

PAUTA 99



ARBITRAJE Y MEDIOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

MARZO • 2022

ICC México PAUTA 99
Boletín Informativo del Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional
de Comercio, A.C.

Consejo Editorial

Presidente

Claus von Wobeser

Vicepresidentes

Alberto Espinosa Desigaud
Federico Bernaldo de Quirós
Nelly Molina Peralta

Directora General

Yesica González Pérez

Directora de Comisiones y Grupos de Trabajo

Responsable de Pauta: Laura Altamirano López

Gerentes de Comisiones y Grupos de Trabajo

Bianca Palazuelos

Luz María Morales

Gerente de Eventos

Abigail Blanco Rojano

Creación en Formato electrónico

Rafael Ríos Kunkel

ICC México Pauta Boletín Informativo del Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional

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

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

Título de la publicación: «ICC México PAUTA Boletín Informativo del Capítulo

Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio A.C.»

Editor Responsable: Lic. Rosa Laura Altamirano López

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

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

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

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

Título. ICC MEXICO PAUTA BOLETIN INFORMATIVO DEL

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

Disclaimer: Las opiniones, contenido, creencias y puntos de vista expresados por los diversos autores de PAUTA, no reflejan necesariamente las opiniones, creencias y puntos de vista de ICC México o su equipo. Los autores son responsables del contenido, gramática y ortografía de cada uno de sus artículos.

Género: Difusiones Periódicas

Especie: Difusión vía red de computo

web: www.iccmex.mx

ÍNDICE

[Carta del
presidente](#)

[PODCAST del Comité
de Jóvenes Árbitros de
ICC México](#)

[Las acciones colectivas
y el arbitraje](#)

[Carga de la Prueba del Derecho
Aplicable en Arbitraje:
Consideraciones sobre la Tesis
Aislada 2024059 en México](#)

[Comprender la
mediación para
fortalecerla](#)

[El conflicto visto por el
derecho](#)

[El polaco, lengua de arbitraje
internacional. Lenguas en el arbitraje.
Una visión preliminar sobre las
tendencias globales.](#)

[El régimen internacional
de ejecución de sentencias judiciales
vs el régimen internacional arbitral:
Reflexiones de un letrado
sentado en su escritorio.](#)

[Introducción al Arbitraje
Comercial en México](#)

[La Prueba Digital en el
Arbitraje Comercial](#)

[La revelación del financiamiento
de terceros en arbitrajes
internacionales y su regulación
en México.](#)

[Las Reformas al CIADI:
¿Hacia un nuevo sistema de
arbitraje inversionista-Estado
bajo las Reglas de Arbitraje
del CIADI?](#)

[Múltiples partes y
múltiples contratos un
paradigma retador para
el arbitraje.](#)

[Quo Vadis, Legislator?
Lecciones de la obligatoriedad
de los MASC en
materia condominal para
su implantación en materia
civil y mercantil](#)

[Rescisión administrativa en
la Ley de Hidrocarburos
desde la óptica del capítulo
14 del T-MEC](#)

[Arbitraje y protección al
consumidor: ¿Tertium
non datum?](#)

PAUTA 99

MARZO 2022

Carta del Presidente



Para ICC México, el arbitraje es la forma idónea para resolver los conflictos, por ello en las páginas de esta edición de *Pauta* presentamos una selección de textos elaborados por nuestros especialistas con el fin de que el lector se forme una idea de la evolución de las reglas generales, principios y técnicas aplicadas a casos, así como nuevos enfoques en torno al arbitraje.

Los análisis de diferentes temas y aspectos del arbitraje recogen el espíritu que ha animado la filosofía de la Cámara Internacional de Comercio desde su creación hace más de un siglo. Sin duda, entre los grandes logros de ICC destaca la creación de la Corte Internacional de Arbitraje, que se ha constituido como una alternativa a los litigios en cortes y tribunales, por ser un órgano independiente, que permite soluciones equitativas entre los intereses en juego en casos de controversia.

Los lectores encontrarán en esta edición de *Pauta* un ejercicio para definir el concepto de arbitraje colectivo, derivado del concepto de acción colectiva. Leerán, además un análisis que plantea la gran oportunidad de crear una estructura jurídica para la mediación que resulte atractiva tanto a nivel nacional como internacional, así como un texto que aborda el conflicto visto por el Derecho, con la propuesta de desarrollar una cultura del acuerdo y de la negociación.

En estas páginas destaca además un análisis sobre las lecciones de la obligatoriedad de los medios alternos de solución de controversias, donde se señalan algunas de las insuficiencias y errores derivados de una mala praxis legislativa a la hora de implantar los medios alternos, como requisito previo al acceso a la justicia formal.

Se presenta también un análisis sobre la prueba digital en el Arbitraje Comercial, destacando las técnicas y herramientas que deben utilizarse para preservar el valor probatorio de los documentos presentados en formato electrónico en procedimientos arbitrales.

En este número destaca una interesante reflexión sobre la carga de la prueba en procesos arbitrales, específicamente la problemática de pretender aplicar al arbitraje normas cuyo ámbito de aplicación está inherentemente dirigida al Poder Judicial. El lector hallará, además, un análisis comparativo del régimen internacional arbitral y el régimen internacional de ejecución de sentencias judiciales derivado de la firma de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Sentencias Extranjeras en Materia Civil o Comercial de la Haya.

Otro tema, que se toca en esta edición es el idioma en el arbitraje; contra lo que generalmente se supone, un arbitraje internacional no necesariamente se desarrolla en inglés; de hecho, el español es uno de los idiomas más utilizados y entre 2015 y 2017 superó al francés como segunda lengua del comercio internacional. En el panorama ICC, se utilizaron 26 idiomas diferentes en procesos arbitrales durante las dos décadas transcurridas entre 2000 y 2019.

En esta ocasión presentamos un trabajo sobre el desarrollo del arbitraje comercial en México, con una revisión de los principales conceptos del proceso arbitral y el marco jurídico aplicable, específicamente el Título IV del Libro Quinto del Código de Comercio. El lector hallará también un estudio sobre la revelación del financiamiento de terceros en arbitrajes internacionales y su regulación en México y un trabajo sobre las enmiendas a las Reglas y Reglamentos del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), que abren la posibilidad de un nuevo sistema de arbitraje inversionista-Estado.

Otro es el texto “Múltiples partes y múltiples contratos un paradigma retador para el arbitraje”, en el que se explica el impacto de la globalización y la interdependencia económica de los países, que implican relaciones cada vez complejas, como son los arbitrajes con multiplicidad de partes y contratos, razón por la que la ICC emitió en 2021 un nuevo reglamento de arbitraje que contempla las figuras señaladas.

El lector hallará otro análisis que obtuvo mención especial, sobre los alcances de la rescisión administrativa de los contratos de exploración y extracción de hidrocarburos, bajo el Capítulo 14 del T-MEC y los estándares de protección aplicables, analizando una potencial violación a ese tratado trilateral.

En esta edición hemos incluido artículos de ganadores de la Competencia Interuniversitaria de Arbitraje Comercial y de Inversión “UP-ICC México Moot” y los trabajos de mención especial y recomendación de publicación del XXXII Diplomado de Arbitraje de ICC México y la Escuela Libre de Derecho.

La riqueza y variedad de los textos aquí presentados permiten apreciar el esfuerzo de ICC México para promover el conocimiento del arbitraje. Confiamos en que prosiga la tendencia observada en los últimos años, marcados por la expansión del arbitraje de ICC como forma de solución de las controversias, que se ha consolidado como un mecanismo altamente valorado por las empresas comerciales.

Un saludo afectuoso saludo,

Claus von Wobeser
Presidente
ICC México

PODCAST del Comité de Jóvenes Árbitros de
ICC México



Los invitamos a escuchar el podcast del Comité de Jóvenes Árbitros de ICC México:
[El Lado B del Arbitraje.](#)

Conducción de Erick Clavel Nora Esther Cabrera Velasco, presidentes del Comité de Jóvenes Árbitros de ICC México y Coordinadores Regionales de [ICC YAF](#)

Las acciones colectivas y el arbitraje



Antonio Gidi

Este trabajo obtuvo recomendación de publicación en el XXXII Diplomado de Arbitraje de ICC México y la Escuela Libre de Derecho.

Sumario:

1. Introducción; 2. Concepto de arbitraje colectivo; 3. Legitimidad para iniciar el arbitraje en protección de los intereses de grupo; 4. Control por el árbitro de la representación adecuada del representante del grupo; 5. Los derechos difusos, colectivos e individuales en el arbitraje colectivo; 6. El consentimiento de los miembros ausentes (opt in v. opt out) en el arbitraje colectivo

1. Introducción

Las acciones colectivas y el arbitraje son dos temas extremadamente controvertidos. Un arbitraje colectivo sería explosivo.

El objetivo de este artículo no es defender los arbitrajes colectivos. Hay muchos problemas en los arbitrajes colectivos, especialmente el desequilibrio de poder entre consumidores y empresas.

El objetivo de este artículo es solamente explicar cómo se procesaría un arbitraje colectivo, caso él fuera permitido, teniendo presente la experiencia internacional acumulada en la práctica de las acciones colectivas. Esto será hecho con base en nuestras publicaciones anteriores sobre el tema, adaptadas a las necesidades del arbitraje. Por lo tanto, no hay nada inédito en este artículo; todo es adaptación del tema de las acciones colectivas al arbitraje colectivo.

Muchas de las soluciones aquí sugeridas son simples repeticiones, adaptaciones o mejoras de normas existentes en otros ordenamientos. Otras, más innovadoras, son consecuencia de nuestra visión del arbitraje colectivo como un todo, y están inspiradas en el derecho procesal comparado, individual y colectivo, principalmente sobre los derechos brasileño, americano, mexicano, canadiense, francés, italiano y escandinavo.

Se un arbitraje colectivo fuere permitido, él podría procesarse con basis en mi propuesta de código de procedimiento de acciones colectivas. Cuando pensamos en este proyecto de ley, tuvimos como objetivo eliminar las injustificadas diferencias procesales entre los diversos tipos de acciones colectivas. Tales diferencias existen en Brasil y en los Estados Unidos por meras casualidades y errores históricos. Por ejemplo, no hay nada que justifique que las notificaciones en las acciones colectivas americanas para el resarcimiento de daños (class actions for damages), deban ser más rigurosas que las demás acciones colectivas o que el régimen de cosa juzgada en las acciones colectivas brasileñas sea diferente según el tipo de pretensión ejercitada.

Algunas diferencias entre las acciones colectivas, sin embargo, son legítimas debido a las peculiaridades de cada tipo de pretensión. Por ejemplo, son diversos los derechostransindividuales (de los cuales es titular el grupo como un todo) y los derechos individuales (de los cuales son titulares los miembros del grupo de forma individual). La cuantía de la pretensión individual o el tipo de controversia también justifican algunas diferencias procesales entre las acciones colectivas: así, los conflictos en torno a la responsabilidad civil en masa derivada de los perjuicios causados por productos químicos (mass toxic tort class actions) traen consigo cuestiones sustancialmente diversas de aquellos referidos a la responsabilidad civil en masa derivada de perjuicios causados por un incidente único, como el naufragio de un navío. Los casos que afectan a derechos civiles o a normas antimonopolio también pueden presentar diferentes problemas que requieran un procedimiento de arbitraje colectivo específico. Este artículo no está dirigido a solucionar tales problemas, que deben ser analizados en cada caso.

El arbitraje tiene algunas peculiaridades que deben de ser adaptadas en caso de arbitraje colectiva, e viceversa. Por ejemplo, la privacidad es de la esencia del arbitraje tanto cuanto la publicidad lo es de las acciones colectivas. En caso de arbitraje colectiva, la publicidad debe prevalecer, una publicidad más amplia que en caso de procesos judiciales.

Teniendo en cuenta las múltiples regulaciones normativas y las distintas terminologías jurídicas empleadas en los diversos países de derecho civil, el lenguaje utilizado en este artículo es intencionadamente no técnico: se ha optado por facilitar la comprensión inmediata del contenido de las normas y la divulgación de ideas para solucionar los problemas ocasionados por el arbitraje colectivo de los derechos.

2. Concepto de arbitraje colectivo

Es extremadamente difícil la tarea de definir el concepto de arbitraje colectivo. Pero, él sería derivado del concepto de acción colectiva (class action).

Decir, tan solo, que el arbitraje colectivo es aquello propuesto para la defensa de los derechos difusos, colectivos o individuales homogéneos es incurrir en un grave error. Es posible que la presentación de un arbitraje en defensa de tales derechos sea en su estructura un arbitraje individual. Es posible pensar por ejemplo de forma hipotética que todos los asociados de una pequeña empresa de asistencia médica presenten un arbitraje contra los aumentos ilegales en sus mensualidades. El derecho material no deja de ser colectivo (o individual homogéneo), sin embargo, es tutelado por un arbitraje individual con múltiples partes en litisconsorcio.

Para algunos, la idea fundamental de acciones colectivas es que el litigio puede ser llevado a juicio por solo una persona. Para otros, la acción es colectiva cuando un grupo de personas es cubierto por la cosa juzgada o cuando los efectos de la sentencia son amplios. Para otros, la acción sería colectiva se, además de la legitimación y los tipos de derecho sino también la causa de pedir y el tipo de proveimiento sea colectiva. Todo esto puede ser usado para la definición de un arbitraje colectivo.

Un arbitraje colectivo es el arbitraje propuesto por un representante (legitimación) en la defensa de un derecho de grupo (objeto del arbitraje colectivo) cuya inmutabilidad en la autoridad del laudo alcanzará a un grupo de personas (cosa juzgada). En un arbitraje

colectivo los derechos del grupo son representados en juicio por un representante y el laudo será respecto a toda la controversia colectiva, alcanzando a todos los miembros del grupo titulares del derecho.

Así, son elementos indispensables para la caracterización del arbitraje colectivo: la legitimidad para demandar, el objeto del arbitraje y la cosa juzgada. Esto no significa que estas sean las únicas diferencias entre los arbitrajes colectivos e individuales. La propia estructura del procedimiento se altera, interfiriendo en los poderes del árbitro, en la apreciación de la prueba, en lo solicitado, en el laudo, en la ejecución, etc.

3. Legitimidad para iniciar el arbitraje en protección de los intereses de grupo

Es necesario regular la legitimación para iniciar el arbitraje para que los interesados tengan sus intereses adecuadamente representados. Eso porque toda la colectividad será afectada por la inmutabilidad de lo comando del laudo, aunque no hayan sido parte en el arbitraje colectivo directamente o escuchados individualmente.

Efectivamente, el problema relativo a la protección arbitral de los derechos de grupo no se limita a los medios procedimentales, pero, también determinar quién puede comenzar el arbitraje colectivo.

Es necesario analizar políticamente a quien debe el derecho atribuir legitimación activa para demandar en arbitraje colectivo la defensa de derechos de grupo. El objetivo es que, sin violar los derechos de los miembros de la comunidad lesionada, sea posible la efectiva protección (en el sentido de que el representante del grupo tenga condiciones de imponerse ante la presión y superioridad de los poderosos) y con el mínimo riesgo para aquellos que no participan al arbitraje colectivo.

