizzo Amaral, Prague Rules v. IBA Rules and the Taking of Evidence in International Arbitration: Tilting at Windmills – Part II*, *Kluwer Arbitration Blog* (6 de julio 2018).

- *Guillermo Argerich et. al., Reglas de Praga: nuevas normas de soft law para procedimientos en el arbitraje internacional (diciembre 2018).*
- *Juan Jorge, Lanzamiento de las Reglas de Praga: nuevo Soft Law para regir procedimientos arbitrales, Cartas Blogatorias (7 de enero 2019) <<https://cartasblogatorias.com/2019/01/07/lanzamiento-de-las-reglas-de-praga-nuevo-soft-law-para-regir-procedimientos-arbitrales/>>.*
- *Michael McIlwrath, The Prague Rules: The Real Cultural War Isn't Over Civil vs Common Law, Kluwer Arbitration Blog (12 diciembre 2018) <<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/12/12/the-prague-rules-the-real-cultural-war-isnt-over-civil-vs-common-law/>>.*
- *Michal Kocur, Why Lawyers from Civil Law Jurisdictions Do Not Need the Prague Rules, Kluwer Arbitration Blog (19 August 2018).*
- *Prague Rules were officially launched, The Prague Rules Official Website (17 de diciembre 2018).*
- *Reglas de Praga The Prague Rules – dispelling misconceptions, GAR (22 de noviembre 2018).*

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 45 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