Innumerables soluciones han sido propuestas en acciones colectivas en busca de una fórmula que pueda superar estos y otros problemas que se hacen sentir cuando se procura una efectiva protección a los derechos de grupo. Se propone, por ejemplo, la legitimación de cualquier miembro de la comunidad o colectividad lesionada, la legitimación de personas jurídicas de derecho privado (asociaciones, ONGs, entes sin personalidad) dirigidas institucionalmente a la defensa de tales intereses; la legitimación de órganos del Poder Público (como el Ministerio Público Fiscal o el ombudsman de los países escandinavos), etc. Este debate puede ayudarnos en la construcción de una solución para el arbitraje colectivo.

La adopción de cualquiera de estas propuestas no excluye la adopción simultánea de otras. Cada una de las propuestas aisladamente trae más inconvenientes que ventajas. La única forma de conciliar los aspectos positivos y disminuir los problemas y los riesgos emergentes es combinar alguna de estas propuestas, atribuyendo legitimación tanto para los entes públicos como para los entes privados o para los particulares.

El titular de la controversia colectiva no son individuos aisladamente, pero la propia comunidad o la colectividad que es titular del derecho material. Es por ese motivo que los grupos organizados son el principal ente legitimado para proponer acciones colectivas y el arbitraje colectivo. La legitimación de los órganos del Poder Público es meramente subsidiaria. Si por un lado la legitimación de los órganos públicos es esencial hasta que la

sociedad latinoamericana se organice plenamente, por otro lado, es una técnica destinada a perder importancia cuando la sociedad civil organizada asuma la plenitud de su tarea de auto protección y auto conservación.

En la práctica brasileña, por ejemplo, las entidades representativas de la sociedad están ejerciendo esta función de forma tímida y casi insignificante. Si por un lado es verdad que el pueblo brasileño y mexicano no demuestran una tendencia histórico-social marcada por el activismo, por el otro, la manutención de esa inercia se revela injustificada, porque la legislación brasileña exime al autor de un proceso judicial colectivo de adelantar cualquier tipo de gastos y la carga de pagar los gastos de la parte vencedora, menos en los casos de mala fe comprobada.

Como bien advierte Mauro Cappelletti, también esos “cuerpos intermediarios” pueden ser fuente de abusos y tiranías “operando más por intereses personales o hasta chantajistas que por intereses válidos o reales de la colectividad”. Exactamente por eso, esta revolución atribuir legitimación para que la presentación de acciones colectivas debe ser acompañada por un sistema de controles.

Con atención para los riesgos de transformar los llamados “cuerpos intermediarios” en verdaderos centros de poder y de opresión, hay que legitimar concurrentemente varias entidades públicas y privadas. Esto sin perjuicio de otras formas de prevención de fraudes y abusos, como la intervención obligatoria del Ministerio Público Fiscal como custos legis, la posibilidad de que otro legitimado asuma la conducción del arbitraje en caso de desistencia o abandono; la no formación de cosa juzgada colectiva en caso de improcedencia por insuficiencia de pruebas o por representación inadecuada.

Es importante instituir un amplio y heterogéneo rol de entidades, cuya legitimación es concurrente, disyuntiva y exclusiva. La legitimación se dice concurrente porque la legitimación de una de las entidades no excluye la de la otra: son todas independientemente legitimadas para demandar en juicio (y en el arbitraje). También es llamada disyuntiva, ya que cualquiera de las entidades co-legitimadas podrá proponer, por sí sola, la acción o el arbitraje colectivos sin necesidad de la formación del litisconsorcio o de la autorización por parte de los demás co-legitimados. Debe ser permitido, sin embargo, la formación voluntaria del litisconsorcio entre los legitimados.

Finalmente, se trata de una legitimación exclusiva porque solamente aquellas entidades específicamente previstas podrán proponer un arbitraje colectivo. Quizás sería posible también atribuir legitimación para proponer arbitrajes colectivos a los miembros del grupo titular del derecho. Todo depende del derecho del país.

La cuestión de fundamental relevancia práctica es determinar si el legitimado para proponer el arbitraje colectivo podrá practicar en juicio actos que impliquen la disposición del derecho material difuso, colectivo o individual homogéneo. La experiencia procesal demuestra una constante preocupación con los riesgos de la posibilidad de que se dé una colusión entre las partes en las acciones colectivas.

Por esto, la cosa juzgada en el arbitraje colectivo no debe operar sus efectos erga omnes o ultra partes en los casos de improcedencia por insuficiencia de pruebas o representación inadecuada; debe ser permitido que el otro co-legitimado promueva la ejecución del laudo colectivo en casos de desistencia del autor; cualquier legitimado podrá continuar en el

arbitraje colectivo si el autor se desistió o abandonó el arbitraje colectivo, o asimismo recurrir como tercero interesado; la intervención obligatoria del Ministerio Público como custos legis en todos los arbitrajes colectivos.

Además, como se pasa en las acciones colectivas del derecho norteamericano (class actions) por ejemplo, como una garantía adicional a los miembros del grupo, el representante no debe poder renunciar o transigir sin que el árbitro apruebe o notifique la propuesta de renuncia o de transacción, a todos los miembros del grupo, para que puedan intervenir o impugnar el acto del representante, o ejercitar el derecho de ser excluidos del grupo (right to opt out).

Sin embargo, no toda transacción sería aceptable en el caso de derechos difusos y colectivos: apenas aquellas necesarias e importantes para mejorar la solución del conflicto colectivo. Es función del árbitro, como supremo guardián del derecho, del Ministerio Público como custos legis y de cualquier otro co-legitimado controlar la oportunidad, conveniencia y mismo el contenido del acuerdo, con el objetivo de impedir la formación de transacciones contrarias a los intereses de la comunidad o colectividad titular del derecho material.

Es importante hacer una observación sobre la legitimación del Ministerio Público Fiscal para proponer arbitrajes colectivos en defensa de derechos individuales homogéneos. En el derecho brasileño, la función del Ministerio Público, entre otras, es la defensa de los intereses sociales e individuales indisponibles. No debe de ser excluida a priori, la posibilidad del Ministerio Público Fiscal para proponer un arbitraje colectivo en defensa de los derechos individuales homogéneos con el argumento falso de que la protección del derecho patrimonial individual disponible no puede tener un interés social. Los derechos individuales homogéneos, globalmente considerados son indisponibles para el grupo de víctimas. Disponibles serían, apenas, cada uno de los derechos aislada e individualmente considerados por parte de su titular y no los derechos individuales homogéneos como un todo (de grupo). La función del Ministerio Público Fiscal brasileño en el proceso civil y en acciones colectivas es peculiar a Brasil y todavía no es aplicable a la realidad de México.

4. Control por el árbitro de la representación adecuada del representante del grupo

Es un principio esencial del derecho procesal colectivo, que el juez debe controlar la adecuación de las actividades del representante en un proceso colectivo. El mismo principio debe existir en los arbitrajes colectivos y el mismo poder debe de tener los árbitros.

Imaginemos que una pequeña y mal equipada asociación inicie un arbitraje contra una poderosa multinacional en un litigio complejo y de profundo impacto social. Durante el arbitraje, el árbitro percibe que el abogado de la asociación es inepto o no está demostrando interés en el arbitraje o en el grupo, o que la asociación no tiene los recursos suficientes para financiar los necesarios peritajes, ni para contratar un buen abogado. Imaginemos también una asociación que conduzca el arbitraje en su propio interés, sea ese interés de naturaleza económica, política o ideológica.

No hay problema en el hecho de que pequeñas asociaciones inicien arbitrajes colectivos importantes. No es contra esto que el presente trabajo se rebela. Nos referimos a un arbitraje colectivo iniciado por una asociación claramente incapaz de tutelar adecuadamente los intereses del grupo en el arbitraje, sea por falta de interés real en el

litigio, por existencia de intereses en conflicto, parcialidad o aún mala fe. En la práctica, el representante puede conducir el arbitraje de modo inadecuado para la protección de los intereses del grupo (o de una parte del grupo), o simplemente perder la causa intencionalmente.

La incapacidad del representante – o de su abogado – puede ser de no producir material probatorio suficiente. Además, la ineptitud del representante repercute en la forma de conducir el arbitraje o en la fundamentación jurídica de la pretensión del grupo. De ahí la importancia práctica del tema en arbitrajes colectivos.

Una representación inadecuada perjudica los intereses del grupo, aunque esté cubierta de buena voluntad y de buena fe.

Hay quienes consideran que el árbitro formado en la tradición del derecho continental europeo no tiene el poder, los instrumentos procesales, la vocación o la habilidad profesional necesarios para controlar la adecuación del representante en forma casuística.

Es cierto que el árbitro mexicano no dispone de los mismos poderes del juez norteamericano para controlar la adecuación en un arbitraje colectivo. Sin embargo, aunque se reconozca que esa actividad es desarrollada de manera precaria por parte del árbitro, la representación adecuada de los intereses del grupo no puede quedar completamente fuera del control arbitral. Aunque esté claro que el papel del árbitro es distinto del juez norteamericano, esto no significa que el árbitro sea totalmente ineficiente e incapacitado para ejercer algún control de la adecuación del representante, especialmente si es auxiliado por instrumentos cuidadosamente concebidos para facilitar su tarea.

En Estados Unidos, la adecuación del representante en las acciones colectivas está prevista en la ley procesal civil. Pero se trata, por encima de todo, de una cuestión de orden constitucional: es una cuestión de debido proceso legal.

Según el derecho norteamericano, para que una acción colectiva sea aceptada, el juez debe estar convencido, entre otras cosas, de que el representante puede representar adecuadamente los intereses del grupo en juicio. Éste constituye el aspecto más importante de las class actions norteamericanas, tanto desde el punto de vista teórico como práctico.

A través del requisito de la adecuación de la representación, el derecho norteamericano logra tres resultados: a un solo tiempo, minimiza el riesgo de colusión, incentiva una conducta vigorosa del representante y del abogado del grupo y asegura traer al arbitraje la visión y los intereses reales de los miembros del grupo.

El objetivo primordial de este requisito en el arbitraje colectivo es asegurar, en lo posible, que el resultado obtenido en el laudo no sea substancialmente distinto de aquel que podría ser obtenido en acciones individuales, donde los miembros del grupo defiendan personalmente sus derechos.

El árbitro debe ser responsable de garantizar que la conducción del arbitraje colectivo se realice adecuadamente. Por tanto, ese árbitro deberá controlar atentamente la actividad de las partes durante todas las fases del proceso. Tiene el deber de controlar ex officio la actuación del representante, desde el momento de la proposición del arbitraje hasta la ejecución del laudo, pasando por las etapas de producción de pruebas y argumentación jurídica. Un representante que, en una fase inicial del arbitraje, era adecuado, puede revelarse inadecuado posteriormente, sea por desinterés, por imposibilidad, por incapacidad, por la sobreveniencia de intereses conflictantes o aún por mala fe.

Incluso la formación de la cosa juzgada no precluye la cuestión de la representación adecuada: si el grupo o algunos miembros del grupo no fueron adecuadamente representados en el arbitraje colectivo, no podrán legítimamente ser vinculados por el laudo. Si en el arbitraje futuro (individual o colectivo), a través de una evaluación retrospectiva, se establece la inadecuación de la representación en el arbitraje colectivo anterior, el árbitro posterior negará el efecto de cosa juzgada a el laudo anterior en beneficio de todos o de algunos miembros del grupo. El árbitro del arbitraje posterior, como tercero distante y desinteresado, se encuentra mucho mejor equipado para detectar las inadecuaciones ocurridas en el arbitraje anterior, que el propio árbitro que juzgó la causa.

Por eso, aunque pueda parecer contradictorio e irónico, es interés de la parte contraria al grupo velar por la adecuación del representante del grupo. Por lo tanto, la parte contraria debe impugnar la adecuación del representante del grupo, con el único objetivo de estimular una investigación más profundizada por parte del árbitro y una decisión expresa sobre la cuestión. Solamente así podrá contraponer futuramente, con fuerza de cosa juzgada ante todos los interesados, una eventual decisión contraria a los intereses del grupo. La obligación del autor de la acción colectiva (el representante) es convencer al juez de que éles un adecuado representante de los intereses del grupo.

El requisito de la adecuación de la representación se compone de dos elementos: la ausencia de antagonismo o conflicto de intereses entre el representante y el grupo y la posibilidad de asegurar la tutela vigorosa de los intereses del grupo en el arbitraje colectivo. Ambos elementos deben ser evaluados, tanto con relación al representante como al abogado del grupo. Sin embargo, puesto que el abogado es el verdadero responsable por el arbitraje, en realidad el árbitro controla con mucho mayor rigor la adecuación del abogado que la adecuación del representante. El requisito no exige, empero, que el representante y el abogado sean perfectos, o los mejores disponibles para proponer el arbitraje colectivo. Basta que el representante sea adecuado para tutelar vigorosamente los intereses del grupo en el arbitraje colectivo. No necesita ser perfecto, basta que sea adecuado.

La preocupación sobre la representación adecuada de los intereses del grupo no se limita al derecho norteamericano, sino que es parte del derecho positivo de todos los países de tradición anglosajona que han adoptado las acciones colectivas, como Australia y Canadá, por ejemplo.

En Europa continental, no existe control judicial de la adecuación del representante. Sin embargo, Europa no puede servir como punto de referencia para el arbitraje colectivo. Obsérvese, no obstante, que, tanto en Francia como en Italia, para que una asociación pueda proponer una acción colectiva, necesita pasar por un procedimiento administrativo que la capacite para proponer acciones colectivas en beneficio de la sociedad: en líneas generales, es como se tratara de un reconocimiento oficial de la seriedad y utilidad pública. Por lo tanto, hay un control administrativo de la adecuación de los representantes.

Para controlar la adecuación del representante en un arbitraje colectivo es suficiente un árbitro capacitado e interesado. Aunque no exista previsión legal expresa, el árbitro en un arbitraje colectivo no sólo puede, como tiene el deber de evaluar la adecuada representación de los intereses del grupo en el arbitraje colectivo. Si detecta la eventual

inadecuación del representante, deberá, en cualquier momento del procedimiento arbitral, proporcionar plazo y oportunidad para que el autor inadecuado sea substituido por otro adecuado. En caso contrario, el arbitraje colectivo debe ser extinto sin decisión del mérito. Si inadvertidamente el árbitro alcanza el mérito de la causa, el laudo no hará cosa juzgada material y el mismo arbitraje colectivo podrá ser nuevamente iniciado por cualquier legitimado.

Al arbitraje está bajo el principio constitucional del debido proceso legal: Nadie será privado de sus bienes sin el debido proceso legal

Si se lleva hasta las últimas consecuencias, el debido proceso legal impediría cualquier arbitraje colectivo. No obstante, como defendió Mauro Cappelletti hace más de treinta años, en lugar del debido proceso legal tradicional, de naturaleza individual, se debe establecer un debido proceso legal social, o, como yo lo denomino, un debido proceso legal colectivo. A través de ese nuevo debido proceso legal colectivo, los derechos de ser citado, de ser oído y de presentar defensa son substituidos por un derecho de ser citado, oído y defendido a través de un representante. Pero no a través de un representante cualquiera: el grupo debe ser representado en juicio por un representante adecuado.

Por lo tanto, no sólo en el derecho norteamericano, sino también en el arbitraje colectivo, no se debe hablar de “representante inadecuado”. Se trata de una contradicción en términos. Todo representante es, por definición, adecuado. En caso contrario, no existió representación legítima.

Utilizando la dicotomía entre el poder y el deber, se puede decir que el poder que tiene el representante para tutelar los intereses del grupo deriva del deber de representarlos adecuadamente en el arbitraje colectivo. La adecuación legítima y convalida la actividad del representante: los miembros del grupo no deberían quedar vinculados por los actos de un representante inadecuado.

En consecuencia, el representante inadecuado es un no-representante. Esa es una cuestión extremadamente delicada en el caso de los arbitrajes colectivos, donde el representante no es elegido, seleccionado o siquiera aprobado por los representados. El representante obtiene esa posición por manifestación de su propia voluntad, al proponer el arbitraje colectivo en beneficio de una colectividad. Lo mínimo que ese extraño tipo de “representante” debe ser es adecuado. Esa adecuación debe ser sometida a un riguroso control por el árbitro.

5. Los derechos difusos, colectivos e individuales en el arbitraje colectivo

Como observa Barbosa Moreira, “la riqueza de las situaciones de la vida en sociedad no deja de encarcelar en un espectro (intencionalmente) esquemático”.

Estas definiciones abstractas son de influencia claramente italiana. No son utilizadas ni en Francia ni en Alemania, ni en los países escandinavos, ni en los países de common law que poseen las class actions. En verdad, los conceptos de derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos tienen poca utilidad. Hubiera sido mejor adoptar el criterio tradicional de los países de common law, que es el de la existencia de “cuestiones comunes de hecho o de derecho”. Este otro enfoque concede la necesaria flexibilidad para tratar con

los derechos de grupo. Por esto, el criterio más flexible debe de ser adoptado en los arbitrajes colectivos. Sin embargo, es importante explicarlos porque son muy comúnmente usados.

Hay tres criterios para definir y distinguir los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos: subjetivo (titularidad del derecho material), objetivo (divisibilidad del derecho material) y de origen (origen del derecho material).

En cuanto a la titularidad del derecho material (aspecto subjetivo), o derecho difuso pertenece a una comunidad formada de personas indeterminadas e indeterminables: El derecho colectivo pertenece a una colectividad (grupo, categoría, clase) formada de personas indeterminadas más determinables, los derechos individuales homogéneos pertenecen a una comunidad formada de personas perfectamente individualizadas que también son indeterminadas y determinables.

En cuanto este aspecto no vemos como no atribuible a tales derechos el status de derechos subjetivos: derechos subjetivos difusos, derechos subjetivos colectivos, derechos subjetivos individuales homogéneos.

Al contrario de lo que se acostumbra a afirmar, no son muchos, ni indeterminados, los titulares (sujetos de derecho) de los derechos difusos, colectivos o individuales homogéneos. Solo tiene un único titular – y muy bien determinado: una comunidad en el caso de derechos difusos, una colectividad en el caso de derechos colectivos o una serie de víctimas indivisibles en el caso de derechos individuales homogéneos. Sin embargo, uno no deja de preguntarse el cuestionamiento que hace Mauro Cappelletti de que tales derechos superindividuales serian “intereses en busca de un titular”

Es técnicamente incorrecto decir que “los titulares de derechos difusos son personas indeterminadas” como lo hace el Código Modelo y el Código del Consumidor brasileño, así como gran parte de la doctrina. Es más técnico y preciso decir que la titularidad de derecho colectivo es el grupo, categoría o clase de personas (colectividad).

Hay solo un titular del derecho: la comunidad, la colectividad o la comunidad de víctimas indivisiblemente consideradas, ya sea conforme a un derecho difuso, colectivo o individual homogéneo respectivamente. Las personas que componen la comunidad o la colectividades que son varias e indeterminadas o indeterminables; no el titular del derecho material ensí.

En cuanto a la divisibilidad del derecho material (aspecto objetivo), tanto el derecho difuso como el derecho colectivo, precisamente porque son superindividuales, metas individuales, transindividuales, son indivisibles y, considerando solo ese aspecto, indistinguibles entre sí.

Los derechos individuales homogéneos, en contraste, debido a su carácter predominantemente individualizado, son divisibles entre los integrantes de la comunidad de víctimas titulares del derecho material.

Solamente analizando el aspecto origen es cuando la diferencia entre los derechos difusos y los colectivos resalta aún más nítidamente. En los derechos difusos las personas que componen la titularidad del derecho no son ligadas por un vínculo jurídico previo, si no por meras circunstancias de hecho. En los derechos colectivos, las personas que componen la

titularidad colectiva del derecho son ligadas por una previa relación jurídica-base que mantienen entre sí o con la contraparte.

Analizando este aspecto aisladamente, no se puede distinguir a los derechos individuales homogéneos de los derechos difusos o colectivos pues el “origen común” que caracteriza a los derechos individuales homogéneos puede derivarse de las mismas “circunstancias de hecho” que ligan a las personas que componen la comunidad del titular del derecho difuso o puede derivarse de la misma “relación jurídica-base” que liga a los miembros titulares del grupo del derecho colectivo. Por ejemplo, una publicidad engañosa representa “una circunstancia de hecho” que une a los titulares de la pretensión para retirarla del aire (derecho difuso) y representa también el “origen común” del cual derivan los correspondientes derechos individuales violados (derechos individuales homogéneos). Igualmente, la violación en masa de un derecho derivado de una “relación jurídica-base” que une a los asegurados de un plan de asistencia médica (derecho colectivo) representa un origen común del cual derivan los correspondientes derechos individuales violados.

Veamos, a continuación, una tentativa para caracterizar más detalladamente estos derechos. Como los derechos difusos y colectivos gozan de un núcleo común considerablemente más amplio (superindividualidad e indivisibilidad), serán analizados conjuntamente.

Los derechos difusos y colectivos gozan de un núcleo conceptual común que permite un tratamiento hasta cierto punto conjunto. Ambos son derechos superindividuales e indivisibles. Precisamente por eso, son designados por Barbosa Moreira como derechos “esencialmente colectivos” en contraste con los individuales homogéneos que serían “accidentalmente colectivos”

Los derechos difusos y colectivos son transindividuales. Esto significa que son derechos que trascienden la esfera individual, siendo diferentes de cada uno y de la adición de los derechos subjetivos individuales. Tales derechos son meta-subjetivos, metas individuales, superindividuales, transindividuales, marcados por la impersonalidad y rompiendo, asimismo, de cierta forma, el concepto clásico de derecho subjetivo del siglo XIX.

Los derechos supraindividuales no pertenecen a una persona física o jurídica determinada, sino a una comunidad amorfa, fluida y flexible, con identidad social, pero sin personalidad jurídica. Esto no significa que tales derechos no tengan titulares o que estos sean indeterminados: el titular será la comunidad o colectividad o sin personalidad jurídica. Es decir, que una persona para derechos es titular (sujeto de derecho) de un derecho subjetivo, lo que puede parecer una ruptura a la tradición jurídica.

Porque no son la adición de los derechos individuales, los derechos supraindividuales (difusos y colectivos) son una categoría autónoma del derecho subjetivo, cuyos titulares son una comunidad o colectividad. Es ahí donde reside la nota de indivisibilidad inherente a tales especies de derechos.

La indivisibilidad se caracteriza por la imposibilidad de su división (mismo ideal) en cuotas atribuibles individualmente a cada uno de los interesados. Entre los interesados “se instala una unión tan firme, que la satisfacción de uno implica de modo necesario la satisfacción de todos, y recíprocamente, la lesión a un miembro del grupo constituye ipso facto, lesión a la colectividad entera.

La indivisibilidad no debe ser analizada de acuerdo con la materia o a el asunto genéricamente considerado, sino concretamente, caso a caso, de acuerdo con el derecho subjetivo material específico que se quiere proteger. Este es el criterio importante para distinguir entre los derechos supraindividuales y los derechos individuales homogéneos. Un ejemplo servirá para esclarecer nuestro pensamiento

La hipótesis propuesta es la de una escuela o de una compañía de asistencia médica que altera arbitraria y unilateralmente una cláusula contractual o aumenta ilegalmente las mensualidades en perjuicio de todos los alumnos o asegurados. Se pudiera decir que el derecho es divisible porque cada uno de los alumnos o asegurados pudiera pelear en juicio individualmente por su derecho individual la manutención de la cláusula o el respeto al aumento permitido por ley.

En tales casos, algunos de los alumnos o asegurados que fueron a arbitraje individual podrían ver su solicitud juzgada procedente por algunos árbitros, otros podrían ver su solicitud juzgada improcedente por otros, otros podrían ni siquiera proponer un arbitraje y aceptar tácitamente la alteración contractual o el aumento ilegal. Cada uno de los alumnos o asegurados tienen legitimidad para presentar un arbitraje individual, separada o conjuntamente, contra la empresa de asistencia médica o contra la escuela.

Ocurre también que en las entidades públicas y privadas pueden tener legitimidad para proponer un arbitraje colectivo en protección de los derechos colectivos e indivisibles, para que la decisión de un solo arbitraje beneficie indivisiblemente a todos los interesados, como miembros de una colectividad indivisible. En este caso, el derecho material invocado debe ser el derecho colectivo del cual es titular la colectividad compuesta por los alumnos y los asegurados que mantienen una relación jurídica-base con la escuela o la empresa de asistencia médica.

Este fenómeno puede ser mejor comprendido a partir de la distinción que hace Rodolfo de Camargo Mancuso entre indivisibilidad absoluta e indivisibilidad relativa. La indivisibilidad referente al derecho difuso es absoluta en función de la propia indeterminación de las personas que componen la comunidad titular del derecho. La indivisibilidad del derecho colectivo es meramente relativa pues los miembros de la colectividad titular del derecho son perfectamente identificables e individualmente beneficiados.

Acabamos de explicar el “núcleo común” que existe entre los derechos difusos y colectivos. La diferencia entre ellos está en la vinculación existente entre los miembros de la comunidad de la colectividad titular del derecho respectivo. En tanto la comunidad titular de un derecho difuso está compuesta por personas ligadas “por circunstancias de hecho”, la colectividad titular de un derecho colectivo está compuesto de personas “ligadas entre sí como parte contraria por una relación jurídica-base”.

En cuanto a las “circunstancias de hecho” que unen a las personas que componen la comunidad titular del derecho difuso, se percibe que se trata de una misma conducta ilícita por parte de aquel que debería respetar el derecho difuso. Esto no significa, rigurosamente, que deba ser la misma conducta única, sino conductas “jurídicamente equivalentes”, siendo por esto “iguales desde el punto de vista del derecho.

Para que un derecho sea calificado como colectivo, es preciso que haya una “relación jurídica-base” o de los miembros de la colectividad entre sí o entre ellos y la contraparte.

Son muchos los ejemplos que hay en una relación jurídica-base entre los miembros de la colectividad titular del derecho y la contraparte: clientes de un banco o de una empresa de seguros, estudiantes de una escuela, asegurados de una empresa de asistencia médica, clientes de una agencia de crédito, usuarios de una empresa de cartas de crédito, etc. Sin embargo, no encontramos ejemplos donde haya una relación jurídica-base entre los miembros del grupo. El derecho colectivo es una especie de derecho de mucho más delicada configuración, porque en muchos casos el derecho es individual de la colectividad, se vale decir que es de la propia persona jurídica la que agrega a los interesados. La doctrina y la jurisprudencia no han tratado de dar ejemplos más convincentes. En nuestra opinión, la categoría de derechos colectivos no tiene utilidad práctica porque dependiendo del caso concreto, la situación puede ser encuadrada en el concepto de derecho difusos o en derechos individuales homogéneos.

Aún es más difícil la tarea de definir el concepto de derechos individuales homogéneos, no por la forma lacónica del precepto legal que lo prevé, sino porque se trata de una categoría absolutamente desconocida en América Latina.

Los derechos individuales homogéneos se caracterizan por ser una compilación de derechos subjetivos individuales, marcados por la nota de divisibilidad, del cual es titular una comunidad de personas indeterminadas más determinables, cuyo origen está en alegaciones de cuestiones comunes de hecho o de derecho.

Los derechos individuales homogéneos son, en su esencia derechos individuales. Precisamente por eso son designados por Barbosa Moreira como “accidentalmente colectivos”, al contrario de los derechos supraindividuales (difusos y colectivos) que serían “esencialmente colectivos”

Hay que percibir, claramente, a la homogeneidad de los derechos individuales como un concepto relacional, un derecho es homogéneo apenas con relación a otro derecho individual derivado del mismo origen (origen común). No existe un derecho individual homogéneo, sino derechos individuales homogéneamente considerados.

Tal categoría de derechos representa una ficción creada por la ley, con la única y exclusiva finalidad de facilitar la protección colectiva (molecular) de los derechos individuales con dimensión colectiva (en masa). Sin esta expresa previsión legal, la posibilidad de defensa colectiva de los derechos individuales estaría vetada por el ordenamiento jurídico.

La homogeneidad es decurrente del hecho de que los derechos individuales tienen un origen común. Esto posibilita, en la práctica, la defensa colectiva de los derechos individuales porque las peculiaridades inherentes a cada caso en concreto son irrelevantes jurídicamente, ya que las controversias individuales (especialmente las cuestiones de derecho) son muy parecidas y la decisión podría ser la misma en todos los casos.

En verdad, hay una relación de conexidad entre los arbitrajes individuales donde hay derechos que sean homogéneos y sería en tesis posible el litisconsorcio entre los miembros del grupo en un arbitraje individual. Cuando no hay homogeneidad es imposible en la práctica, la prueba y decisión única (en el caso de los arbitrajes colectivos) o conjunta (en el caso de litisconsorcio) de la controversia.

A pesar de que los derechos individuales homogéneos son una compilación de derechos divisibles, es preciso establecer que su titularidad es de la comunidad como un todo, indivisiblemente considerada, compuesta por las diversas víctimas del evento. Consecuentemente, lo solicitado en un arbitraje colectivo en defensa de los derechos individuales homogéneos debe ser para la tutela indivisiblemente considerada del bien. La divisibilidad solamente se manifestará en las fases de liquidación y ejecución del laudo en el arbitraje colectivo.

¿Cuándo podemos decir que un conjunto de derechos individuales tiene un origen común? Solo la óptica del derecho procesal civil es posible asociar el concepto de “origen común” a la “causa de pedir”. Las causas de solicitar de cada derecho individual deben ser, si no exactamente las mismas, por lo menos similares a punto de ser indiferentes, para la decisión judicial, las peculiaridades de cada caso particular. Acertadamente Kazuo Watanabe advierte que el origen común no significa, necesariamente una “unidad de hechotemporal”, es decir, no es necesario que el hecho creador de los derechos sea el único o el mismo en todos los derechos individuales. Lo fundamental, argumenta Arruda Alvim, es que se den situaciones “jurídicamente iguales”, aunque sean hechos diferentes en el plano empírico.

Obviamente, no se exige que las situaciones individuales de todos los miembros del grupo sean exactamente iguales o que todas las cuestiones de hecho o de derecho levantadas en el arbitraje sean comunes a todos. Es suficiente que la diversidad natural entre las innumerables situaciones particulares no perjudique la existencia de un núcleo de controversia que sea común al grupo. Es este núcleo lo que es “la cuestión común juzgada en el arbitraje colectivo”.

Esto quiere decir que si una empresa, o una cadena de empresas, vende un determinado producto adulterado a diversas personas esparcidas por el país, la homogeneidad entre los derechos individuales está garantizada por “el origen común”. Aunque constituida de diversos negocios jurídicos de compra y venta diferentes, o de prestación de servicios, la igualdad jurídica está caracterizada entre tales contratos. Aunque las cláusulas contractuales no sean exactamente las mismas entre todos los adquirentes del producto o del servicio, será posible considerarlos homogéneamente ligados, si las eventuales diferencias no comprometen la posibilidad de un tratamiento unitario y de una decisión uniforme para todos los casos. Todo dependerá de la disciplina que el derecho sustantivo da a la materia.

Como la homogeneidad depende exclusivamente del origen común de los derechos, ellos no precisan ser iguales en su cualidad o cantidad. Asimismo, de la misma forma que el quantum de cada perjuicio individual es algo peculiar e irrelevante para la caracterización de la homogeneidad de tales derechos, estos perjuicios sufridos pueden ser de diversas especies (patrimoniales, morales, etc.) sin comprometer de la referida homogeneidad. Al final “lo homogéneo” no se refiere a identidad o igualdad matemáticas entre los derechos, sino a un núcleo común que permita un tratamiento universal para todos los casos.

Las peculiaridades de cada caso individual son importantes solamente en la fase de liquidación del laudo en el arbitraje colectivo, que puede ser un arbitraje individual. En la liquidación, cada titular del derecho individual deberá comprobar la cantidad de su perjuicio y también que es miembro del grupo titular de los derechos individuales homogéneos juzgado en el laudo del arbitraje colectivo.

En el “origen común”, solamente el aspecto de hecho es estudiado por la doctrina (“misma cuestión de hecho”). Sin embargo, la “misma cuestión de derecho” también puede ser la “origen común” de los derechos individuales homogéneos.

La violación de derechos supraindividuales (difusos o colectivos) puede acarrear, y en general acarrea, daños a la esfera individual, violando derechos individuales, que por su origen común pueden ser considerados homogéneos.

Por ejemplo, una publicidad engañosa en la televisión (lesión al derecho difuso) trae consigo daños individuales en la esfera jurídica de aquellos consumidores que fueron efectivamente inducidos en el error (lesión a los derechos individuales homogéneos). La producción o desecho de gases tóxicos en el aire (violación de derecho difuso) pueden causar daños a los habitantes vecinos de la industria (violación de derechos individuales homogéneos)

De la misma forma, una alteración contractual ilegal por parte de una empresa de asistencia médica, retirando arbitrariamente un servicio que debería ser prestado a sus asegurados (lesión a derecho colectivo), produce daño individual a aquellos que, en vista de la omisión de la empresa, morirán o sufrirán de cualquier forma o pagarán por el servicio en otra empresa (lesión a derechos individuales homogéneos).

La extensión in utilibus de la cosa juzgada colectiva a terceros permite que, juzgada procedente un arbitraje colectivo en defensa del derecho supraindividual (difuso o colectivo) los derechos individuales homogéneos correspondientes se tengan como juzgados.

6. El consentimiento de los miembros ausentes (opt in v. opt out) en el arbitraje colectivo

Es un error común decir que el arbitraje colectivo sería iniciado sin el consentimiento de los miembros del grupo.

Por un lado, ese aspecto aparentemente es la esencia de las acciones colectivas. Por este motivo, las antiguas spurious class actions americanas y la action en représentation conjointe francesa no son consideradas ejemplos de acciones colectivas, ya que estas acciones limitan la cosa juzgada a los miembros que expresamente accedieron ser incluidos en el grupo (opt in – optar por entrar) o que ellos expresamente hayan autorizado a la asociación a representar sus intereses en juicio a través de un documento firmado.

Por otro lado, al menos en la teoría, si el derecho permite una amplia publicidad de la acción propuesta y se da una adecuada notificación a los miembros del grupo y crea instrumentos que facilitan la manifestación de voluntad de los miembros, el número de miembros que participen en la acción puede ser tan grande como el número total de miembros del grupo interesados en participar en el litigio. Si la ley permite el tratamiento colectivo de la controversia a través del mecanismo de representación de los derechos de los miembros del grupo, sin la necesidad de evaluar cada pretensión individual, la acción será una acción colectiva independientemente del consentimiento de los miembros del grupo.

Naturalmente, la opción en un determinado derecho nacional entre los sistemas de opt in uopt out, es crítica y extremadamente controvertida. La opción podrá interferir seriamente con el tamaño del grupo que será representado en el arbitraje y consecuentemente con el poder de solicitar y de efectividad del instrumento del arbitraje colectivo. Sin embargo, cualquier tipo de acción ya se opción de entrar o opción de salir, el arbitraje será siempre de carácter colectivo.

[Descarga artículo con citas](#)

Carga de la Prueba del Derecho Aplicable en Arbitraje: Consideraciones sobre la Tesis Aislada 2024059 en México



*Juan Pablo
Moyano García*

En México, como en la gran parte del mundo, determinar el contenido y la carga de probar el derecho aplicable en un arbitraje es un aspecto que las leyes y reglamentos arbitrales generalmente no regulan, dejándose a la discreción de los árbitros. Este artículo analiza una reciente tesis aislada que parece contradecir esta práctica y genera más dudas que respuestas.

I. Introducción

Uno de los principales mandatos de los tribunales arbitrales es decidir una disputa conforme al derecho aplicable. En muchos casos, esta sencilla afirmación implica la difícil tarea de, primero, determinar cuál debe ser el derecho aplicable, proceso que ha sido materia de incontables volúmenes de doctrinarios y practicantes por igual.

Sin embargo, una vez establecida la ley aplicable existe un segundo paso que es comúnmente olvidado. ¿Cómo y quién debe determinar el contenido de la ley aplicable? Por determinar el contenido de la ley o leyes aplicables se debe entender el encontrar las normas concretas aplicables a cada caso en disputa, así como su sentido y alcance.

Dentro de un proceso judicial ambos pasos se resuelven conforme a las reglas del foro siguiendo el principio *forum regit processum*. De forma diferente, en materia arbitral esta área no se encuentra definida ni regulada en prácticamente ninguna legislación ni reglamento, dejando en cambio su elaboración a las partes y los árbitros.

Con esto en mente, este artículo aborda una reciente tesis aislada en México que busca establecer una regla respecto a la carga probatoria cuando una parte alega derecho extranjero, con resultados inciertos.

II. Contenido y origen de la Tesis Aislada No. 2024059

El 21 de enero de 2022 se publicó en el Semanario Judicial de la Federación una tesis aislada del Tercer Tribunal Colegiado Civil del Primer Circuito, la cual constituye el objeto principal de este análisis. Para facilitar la revisión del lector, a continuación, se presenta esta tesis para posteriormente explicar su origen:

ACCIÓN DE NULIDAD DE LAUDO ARBITRAL. AUN CUANDO LA LEY NACIONAL NO ES OBJETO DE PRUEBA, SI CUALQUIERA DE LAS PARTES INVOCA UNA EXTRANJERA, TIENE LA CARGA DE DEMOSTRAR SU EXISTENCIA, ASÍ COMO SU APLICABILIDAD AL CASO, SIN QUE DICHO DEBER RECAIGA EN EL ÁRBITRO

Hechos: La autoridad responsable declaró improcedente la acción de nulidad de laudo arbitral, ya que consideró correcta la determinación de la árbitra en el procedimiento de arbitraje, en el sentido de que no tenía facultad para solicitar a las autoridades extranjeras la existencia de la Constitución Política del Estado de California en los Estados Unidos de América, por lo que la inadmisión de dicha prueba fue por causas imputables a su oferente.

Criterio jurídico: Este Tribunal Colegiado de Circuito determina que aun cuando en la acción de nulidad de laudo arbitral la ley nacional no es objeto de prueba, si cualquiera de las partes invoca una extranjera, tiene la carga de demostrar su existencia, así como su aplicabilidad al caso, sin que dicho deber recaiga en el árbitro.

Justificación: Lo anterior, porque el artículo 1197 del Código de Comercio contempla que sólo los hechos están sujetos a prueba y el derecho únicamente lo estará cuando se funde en leyes extranjeras, por lo que, quien las invoca debe probar su existencia y que son aplicables al caso. En ese contexto, al existir en la legislación mexicana artículo expreso que establece que el derecho únicamente estará sujeto a prueba cuando se funde en leyes extranjeras, ello no implica la violación a algún derecho fundamental como el de acceso a la justicia, ya que si el procedimiento arbitral se llevó a cabo en la Ciudad de México y se invocó una norma extranjera, resulta claro que son aplicables las leyes de este país, las cuales no son objeto de prueba; sin embargo, al invocar cualquiera de las partes una extranjera, ésta sí se encuentra sujeta a prueba. Lo cual conlleva la carga de probar su existencia, así como su aplicabilidad en el caso, sin que dicho deber recaiga en el árbitro, pues el citado artículo señala que quien invoca es quien tiene a su cargo dicho deber.

La tesis establece varias directrices que vale la pena individualizar. Primero, ordena que el juzgador que estudie una acción de nulidad de laudo donde la sede del arbitraje sea México, debe asumir que el derecho nacional no debe ser objeto de prueba durante el arbitraje de conformidad con el artículo 1197 del Código de Comercio.

Segundo, con fundamento en el mismo artículo la tesis señala que los árbitros no tienen el deber de determinar la existencia y contenido de una ley extranjera. Finalmente, como consecuencia de lo anterior, establece que la parte que invoca una ley extranjera tiene la carga de probar.

Pese a su aparente claridad, la tesis genera varias dudas sobre su alcance y razón de ser. Por ello, para no presentar un análisis truncado, es importante hacer previamente un breve resumen de los hechos que dieron lugar a la tesis según se desprenden de la ejecutoria.

A. Origen de la tesis

El arbitraje subyacente a la disputa judicial tuvo como sede la Ciudad de México, y como reglamento las reglas de arbitraje de la Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México. Durante el proceso una de las partes solicitó a la árbitro contactar a la Secretaría de Relaciones Exteriores para obtener información de las autoridades del estado de California, Estados Unidos de América, sobre el contenido de su constitución. Lo anterior por, aparentemente, resultar relevante para efectos una cuestión de usura.

La árbitro negó tener facultades para ello, lo cual dio lugar a que la misma parte posteriormente demandara la nulidad del laudo argumentando violación a su derecho de defensa y acceso a la justicia. La jueza de la Ciudad de México encargada de la demanda de nulidad desestimó esta argumentación, lo cual fue confirmado por la Sala durante la apelación. Ello finalmente derivó en un amparo indirecto.

En el amparo, la parte quejosa argumentó múltiples violaciones. Sin embargo, en lo que aquí concierne respecto al argumento de una falta de debida defensa, el Tribunal Colegiado confirmó que un árbitro no tiene facultades para solicitar a una autoridad apoyo para obtener informes. Esta conclusión se sustentó en el artículo 1444 del Código de Comercio, corroborando indirectamente también que un árbitro únicamente puede obtener pruebas de terceros al solicitar la asistencia de un juez.

Si bien lo anterior hubiera alcanzado para rechazar la acción de nulidad, los magistrados continuaron con su análisis e hicieron referencia al artículo 1197 del Código de Comercio en los siguientes términos:

Lo anterior, aunado a que el derecho estará sujeto a prueba cuando se funde en leyes extranjeras, por lo que, quien las invoque, deberá probar la existencia y aplicabilidad de las mismas, tal como lo establece el artículo 1197, del Código de Comercio, que es del tenor siguiente:

“Artículo 1197.- Solo los hechos están sujetos a prueba: el derecho lo estará únicamente cuando se funde en leyes extranjeras: el que las invoca debe probar la existencia de ellos y que son aplicables al caso.”

De lo que válidamente puede colegirse que, la determinación de la autoridad responsable, en el sentido de que la árbitra carece de facultades coercitivas para requerir información a las autoridades, se encuentra ajustada a derecho, aunado a que como se señaló en el párrafo anterior, el oferente de la prueba no probó la existencia de dicha ley y tampoco su aplicabilidad en el caso.

Es interesante notar que esta es la única vez en la sentencia en la que se hace referencia al artículo 1197 pues la decisión posteriormente resolvió otros conceptos de violación distintos. De tal forma, la sentencia desestimó el argumento de violación al derecho a la defensa no solo a través de la falta de poderes de un árbitro respecto a terceros, sino también haciendo alusión a las cargas probatorias en materia judicial.

III. Contraposición con el derecho y práctica arbitral

Si bien a primera vista la tesis no refleja mayores complejidades, la realidad es que un estudio de su contenido da lugar a algunos cuestionamientos con importantes consecuencias toda vez que la misma: a) pudiera ser poco clara sobre la separación entre el derecho del foro y la ley arbitral; b) parece no considerar la diferencia entre la ley arbitral y el derecho sustantivo de la disputa; c) pudiera poner en duda los alcances de las facultades de los árbitros para determinar el derecho aplicable de manera independiente; y d) pudiera tener consecuencias en caso de que un árbitro decida en contra al texto de la tesis.

A. La separación entre la ley del foro y la ley arbitral

Previamente se explicó que el efecto inmediato de la tesis aislada es que en los arbitrajes cuya sede sea México resulte aplicable el artículo 1197 de Código Comercio. Con ello se asigna una regla obligatoria a las partes a un arbitraje sobre la carga probatoria del derecho aplicable.

La legislación de México es clara en que la parte en un proceso judicial mercantil que alegue la aplicabilidad del derecho extranjero tiene la carga de probar. Esto es así porque se considera que el derecho extranjero es una cuestión de hecho y, por tanto, objeto de prueba. Sin embargo, en materia arbitral es un principio generalmente reconocido a nivel mundial que las normas procesales judiciales del foro no son inmediatamente aplicables a los procesos arbitrales.

Por ejemplo, un tribunal en un arbitraje con sede en México no tiene la obligación de aplicar las reglas judiciales de valoración de una documental conforme al artículo 1292 de Código de Comercio, las reglas para el desahogo de la prueba testimonial del artículo 1263 o inclusive las normas de conflicto de México. Todos estos aspectos procesales tienden a dejarse al acuerdo de las partes y, a falta de este, la decisión del árbitro. Por lo mismo, si no deben ser empleadas las normas del proceso judicial de la sede en un arbitraje, es lógico que ello debería incluir las reglas en materia de trato del derecho y la carga de probarlo.

Si bien la tesis aislada puede coincidir con directrices generales sobre carga probatoria y argumentativa en arbitraje donde quien alega debe probar, su concepción y razonamiento pareciera ser contrario a la normativa arbitral comparada. Salvo por contadas excepciones, las leyes arbitrales a nivel internacional prácticamente no señalan el trato que se debe dar a una norma de derecho nacional o extranjera.

En la práctica arbitral es enteramente común que el derecho aplicable deba ser objeto de prueba. Si bien no existe un sistema uniforme a nivel internacional para ello, el contenido del derecho tiende a desarrollarse no solo a través de la argumentación de las partes, sino con pruebas documentales sobre leyes y jurisprudencia e incluso reportes periciales de expertos en la ley.

Todo lo anterior de ninguna forma conlleva un vacío o una falla en la institución del arbitraje. Por el contrario, es una consecuencia natural de su estructura como medio para resolver controversias transnacionales. Por ejemplo, si se considera un arbitraje cuya sede sea México, pero cuyo derecho aplicable sea el de otro país, es difícil justificar la aplicación de las normas procesales judiciales de cualquiera de estos países para determinar si es necesario probar el derecho extranjero o la carga probatoria de las partes. Bajo este mismo ejemplo, ni siquiera sería posible definir con certeza cuál de las dos legislaciones debería considerarse como “extranjera” o “nacional”.

Una complejidad adicional surge si se considera que es común que ninguno de los árbitros en un arbitraje estén familiarizados con el derecho del país sede o del derecho aplicable al fondo. Todo lo anterior debería bastar para entender que la denominación de un derecho como “nacional” o “extranjero” resulta naturalmente impráctica e incorrecta en el contexto de una disputa con uno o más elementos internacionales. Lo que en realidad existe es sencillamente el derecho “aplicable”.

B. Diferencia entre el derecho de la sede y el derecho sustantivo

Una segunda problemática que se observa en la tesis es que parece afirmar que el derecho de México no es objeto de prueba cuando la sede arbitral sea México. Esto resulta poco preciso pues parece olvidar que, como consecuencia del principio de la separabilidad del acuerdo arbitral, el derecho de la sede y el derecho del fondo de la disputa no necesariamente deben coincidir.

Al existir un convenio arbitral puede llegar a haber una confluencia, pero no necesariamente una coincidencia, entre por lo menos tres leyes distintas: i) la ley que gobierna el acuerdo de arbitraje, su existencia y ejecución; ii) la ley que gobierna el proceso arbitral mismo (la llamada *lex arbitri*); y iii) la ley aplicable conforme a la cual se debe resolver el fondo de la disputa. El tema es más complejo y diversos autores reconocen que pueden existir una cantidad mayor de leyes, sin embargo, el análisis escapa por mucho el alcance de este artículo.

Sin embargo, la tesis asume que el derecho mexicano será el derecho aplicable cuando la *lex arbitri* sea la ley de México. Desafortunadamente, no queda claro a cuál de los derechos aplicables que no deben ser materia de prueba refiere la tesis: a) *la lex arbitri mexicana*; o b) el derecho sustantivo sobre el fondo de la disputa.

En caso de ser la primera, ya fue descrito que ordenar la aplicación del artículo 1197 del Código de Comercio a un arbitraje es contrario a la práctica arbitral internacional. En caso de ser el segundo supuesto, ya se indicó que el derecho aplicable al fondo del arbitraje y el derecho de la sede arbitral no necesariamente deben ser los mismos.

La dificultad presentada por esta tesis queda particularmente clara si se considera su limitada aplicación práctica. Por ejemplo, ¿cómo emplear esta tesis en un arbitraje donde la sede arbitral es México, pero el derecho de fondo es el de Francia? Claramente no es dable presumir que el derecho francés no deba ser objeto de prueba por la simple razón de que la sede sea México. Tampoco puede afirmarse que el derecho francés obligatoriamente deba ser probado al ser un derecho “extranjero” porque la sede es México.

C. Alcance de ordenar que el derecho nacional no esté sujeto a prueba

Proponer que el derecho nacional no está sujeto a prueba cuando la sede arbitral sea México hace surgir otras interrogantes sobre el alcance de la obligación de las partes—e incluso las facultades del tribunal—para probar el contenido del derecho de México. Si conforme a la tesis aislada el derecho nacional no debe ser probado en arbitraje, ¿los árbitros solo pueden depender de la argumentación de las partes o les estaría permitido realizar un análisis independiente del derecho mexicano dado que el mismo no está sujeto a prueba? Aunando a la dificultad ¿el árbitro puede ir más allá de la argumentación de las partes porque el derecho mexicano no debe ser objeto de prueba?

Al hablar de procesos judiciales, la determinación y aplicabilidad del derecho tiene diferentes tratos dependiendo del sistema legal a considerar. La problemática se centra en si las partes tienen la carga de probar el derecho o si el juez tiene la facultad de determinarlo independientemente conforme a los principios *da mi facta*, *dabo tibi ius* y por extensión, *iura novit curia*.

El llamado principio *iura novit curia* es mayormente aplicado en sistemas donde se presume que el juzgador tiene un pleno conocimiento del derecho, y por ende tiene la facultad de investigar y aplicar el derecho a fin de asegurar la correcta aplicación de la justicia. Sin embargo, esta regla no es universal. Particularmente en países de tradición anglosajona donde el principio se rechaza en mayor o menor medida y se opta en cambio por creer que la verdad y la justicia se obtienen a través de la confrontación de las partes y su argumentación.

Al igual que en otras jurisdicciones, en México el juez tiene la facultad, e incluso la obligación, de determinar y aplicar el derecho al caso concreto. Sujeto a ciertas obligaciones, como la de debida fundamentación y motivación de las resoluciones judiciales, el juez mexicano tiene el poder absoluto de determinar la ley aplicable a una disputa y su contenido. Puede decirse entonces que el juez tiene la discreción de ignorar la argumentación de las partes y emplear un artículo, ley o jurisprudencia que jamás haya sido invocado en el proceso.

De forma distinta, en materia arbitral comercial internacional es comúnmente aceptado que el principio *iura novit curia* no es aplicable de la misma manera o, por lo menos, que tiene alcances distintos a un sistema judicial. Dado que en la mayoría de las legislaciones arbitrales tiende a existir un vacío respecto de los poderes de los árbitros para determinar el contenido del derecho aplicable, la doctrina especializada ha cuestionado si los árbitros siquiera cuentan con tales facultades.

De forma natural los tribunales arbitrales se encuentran restringidos por una de sus obligaciones más importantes: emitir un laudo ejecutable. Esta restricción se refleja en el artículo V(1)(b) de la Convención de Nueva York conforme al cual un laudo se podrá anular cuando una parte “no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus medios de defensa.” A su vez, esta norma se refleja de forma similar en la Ley Modelo y en otras legislaciones.

Por tanto, el que un tribunal arbitral realice investigación independiente, o bien resuelva con base en normas no referidas por las partes y que resulten imprevistas, podría, en determinados casos llegar a considerarse una violación al derecho de defensa de una parte. Por esta razón, la práctica y doctrina internacional generalmente recomiendan que un tribunal de aviso previo a las partes para que puedan presentar sus posiciones ante un posible argumento novedoso.

Sin embargo, si conforme a lo que sugiere la tesis aislada el derecho nacional no debe ser probado es natural cuestionar entonces hasta dónde puede llegar un tribunal arbitral. Si el derecho nacional (en este contexto, entendido también como el derecho aplicable) no debe ser probado no queda claro de qué forma debe determinar el árbitro el contenido de la ley para resolver el fondo.

D. Consecuencias de actuar en contra de la tesis

Finalmente, vale la pena reflexionar brevemente sobre las consecuencias que podrían darse en caso de una violación al texto de la tesis por un tribunal arbitral.

Por ejemplo, si un tribunal arbitral admite o decide con fundamento en una prueba sobre derecho mexicano en un arbitraje o bien ordena la modificación de la carga probatoria, ¿ello pondría en riesgo el laudo por violar el orden público nacional? De forma similar, si un árbitro desestima una acción porque una parte no probó el derecho mexicano ¿eso implicaría una violación a los principios arbitrales aplicables o al derecho de defensa de las partes?

Debe cuestionarse el nivel de deferencia que un tribunal arbitral debe dar a esta tesis en caso de ser invocada, por una parte. Asimismo, también vale la pena considerar que la tesis puede dar lugar a abusos a través de acciones de nulidad de laudo injustificadas.

IV. Conclusión

La carga de probar el derecho aplicable es un concepto fluido que se deja a la discreción de las partes y el árbitro. Como la gran mayoría de las determinaciones procesales, las leyes arbitrales a nivel mundial otorgan un gran poder de determinación al árbitro.

La reciente tesis aislada que se analiza en este artículo vislumbra la problemática de pretender aplicar al arbitraje una norma cuyo ámbito de aplicación está inherentemente dirigida al poder judicial. La libertad de las partes en un arbitraje y las facultades del árbitro se verían mejor protegidas si se entiende el arbitraje como una institución meramente consensual y cuyos alcances y limitantes son los topes máximos establecidos exclusivamente en la legislación arbitral, sin pretender incorporar elementos ajenos a la misma.

[Descargue artículo incluyendo citas](#)

Comprender la mediación para la fortalecerla



Carlos F. Martínez Tripp es Licenciado en Derecho por la UP; Master en Asesoría Jurídica de Empresas por el IE; Maestro en Propiedad Industrial, Derechos de Autor y Nuevas Tecnologías por la UP; y Master en Mediación, Negociación y Resolución de Conflictos por la Universidad Carlos III de Madrid. Mediador privado certificado, abogado y profesor, fundador de Verkkko® y Mediando.MX.

RESUMEN

En México podemos generar una estructura jurídica que fortalezca la mediación e impulse el tráfico jurídicoexterno, si las normas tienen presente su naturaleza contractual, permiten la posibilidad de usar las TIC incluso cuando se requiera la actuación del Estado, y regulan claramente la posibilidad de reconocer y ejecutar convenios tanto nacionales como extranjeros.

INTRODUCCIÓN

Respecto a la mediación, en México nos encontramos ante una gran oportunidad de crear una estructura jurídica que resulte atractiva tanto a nivel nacional como internacional, mediante normas que respeten la autonomía de la voluntad de las partes sin pretender regular aspectos innecesarios, que ofrezcan certeza jurídica y prevean de manera correcta la posibilidad de utilizar las TIC en su desarrollo, permitiendo que la mediación ofrezca a la sociedad todo su potencial como un método eficiente tanto para prever como para solucionar controversias que versen sobre derechos disponibles.

Sin embargo, incluso en foros relevantes de nuestro país se llegan a expresar ideas y hasta propuestas de regulación que en lugar de contribuir a fortalecer la mediación podrían volverla inoperante, o al menos provocar que las partes elijan una ley distinta comola aplicable a su proceso de mediación.

Algunas ideas son inofensivas como la de afirmar que los métodos alternativos de solución de controversias deberían denominarse métodos adecuados de solución de controversias, lo cual no es correcto ya que cada método, incluso el jurisdiccional, puede resultar el más adecuado en ciertas circunstancias, y es falso que todos los métodos alternativos resulten

igualmente adecuados siempre; otras ideas podrían resultar contraproducentes como la de separar la regulación de la mediación civil de la regulación de la mediación mercantil, o la de separar la regulación de la mediación nacional de la de mediación internacional; pero otras incluso son contrarias a la naturaleza de la mediación, como la de que los Notarios son mediadores naturales por lo que sólo ellos deberían ser mediadores, o la propuesta de que el Estado debería determinar la plataforma que la sociedad podría utilizar para los procesos de mediación privada en línea.

Así, para lograr lo que la mayoría deseamos, que es fortalecer la mediación y que la sociedad se beneficie a través de esta facilitándole un acceso eficiente a la justicia, no debemos buscar satisfacer intereses particulares y realmente debemos comprender la naturaleza de la mediación para construir sobre bases firmes, aprovechando que existen diversos instrumentos jurídicos que nos dan un claro punto de partida.

ES UN PROCEDIMIENTO.

El Uniform Mediation Act de EE.UU. define la mediación como el proceso en el cual un mediador facilita la comunicación y la negociación entre las partes para asistirles en alcanzar un acuerdo voluntario con respecto a su conflicto.

La Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2008 sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, la define como *un procedimiento estructurado, sea cual sea su nombre o denominación, en el que dos o más partes en un litigio intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo sobre la resolución de su litigio con la ayuda de un mediador. Este procedimiento puede ser iniciado por las partes, sugerido u ordenado por un órgano jurisdiccional o prescrito por el Derecho de un Estado miembro.*

La Ley Modelo de la CNUDMI sobre Mediación Comercial Internacional y Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación, de 2018, la define como *todo procedimiento, ya sea que se designe con el término mediación, conciliación u otro de sentido equivalente, en que las partes soliciten a un tercero o terceros ("el mediador") que les presten asistencia en su intento de llegar a un arreglo amistoso de una controversia derivada de una relación contractual u otro tipo de relación jurídica o vinculada a ellas.*

El mediador no estará facultado para imponer a las partes una solución de la controversia.

Al tener claro que la mediación no es el convenio que puede derivar de ésta sino que es el procedimiento que puede conducir a aquel, la afirmación de que el Notario es un mediador natural carece de fundamento, el Notario por el hecho de serlo podría redactar o revisar un convenio derivado de la mediación pero no conducir la mediación sin una formación continua adicional, lo anterior sin mencionar aspectos prácticos como su posible falta disponibilidad y disposición para conducir el procedimiento. Una norma que limite la figura de mediador a los notarios resulta contraria al fin de incrementar el acceso a la justicia, situación distinta es que si un notario desea actuar como mediador y se capacita para ello pueda hacerlo. Tal vez es por lo anterior que en ningún otro país, sin importar su tradición jurídica, se dé dicha limitación, la cual lamentable e inexplicablemente ya existe en algunas entidades federativas de México.

NATURALEZA CONTRACTUAL.

Excluyendo los supuestos en los que las normas los llegan a contemplar como obligatorios, la autonomía de la voluntad es la base sobre la que descansan y a partir de la cual surgen los ADR, como señala José Antonio Moreno Rodríguez, en la obra Derecho Aplicable y Arbitraje Internacional.

El Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil de la Comisión de las Comunidades Europeas, menciona que los *ADR se caracterizan por su flexibilidad, pudiendo las partes recurrir a estos libremente, decidir qué organización o qué persona se encargará del proceso, de determinar el procedimiento que se vaya a seguir, de optar por participar personalmente o por hacerse representar durante el procedimiento y de decidir el resultado del procedimiento en los métodos autocompositivos, que los ADR convencionales no son objeto de ninguna normativa general específica en los Estados miembros de la UE aplicándose las disposiciones generales del derecho contractual o las disposiciones específicas a los acuerdos transaccionales derivados de los ADR, basándose en los principios generales del derecho contractual, del derecho procesal civil y del derecho internacional privado.*

Si bien los Libros Verdes son documentos que solamente invitan a la reflexión y a elaborar consultas, también en Europa se ha desarrollado la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2008 sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles; como sabemos, las Directivas son vinculantes para los países

de la UE a los que se dirige, los cuales deben realizar su transposición. Dicha directiva en sus considerandos, en relación con la autonomía de la voluntad, establece que:

- No debe aplicarse a los derechos y obligaciones que las partes no sean libres de decidir por sí mismas en virtud de la legislación aplicable.
- Debe ser un procedimiento voluntario, en el sentido de que las partes se responsabilizan de él, pudiendo organizarlo como lo deseen y darlo por terminado en cualquier momento, sin embargo, la legislación nacional puede establecer como obligatorio el uso de la mediación o someterla a incentivos o sanciones.
- Los mecanismos de control de calidad deben aspirar a preservar la flexibilidad del procedimiento de mediación y la autonomía de las partes, y a garantizar que la mediación se lleve a cabo de una forma eficaz, imparcial y competente.

El Uniform Mediation Act de EE. UU., en la Nota Preliminar, señala que es importante evitar leyes que disminuyan el uso creativo y diverso de la mediación, que dicha norma promueve la autonomía de las partes dejando a estas los asuntos que pueden fijarse mediante un acuerdo y que no requieren ser fijados de manera inflexible por la ley, además de que algunas de las disposiciones pueden ser modificadas por acuerdo de las partes.

Ante un conflicto sobre derechos disponibles, la autonomía de la voluntad nos permite: determinar la mediación como el método para intentar solucionarlo; decidir quién actuará como mediador; la sede de la mediación; el idioma; así como el derecho aplicable al acuerdo, al fondo, al proceso, y en su caso al convenio que ponga fin a la controversia. El límite a dicha autonomía de la voluntad lo encontramos en los principios de la mediación, los derechos fundamentales, las normas imperativas y en el orden público del ordenamiento jurídico que resulte aplicable.

En la mediación debemos distinguir al menos tres posibles acuerdos de voluntades, el contrato celebrado entre las partes para acudir a mediación, el contrato que celebran las partes con el mediador que constituye una prestación de servicios, y el posible convenio que derive de la mediación a través del cual se solucionen o prevean la totalidad o parte de los conflictos entre las partes.

En la mediación privada, los tres acuerdos de voluntades mencionados son realizados entre particulares, pudiendo los intervinientes acordar todo aquello que no sea contrario a los límites antes mencionados. Una relación distinta es la que puede llegar a existir entre el mediador privado y el Estado, en la que, si este actúa como autoridad, ya sea certificando a los mediadores o en relación con los convenios derivados de la mediación, esa y exclusivamente esa relación será de carácter público, con la limitación que ello implica respecto a que la autoridad sólo puede hacer aquello que le está expresamente permitido por la Ley. Distinto es el caso de la mediación pública regulada en diversas entidades de la República, en la que el mediador es un funcionario público sujeto a la limitación señalada, por lo que su actuación puede generar indirectamente restricciones a la autonomía de la voluntad de las partes para el desarrollo de la mediación.

Una vez establecido que la mediación, como el resto de los ADR, se basa en la autonomía de la voluntad teniendo una naturaleza contractual, resulta relevante mencionar que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, mediante la tesis 1a. CDXXV/2014, de la Décima Época, emitida por la Primera Sala, de rubro: "AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD. ES UN PRINCIPIO DE RANGO CONSTITUCIONAL", ha considerado que:

*A consideración de esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el **principio de autonomía de la voluntad goza de rango constitucional** y no debe ser reconducido a un simple principio que rige el derecho civil. Así las cosas, **el respeto del individuo como persona requiere el respeto de su autodeterminación individual, por lo que, si no existe libertad del individuo para estructurar sus relaciones jurídicas de acuerdo con sus deseos, no se respeta la autodeterminación de ese sujeto. Aunado a lo anterior, el principio de autonomía de la voluntad tiene reflejo en el derecho de propiedad y en la libertad de contratación, la cual también es un elemento central del libre desarrollo de la personalidad, y en cuya virtud las partes de una relación jurídica son libres para gestionar su propio interés y regular sus relaciones, sin injerencias externas.***

Por lo antes mencionado, debemos evitar caer en una sobre regulación de la mediación y no permitir que se difundan ideas en las que el Estado interviene innecesariamente en las relaciones entre particulares y en cómo estos buscan prevenir o solucionar conflictos sobre derechos disponibles, como lo sería que éste determinara la plataforma en la que se podría llevara cabo la mediación privada en línea, lo cual no sólo violaría el principio de neutralidad tecnológica y el principio de flexibilidad de la mediación, sino que, como se ha mencionado, también violaría el principio constitucional de autonomía de la voluntad.

EL MEDIADOR

En sentido general un mediador es toda aquella persona que ayuda a las partes a que alcancen una solución acordada para su conflicto sin imponer una decisión, así, los mediadores han existido y existirán sin importar si la figura se contempla o no en una norma jurídica, pero el hecho de que se regule permite establecer los parámetros y principios dentro de los cuales debe actuar, así como la posibilidad de que los convenios que deriven de los procesos en los que actúe un mediador que cumpla ciertas características puedan tener carácter ejecutivo.

El Uniform Mediation Act no requiere que el mediador tenga una cualificación determinada por antecedentes o profesión, pero si una parte lo requiere, el mediador deberá revelar sus cualificaciones para mediar el conflicto.

La Directiva 2008/52/CE, en sus Considerandos establece que *para asegurar la necesaria confianza mutua en lo que respecta a la confidencialidad, el efecto sobre los plazos de caducidad y prescripción, y el reconocimiento y ejecución de los acuerdos resultantes de la mediación, los Estados miembros deben promover, por los medios que consideren adecuados, la formación de mediadores y el establecimiento de mecanismos eficaces de control de calidad relativos a la prestación de servicios de mediación.* En el artículo 4 de la Directiva se prevé además de dichos mecanismos, que los Estados fomentarán la formación inicial y continua de mediadores para garantizar que la mediación se lleve a cabo de forma eficaz, imparcial y competente en relación con las partes.

Así, la formación continua de los mediadores es importante para garantizar cierta calidad en los servicios, mientras mayores sean los estándares, siempre y cuando sean objetivos, mayores serán los beneficios que genere este requisito tanto a la figura de la mediación como a la sociedad. También es importante determinar en las normas quién cerciorará la legalidad del contenido de los convenios derivados de la mediación, ya que, esa persona, sea directamente el mediador o un tercero, sí deberá ostentar al menos la licenciatura en derecho.

REGULACIÓN CON VISIÓN INTERNACIONAL

Si bien la mediación se regula localmente, tanto las leyes locales como la futura ley general deben elaborarse por el legislador con una visión internacional. La globalización y el desarrollo de la tecnología hacen que sea cada vez más común encontrarse en relaciones con un componente internacional, por lo que una legislación que no tenga presente esta realidad resultaría perjudicial para aquellos a quienes pretende aplicarse.

En la mediación, sea civil o mercantil, al tener como objeto derechos de libre disposición, las partes pueden libremente determinar la norma que será aplicable a, entre otros, el procedimiento, por lo que una regulación poco clara, que regule aspectos innecesarios limitando la autonomía de la voluntad, o que no tenga en cuenta la constante posibilidad de que los conflictos deriven de relaciones con un componente internacional, resultará poco atractiva y las partes podrán establecer otra como aplicable, afectando a la figura de la mediación en nuestro país.

El desarrollar regulaciones distintas para la mediación civil y para la mediación mercantil, o para la nacional y la internacional, podría no sólo generar una dispersión innecesaria sino incluso podría resultar contraproducente, dado que la distinción entre unas y otras puede determinarse de manera distinta según el ordenamiento jurídico al que se atienda o no resultar del todo clara en ciertas relaciones jurídicas.

Lo anterior se refuerza al ver como la Directiva 2008/52/CE, en su Considerando 6 menciona que la mediación puede dar una solución extrajudicial económica y rápida a conflictos en asuntos civiles y mercantiles, mediante procedimientos adaptados a las necesidades de las partes, y en el Considerando 8 señala que si bien sus disposiciones se refieren a los procedimientos de mediación en litigios transfronterizos, nada debe impedir que los Estados miembros apliquen dichas disposiciones también a procedimientos de mediación de carácter nacional, lo cual ha hecho España mediante la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. Por su parte, el Uniform Mediation Act, también aplica tanto a la mediación nacional como a la internacional, así como a la mediación civil y mercantil, debiendo señalar que respecto a la mediación mercantil internacional prevé que en principio sea aplicable la Ley Modelo de CNUDMI salvo que las partes acuerden su no aplicación, en cuyo caso resultará aplicable el Uniform Mediation Act.

EJECUCIÓN DE LOS CONVENIOS

Un elemento que resulta relevante para que la mediación realmente proporcione un eficiente acceso a la justicia, es que los convenios que deriven de la misma sean reconocidos y ejecutables, tanto en el ámbito nacional como internacional, cuestión superada en la UE mediante la Directiva 2008/52/CE, que en sus Considerandos señala que los Estados miembros deben asegurar que las partes en un acuerdo escrito resultante de la mediación puedan hacer que su contenido tenga fuerza ejecutiva, pudiendo negarla sólo cuando su contenido sea contrario a su legislación, incluido su Derecho internacional privado, o cuando esta no disponga la fuerza ejecutiva del contenido del acuerdo específico; que el contenido de los acuerdos resultantes de la mediación que hayan adquirido carácter ejecutivo en un Estado miembro debe ser reconocido y declarado ejecutivo en los demás Estados miembros, de conformidad con la legislación comunitaria o nacional aplicable. Lo anterior queda regulado en el artículo 6 de dicha Directiva.

En la transposición de la Directiva realizada por España, en el artículo 27 de la Ley 5/2012, se regula el reconocimiento y ejecución de acuerdos de mediación transfronterizos, previendo así expresamente la posibilidad de que un convenio derivado de una mediación extranjera, incluso fuera de la UE, sea reconocido y ejecutado en España.

La Ley Modelo de UNCITRAL, en su artículo 19 establece de manera taxativa las causales por las que el Estado podría negarse a otorgar medidas.

La Convención de las Naciones Unidas sobre los Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación, conocida como Convención de Singapur, resulta relevante en este punto dado que regula el reconocimiento y ejecución de convenios de mediación internacionales, sin embargo, hasta la fecha sólo ha sido ratificada por Arabia Saudita, Balarús, Ecuador, Fiji, Georgia, Honduras, Qatar, Singapur y Turquía.

Debemos tener presente que la Convención de Singapur, en los puntos 2 y 3 del artículo 1, establece que no será aplicable a:

- Controversias en las que sea parte un consumidor.
- Controversias que se relacionen con derecho de familia, sucesiones, o laboral.
- A los acuerdos de transacción que hayan sido incorporados a un laudo arbitral y sean ejecutables como tal.
- A los acuerdos de transacción que hayan sido aprobados por un órgano judicial o concertados en el curso de un proceso ante un órgano judicial, y que puedan ejecutarse como una sentencia en el Estado de ese órgano judicial.

En virtud del último punto mencionado, resulta importante que las normas no establezcan y que no se puedan interpretar en el sentido de que los convenios derivados de la mediación privada deben ser aprobados por un órgano judicial o que los mediadores privados forman parte del órgano judicial, ya que en caso de que México llegase a firmar y ratificar la Convención, esta no sería aplicable a dichos convenios.

Dada la situación actual de la Convención de Singapur, si bien sería positivo que México llegase a firmarla y ratificarla, esto se debería complementar con regulación en las normas internas, y tal vez tratados bilaterales, que ofrezcan mayor claridad sobre el reconocimiento y ejecución de los convenios derivados de mediación que conforme a la ley que los regule tengan carácter ejecutivo. Se debe aclarar que el hecho de que en México no sea aplicable la Convención de Singapur y el que no haya norma que regule expresamente el reconocimiento y ejecución de los convenios extranjeros o celebrados en una entidad federativa distinta a aquella donde se pretende ejecutar, esto no implica que no sea posible, ya que resultarían aplicables las normas mexicanas de DIPr.

USO DE LAS TIC

Dada su naturaleza contractual, basándose en el principio constitucional de la autonomía de la voluntad, en cuanto a los diversos contratos o convenios relacionados con la mediación debemos atender a la legislación aplicable, en el caso de México al Código de Comercio o al Código Civil correspondiente, para determinar cómo se regula la contratación por medios electrónicos, o, en su caso, a la regulación sobre el tema en las normas de mediación, señalando que sería un error que el legislador previese en dichas normas prohibiciones o limitaciones más estrictas respecto al uso de medios electrónicos en el convenio derivado de mediación. Respecto al proceso, los intervinientes podrán apoyarse en cualquier TIC disponible, la mediación es una negociación asistida y resultaría incomprensible y violatorio del principio constitucional de autonomía de la voluntad que el Estado limitase las TIC que los particulares pueden utilizar en su desarrollo, lo cual no implica que las TIC no deban cumplir ciertas funciones u ofrecer una certeza y seguridad equivalente al proceso habitual. Los límites para el uso de las TIC en los contratos o convenios relacionados con la mediación y en el desarrollo del procedimiento, los encontraremos en los principios de la mediación, los derechos fundamentales, el orden público y las normas imperativas, siendo en estas últimas donde el legislador puede cometer el error de determinar o limitar indebidamente las TIC que pueden ser usadas por los intervinientes.

Al respecto, la Directiva 2008/52/CE, en su Considerando 9 señala que dicha Directiva no debe impedir en modo alguno la utilización de las nuevas tecnologías de comunicaciones en los procedimientos de mediación.

En el Uniform Mediation Act, en su sección 2, define la Comunicación de Mediación como la declaración, sea oral, en un registro, verbal o no verbal, que ocurre durante una mediación o se realiza con los propósitos de considerar, conducir, participar en, iniciar, continuar, o volver a convocar una mediación o contratar a un mediador; define el registro como la información que es inscrita en un medio tangible o que es almacenada en un medio electrónico u otro, y es recuperable en una forma perceptible; y establece que firma significa ejecutar o adoptar un símbolo tangible con la intención actual de autenticar un registro, o adjuntar o asociar lógicamente un símbolo electrónico, sonido, o proceso a o con un registro con la intención actual de autenticar un registro. La sección 12 regula la relación con la ley uniforme de firmas electrónicas en el comercio global y nacional, y en los comentarios respecto a dicha sección se menciona que asegura que los acuerdos relacionados con la mediación, tales como el acuerdo para mediar y subsecuentemente el acuerdo mediado no podrán ser atacados por un conflicto entre el Uniform Mediation Act y la ley federal de e- firma, teniendo las cortes que desechar dichos alegatos de forma sumaria.

La Ley Modelo de UNCITRAL, en su artículo 16.6 señala que se entenderá que un acuerdo de transacción se ha celebrado por escrito si ha quedado constancia de su contenido de alguna forma, que el requisito de que el acuerdo de transacción conste por escrito se cumplirá con una comunicación electrónica si es posible acceder a la información contenida en ella para su ulterior consulta. Mientras que en el artículo 18.2 preve que el requisito de que el acuerdo de transacción esté firmado por las partes o, cuando corresponda, por el mediador, se dará por cumplido respecto de una comunicación electrónica si se utiliza un método para determinar la identidad de las partes o del mediador y para indicar la intención que tienen las partes o el mediador respecto de la información contenida en la comunicación electrónica y si el método empleado o bien es tan fiable como sea apropiado para los fines para los que se generó o transmitió la comunicación electrónica, atendidas todas las circunstancias del caso, incluido cualquier acuerdo que sea pertinente; o si se ha demostrado en la práctica que, por sí solo o con el respaldo de otras pruebas, dicho método ha cumplido las funciones enunciadas.

Como podemos apreciar en los instrumentos jurídicos mencionados no se definen innecesariamente cada una de las nuevas tecnologías, no se determina ni se limita indebidamente la tecnología que se puede utilizar, sólo se señala la función que debe cumplir para que sea efectiva, lo cual permite que las normas sean aplicables a tecnología actual y futura.

Una posibilidad distinta a que el legislador limite indebidamente ya sea de manera directa o indirecta el uso de las TIC, es que aunque las normas no lo prohíban o incluso permitan expresamente su uso a los particulares, dichas normas resulten inaplicables porque cuando la autoridad debe realizar alguna actuación relacionada con la mediación esta considera que la Ley no le permite expresamente reconocer o ejecutar convenios electrónicos, por lo que en los supuestos en los que no existan dichas normas se deberían de crear, cuando existan la autoridad las deberá aplicar y analizar si son suficientes para que todos los procesos relacionados con la mediación privada en los que la autoridad pueda llegar a intervenir se puedan realizar mediante el uso de las TIC, subrayando que el uso de las TIC no podría establecerse como una obligación ya que en diversas circunstancias esto podría generar el problema que se busca solucionar, que es la obstrucción al acceso a la justicia.

CONCLUSIÓN

Debemos generar e implementar normas que tengan presente la naturaleza contractual de la mediación, que respeten el principio constitucional de la autonomía de la voluntad, que establezcan los principios y parámetros necesarios para su correcto desarrollo sin caer en una sobre regulación, que prevean la posibilidad de usar las TIC atendiendo las circunstancias de cada caso y que estas se puedan efectivamente usar en todas las actuaciones relacionadas con la mediación incluidas aquellas en las que deba intervenir el Estado, y que regulen el reconocimiento y ejecución de los convenios derivados de mediación, incluidos los extranjeros facilitando el tráfico jurídico externo. Así, lograremos una estructura jurídica que realmente fortalezca la mediación y permita que esta pueda cumplir con su finalidad de ofrecer a la sociedad un acceso a la justicia eficiente.

[Descarga de artículo incluyendo citas](#)

El conflicto visto por el derecho



*Enrique A.
Hernández Villegas*

A manera de preámbulo, como abogado pacificador que soy no puedo dejar de sumarme a la enérgica condena internacional en contra de Rusia por el injustificado ataque que emprendió en contra de Ucrania. Nada justifica la guerra. La peor expresión del conflicto es la guerra.

“A conflict begins and ends in the hearts and minds of people, not in the hilltops.”

AMOS OZ, Tale of love and darkness(2002)

Puntos clave:

- La labor del abogado es resolver los problemas humanos de sus clientes de manera rápida, pacífica y con el menor empleo de recursos posibles.
- Pretender resolver un conflicto legal a partir de aplicar la ley no es lo más idóneo; sin embargo, los abogados en su mayoría no están entrenados en la solución no litigiosa de conflictos.
- El gran jurista induce a su cliente a una negociación tomado conciencia que negociar para conseguir un acuerdo es lo mejor, dado que, el mejor litigio es el que no se tiene.
- Disputas legales sobre quien tiene un mejor derecho son extremadamente complicadas y con gran incertidumbre sobre su resultado.

- Desde el siglo XIX parecía que la única opción para las personas y las empresas era la justicia impartida por tribunales que aplican códigos, normas y leyes; sin embargo, ahora para el siglo XXI existe también la opción que la misma sociedad aprenda, por primera vez a dirimir sus conflictos a través de la generación de acuerdos pensando en su bienestar sin la necesidad de ninguna autoridad de por medio y mucho menos jueces.

La justicia tradicional que se originó en los grandes códigos del siglo XIX y XX, representada por una bella y esbelta mujer, *-la diosa de la justicia-* que sostiene una balanza con los platillos en equilibrio, expresando así de forma alegórica la igualdad, la justa proporción y la imparcialidad requeridas en el ejercicio de la justicia hoy está más que cuestionada, puesto que, antes había la creencia de que para encontrar una “sociedad justa” era importante que hubieran leyes, tribunales y abogados y, a partir de esas ideas centrales se conceptualizaba a la *-justicia-* como una realidad que respondía a una ley que decía como deben ser las cosas, a jueces y profesionales del derecho que interpretaban esa ley pensando en sus clientes; sin embargo, esa idea hoy está puesta de cabeza con el concepto de justicia alternativa que resulta ser una mejor justicia en la medida que es el acuerdo de las partes el que resuelve su conflicto (decían los romanos, *“lo que las partes acuerden es lo justo”*) y no la decisión de la autoridad, no la sentencia judicial con base en preceptos normativos comúnmente incomprensibles para el ciudadano de a pie.

La justicia alternativa, supone alejarse de los paradigmas tradicionales que fomentan el litigio como el único mecanismo para resolver conflictos legales y formar abogados con una vocación orientada a resolver conflictos mediante el uso de otras alternativas; está encaminada a soluciones más que a verdades jurídicas, más que a decir quién tiene la razón, más que a pronunciar quien gana o quien pierde el pleito.

Los clientes que asesoramos (personas y empresas) tienen conflictos humanos, recordemos que el conflicto *per se* no es malo, lo malo es no saber salir adecuadamente de él, los cuales en su inmensa mayoría son problemas de mala comunicación, los cuales, dicho sea de paso no se resuelven en los tribunales porque ahí no se resuelven problemas de comunicación, sino conflictos eminentemente jurídicos; sin embargo, cuando el conflicto es expropiado por el derecho su solución pretende ser jurídica resultando la menos adecuada.

Las propuestas legalistas para el manejo de problemas complejos son a menudo insatisfactorias por la propia naturaleza enmarañada de los problemas humanos.

Recurrir a la ley para resolver conflictos es útil solamente para cuestiones simples y lineales donde los asuntos involucrados envuelven la determinación de derechos, deberes, privilegios y no-derechos. En realidad, muy pocos problemas humanos resultan simples y lineales.

Recordemos que el derecho son códigos, leyes y reglas y lo que hacen las autoridades es interpretar esos ordenamientos para decir quién tiene, o no la razón jurídica en tanto que en la justicia alternativa en sus modalidades de negociación, conciliación, mediación o amigable composición como el proceso generador de acuerdos entre las partes; dichos acuerdos no responden, más bien, generalmente no responden a códigos, normas y reglas, entonces hay realmente una manera de ver las cosas, la gestión y resolución de los conflictos, en un caso son las reglas las que determinan quien tiene la razón, en el otro son los intereses de las partes los que conducen a un resultado, no las reglas.

Los conflictos humanos que todos tenemos en la vida, si son vistos o, peor aún, tomados por el derecho los expropia y los convierte en problemas jurídicos y su solución es una solución jurídica, y lo que está pasando ahora en México y en todo el mundo con la nueva complejidad de los derechos humanos de tantas jurisdicciones es que existen muchos conflictos que son jurídicos pero -sin solución jurídica-, porque hay tantas reglas de por medio que realmente no tienen una solución legal, sino que hay que buscar una solución práctica con sentido humano o con sentido de negocios y para ello la justicia alternativa es una magnífica opción.

Pensar que todos los conflictos humanos son reducibles a lo jurídico o a lo legal es una falacia; asumir que los conflictos jurídicos se pueden resolver con el ordenamiento legal que hoy tenemos es absurdo pues, es tal la cantidad y el número gigantesco de disposiciones y normas que el abogado frecuentemente se pierde en un maremágnum de leyes que, definitivamente no resuelven el conflicto; por el contrario, lo hacen más complejo y difícil de resolver.

Históricamente, cuando una persona física o moral tenía un conflicto legal lo primero que pensaba era: necesito un abogado para que vaya a litigar, que vaya a ganar, que se ponga como guerrero y vaya con la espada desenvainada a la guerra a ganar mi caso a como diera lugar; sin embargo, ahora, con esta nueva mentalidad la idea es cambiar nuestra forma de pensar y de actuar hasta donde sea posible; de modo que, si tienes un conflicto empresarial o con tus hijos, pareja, en el trabajo o, inclusive de tipo político puedas dialogar para resolverlo rápida y pacíficamente y, si por alguna razón el conflicto escaló hasta llegar a una situación de crisis, entonces buscar inmediatamente a un facilitador profesional que los ayude a conducir el diálogo tomando en cuenta que los tiempos han cambiado, hemos dejado atrás una etapa de autoritarismo en el cual una autoridad decidía quien tiene o no la razón; ahora la mentalidad es que todos tenemos derechos, todos somos iguales, entonces ¿por qué una tercera persona ajena a los protagonistas del conflicto debe decidir para imponer un resultado?

Aquí, afortunadamente hay una recuperación de la autoestima. Antes decías: tengo un problema contigo que lo resuelva el juez; ahora es distinto, ¿Por qué mejor no lo tratamos de resolver juntos pensando en nuestro bienestar y en el de los terceros involucrados desde la cooperación y no desde la confrontación? Es una nueva mentalidad.

En la labor intelectual y de estudio que realiza el abogado es tanto o más importante aplicar la imaginación en la búsqueda de soluciones creativas que el mismo análisis jurídico del caso; de hecho, pretender resolver un conflicto legal aplicando la ley o el derecho no es lo más acertado, el defecto jurídico de razonar basados en teorías al tratar un caso (teniendo en cuenta todas las consecuencias de estas construcciones teóricas ideales), hace que frecuentemente se dificulte la posibilidad de conseguir la solución del conflicto por la vía de la avenencia.

Desde luego, no toda la culpa es nuestra, pues en nuestra formación universitaria aprendimos que la ley es "abstracta", "general" e "indiferente" a las circunstancias de los particulares, y que el carácter autoritario de la ley hace que su contenido sea incuestionable. El énfasis está en conocer y aplicar la ley, como si las leyes fueran capaces de resolver todos los problemas de las personas; de hecho, ya decía líneas arriba que pretender resolver un problema a partir de aplicar leyes y códigos es equivocado.

Más aún, se nos enseñaba principios generales del derecho tales como: *"aunque la ley sea dura, se debe de aplicar"*, *"lo pactado obliga"* y *"la legalidad por mucho supera a la justicia"*. Se nos enseñó que el litigio era el único mecanismo para resolver los conflictos de las personas; es así que yo me formé como abogado postulante.

En veinticinco años de ejercicio profesional ininterrumpido como abogado que ha participado en innumerables litigios de derecho privado, algo que puedo afirmar categóricamente es que en los juicios los conflictos de las personas o empresas no se solucionan; por el contrario, la situación de encono crece exponencialmente junto con las posiciones de las partes, eso, sumado al ego exacerbado de los abogados por conseguir un triunfo a ultranza da como resultado juicios interminables y altamente costosos para quienes experimentan la desavenencia. En los juicios se logra vencer por la fuerza, pero no convencer.

Desde luego, como abogados no podemos ni debemos despartarnos del texto de la ley, pero únicamente se ha de mirar como un referente, como una guía, puesto que a nadie escapa que el código civil enseña a respetar la vida, la individualidad, la familia, los derechos ajenos, enseña también a cumplir la palabra empeñada; el derecho civil y el derecho en general asume que las personas puedan ser capaces de resolver sus propios conflictos legales sin la necesidad de litigar las causas.

Hasta hace muy poco los abogados entendían que la forma de resolver un problema era llevándolo ante un tribunal y litigándolo con todas las herramientas que permite la ley sin importar que la solución se hallara a varios años de distancia; sin embargo, hoy en día se imponen cada vez los modelos de gestión de problemas jurídicos orientados a encontrar soluciones rápidas y de bajo costo en beneficio de los clientes.

Parafraseando a Miguel Carbonell "el buen profesional del derecho no es el que todo lo quiere judicializar, sino el que sabe que siempre es mejor evitar un pleito y que se debe buscar una solución en un corto plazo de tiempo".

En el mismo sentido, el Dr. Jesús Zamora Pierce sostiene “el abogado que México requiere el día de hoy, quizá no es ya el litigante exitoso, sino el hombre sabio que sabe recurrir a la mediación de los intereses, a la conciliación de las voluntades para arreglar los problemas siempre que ello sea posible sin necesidad de la intervención de los tribunales.”

Coincido totalmente con los doctores, Carbonell y Zamora en que necesitamos desarrollar una cultura del acuerdo y la paz. El mundo moderno y global nos impone que como abogados y profesionales del derecho optemos por la construcción de acuerdos en lugar de pleitear las causas.

En este sentido, el abogado mediador (cuando me refiero al abogado mediador, no es únicamente al profesional que se dedica a la mediación, sino que al abogado que tiene una mentalidad pro acuerdo y que, sin ser mediador acude a los distintos métodos de resolución de controversias en busca de una solución pronta y efectiva al conflicto de su cliente o de su empresa) constituye un nuevo paradigma de nuestra profesión porque ahora los abogados, hombres y mujeres, por primera vez podemos centrar nuestras fuerzas y nuestras capacidades en solucionar los conflictos de las personas y las empresas de manera pronta, pacífica y definitiva sin pasar por un tribunal; ese es el gran reto teniendo presente que el abogado no puede ganarse la vida a partir de complicársela a los demás.

La justicia alternativa supone alejarse de los paradigmas tradicionales que fomentan el litigio como el único mecanismo para resolver conflictos. Es imprescindible formar abogados con una vocación orientada a resolver conflictos mediante el uso de otras alternativas. Es necesario introducir de manera seria y eficiente, no como materia optativa el estudio del conflicto como el fenómeno humano necesario para la vida en los programas de estudio de las escuelas y facultades de derecho del país, considerando que la comprensión y estudio del conflicto es tan importante como aprender derecho civil, mercantil o fiscal. Ya lo decía Mario de la Cueva: “aquel abogado que sólo sabe derecho sabe muy poco derecho”.

Esta educación debe incluir contenidos teóricos y prácticos para formar abogados capaces de

entender la lógica y la operación de estos mecanismos. Se trata de dar a los jóvenes abogados una formación profesional orientada a resolver disputas de manera inteligente y no únicamente a través del litigio judicial. Formar *troubleshooters* y no *troublemakers*.

Les comparto que un logro importante para el que escribo fue que, a partir del primer semestre de 2022, en la Universidad Panamericana, campus Ciudad de México ya se imparte la materia de gestión y solución de conflictos a los alumnos de noveno y décimo semestre de la carrera, algo conseguí gracias a quien en su momento me dio el voto de confianza, mi querido Felix Todd Piñero que en paz descanse.

Finalmente, el derecho está llamado a servir al hombre, implica una tarea exclusiva que exige conocer no sólo el texto legal aplicable, sino el contexto del acto mismo, el abogado debe conocer la ciencia del derecho el arte de la argumentación oral y escrita, las habilidades de persuasión, el sentido de la oportunidad en marcar otra estrategia distinta a la procesal como la negociación, la conciliación o la mediación.

Ser abogados significa que hemos asumido un compromiso ético con la sociedad. Hemos de mirar el horizonte de nuestro futuro nacional y profesional como la oportunidad de dignificar nuestra profesión; la oportunidad de hacer que mediante nuestro arte del bien abogar se imponga el acuerdo entre las partes por encima del pleito.

“Bienaventurados los que procuran la paz, pues ellos serán llamados hijos de Dios” (Mateo 5:9).

1) Abogado, mediador y árbitro. Maestro en Derecho de la Empresa y en Ciencias Jurídicas por la Universidad Panamericana. Profesor de la materia de gestión y solución de conflictos en la Universidad Panamericana, Campus Ciudad de México. Socio fundador y director general de Solución de Conflictos Legales, S.C., vicepresidente del Comité de Mediación de la Cámara de Comercio Internacional (ICC-México).

[Descargar artículo incluyendo citas](#)

El polaco, lengua de arbitraje internacional.

Lenguas en el arbitraje. Una visión preliminar sobre las tendencias globales.



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

Chiara Borghesi, 22 años. Italiana. Estudios de Idiomas para el Comercio Internacional en la Universidad de Verano terminados en noviembre. De febrero a abril 2021, prácticas en el Comité Español de la ICC en Barcelona. Ahora en el área de marketing y comunicaciones en una multinacional en el norte de Italia.



Kaja Malinowska, 25 años. Polaca. Graduada en la Facultad de Derecho y Administración de la Universidad de Gdansk (2016-2021). De noviembre 2021 a febrero 2022, prácticas en el Comité Español de la ICC en Barcelona. Ahora en prácticas en BLS Rechtsanwälte Boller Langhammer Schubert GmbH en Vienna.



Resumen: Este artículo pretende introducir a los lectores en las tendencias actuales del lenguaje arbitral. Tras analizar las estadísticas que llevan varias instituciones de arbitraje, los autores concluyen que, aunque el inglés es actualmente la lengua más común de los arbitrajes, no es la única opción en los procedimientos internacionales - por ejemplo, sorprende la frecuente elección de la lengua polaca.

Abstract: This article aims to introduce readers to current tendencies in arbitration language. After analyzing statistics kept by various arbitration institutions, the authors conclude that, although English is currently the most common language of arbitration, it is not the only choice in international proceedings - for example, the frequent choice of the Polish language is surprising.

Abstrakt: Niniejszy artykuł ma na celu przybliżenie czytelnikom aktualnych tendencji w języku arbitrażu. Po przeanalizowaniu statystyk prowadzonych przez poszczególne instytucje arbitrażowe, autorzy dochodzą do wniosku, że choć język angielski jest obecnie najczęściej wybieranym językiem arbitrażu, to nie jest to jedyny wybór w postępowaniach międzynarodowych - zaskakuje np. częsty wybór języka polskiego.

1. Introducción

En “Blade Runner”, película estrenada en 1983 anticipando el mundo del 2019, Harrison Ford habla en inglés con el encargado de una tienda callejera de comida que habla en japonés y parecen entenderse –bilingüismo pasivo perfecto- como también hablaba con Chewbacca en “La Guerra de las Galaxias” y éste le responde con rugidos que él parece entender. Edward James Olmos es el superior de Deckard (el personaje de Harrison Ford) y habla una suerte de interlingua, que tampoco necesita traducción.

En el arbitraje, la lengua es uno de los elementos clave, que las partes pueden decidir. Contrariamente a lo que muchos parecen suponer –en una suerte de diglosia que atribuye al inglés la lengua de lo importante y a otros idiomas las cuestiones menores-, que un arbitraje sea internacional no comporta que deba ser en inglés. Es bien sabido que en el pasado eran otras lenguas las que dominaban los procedimientos de arbitraje. Los “pareatges” de Andorra se escribieron en latín. El laudo del fondo pío de las Californias se redactó en francés, aunque el compromiso arbitral estaba en inglés y en español. El laudo de las focas de Alaska está en inglés con resumen en francés. El arbitraje, doméstico o internacional, puede estar en cualquier idioma, y su utilidad y eficacia –gracias al Convenio de Nueva York de 1958, que, al ser un tratado internacional generado por Naciones Unidas, está en sus idiomas oficiales –inglés, francés, español, ruso, chino y árabe- no depende del idioma en que está escrito el laudo ni de una traducción jurada del mismo.

1.1 Las lenguas en el arbitraje institucional

Una primera aproximación conceptual nos dirá que “cuando se habla del idioma del arbitraje se hace referencia al idioma o idiomas en los que se va a conducir el procedimiento arbitral y que deben utilizarse en las comunicaciones, en los escritos de las partes y las pruebas, en las audiencias y los interrogatorios, y en la redacción del laudo arbitral y de las decisiones y órdenes procesales emitidas por los árbitros. En fin, se refiere al idioma que se debe usar en cualquier acto durante el arbitraje”.

La regla general básica es que son las partes quien decide el idioma del arbitraje, porque prevalece la autonomía de la voluntad. En el arbitraje institucional, algunas normas de procedimiento especifican las lenguas que las partes pueden utilizar durante el procedimiento, y otras dan libertad a las partes para hacerlo. Los primeros incluyen, por ejemplo, el CIADI que establece tres idiomas, español, inglés o francés, en el art. 22.1 Reglamento CIADI, el Tribunal Arbitral del Deporte, donde según su regla R29, el presidente del panel o el de la división, debe decidir entre inglés y francés, el Hong Kong International Arbitration Centre, que en su reglamento, en el art.15 .1, indica que si las partes no lo han acordado, el idioma debe ser inglés o chino, la Institución de Arbitraje de las Cámaras Suizas (SCC), que prefiere el inglés, alemán, francés o italiano, a tenor de su art. 3.1 y 3.5 de su reglamento o finalmente SAKIG, la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio en Polonia, que indica en el artículo 20 de su Reglamento que el idioma del procedimiento puede ser polaco, inglés, alemán, francés o ruso. Por otro lado, la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (ICC), en el art. 20, Permanente Corte de Arbitraje (PCA) en el art. 19 o Centro Internacional de Resolución de Conflictos (ICDR) en el art. 20, de sus reglamentos, no establece ninguna lengua específica en la que se deba desarrollar el procedimiento. Lo cual, teniendo en cuenta lo anterior, parece importante, es cierto, eso sí, “aunque el inglés no sea el idioma del arbitraje, como las partes suelen entenderlo, es frecuente que se acepte que los documentos no deban traducirse”.

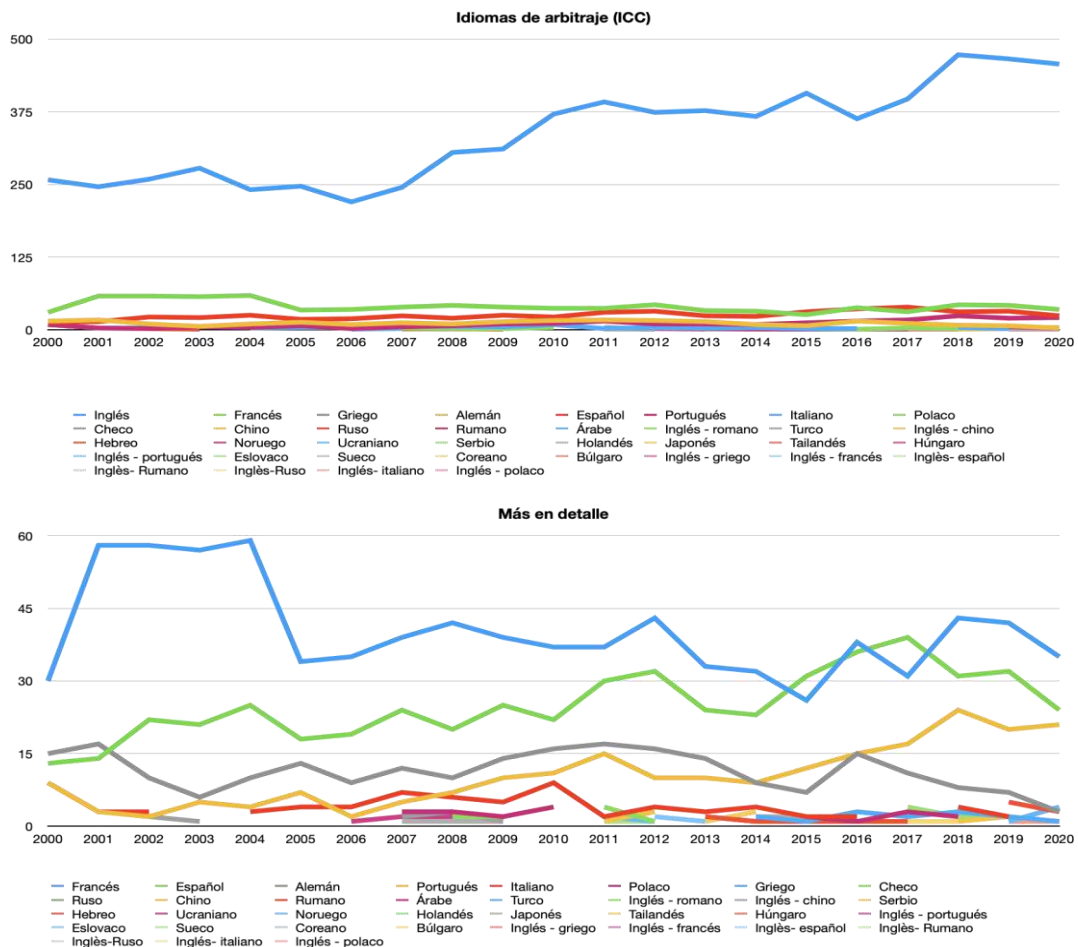
Por lo tanto, a continuación, se presentarán las tendencias de las lenguas de arbitraje en algunas de las instituciones arbitrales mencionadas anteriormente. Esto va desde un análisis de las estadísticas de las cortes que no tienen ninguna indicación de los posibles idiomas en los que se puede llevar a cabo el arbitraje (como la ICC), pasando por instituciones muy conocidas que limitan la elección del idioma de los procedimientos a los enumerados en el reglamento (como el CIADI), hasta instituciones menos conocidas que también llevan a cabo el arbitraje sólo en los idiomas indicados (como la SAKIG).

2. Estadísticas por institución arbitral

2.1 International Court of Arbitration (ICC)

Parece que, al discutir la presente cuestión, es necesario analizar primero los casos llevados a cabo en cada idioma en la ICC, que, como se ha mencionado anteriormente, es una corte que no impone un idioma específico a las partes y, por lo tanto, es la institución que tiene la gama lingüística más amplia de casos llevados a cabo por ella.

Esta nota parte de los datos ofrecidos por la Cámara de Comercio Internacional, de su Corte Internacional de Arbitraje a través de su boletín, y de los casos que han pasado por la secretaría de su Comité Español de esa Cámara de Comercio Internacional, para elaborar una primera aproximación general sobre las tendencias lingüísticas en el arbitraje internacional.



Respecto a los arbitrajes de la Cámara de Comercio Internacional, no es sorprendente que el inglés -idioma global por excelencia- se mantenga en el primer lugar en la estadística de los idiomas más utilizados en su arbitraje. Pero, sin embargo, el gráfico puede mostrarnos muchas tendencias que sirvan de pista para reflexiones más profundas. Del esquema, de hecho, se desprende de inmediato cómo, en solo 2 décadas, el uso de algunos idiomas dentro del arbitraje ICC ha aumentado exponencialmente mientras otros idiomas, antes muy comunes, están cada vez más en desuso.

El español, por ejemplo, es uno de los idiomas que más ha ganado en los últimos años. “De facto”, hoy en día, se elige como idioma de arbitraje con mucha más frecuencia que en el pasado. Otro idioma cuyo uso se ha crecido durante los últimos 20 años es el portugués, que pasa de 2 casos en 2002 a 24 en 2018.

Por otro lado, podemos destacar cómo una lengua cuyo uso ha ido disminuyendo con los años es el francés. Prueba de ello es el hecho de que en algunos años (más precisamente en 2015 y 2017) el idioma francés fue menos utilizado que el español en la discusión de los pleitos arbitrales. Sin embargo, tenemos que resaltar que el francés sigue siendo el segundo idioma más utilizado en los arbitrajes de la ICC, aunque quizás con menor frecuencia que en el pasado. Visto en perspectiva histórica a largo plazo, hay otros idiomas cuyo uso en arbitraje ha disminuido, como el latín. Hace siglos, de hecho, casi todos los arbitrajes se realizaban en este idioma. Ahora, sin embargo, no se realiza ningún arbitraje en latín.

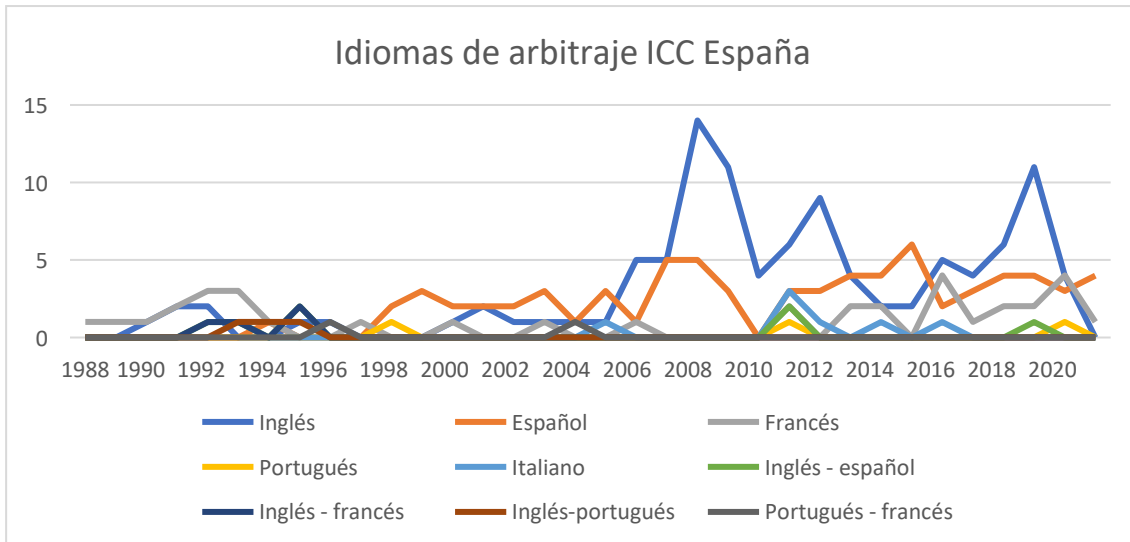
Muy interesante es también la cuestión de los arbitrajes bilingües, arbitrajes realizados simultáneamente en dos idiomas diferentes. En particular, en este contexto, se trata de combinaciones de inglés con otros idiomas, es decir español, francés, griego, rumano, chino, portugués, italiano y polaco.

Otro motivo de reflexión se refiere al número de idiomas que se utilizan en el arbitraje. Esto, de hecho, ha experimentado un fuerte crecimiento a lo largo de los años. Excluyendo los arbitrajes bilingües, de hecho, en el panorama ICC se utilizaron 26 idiomas diferentes en los veinte años transcurridos entre 2000 y 2019. Hoy en día no se utilizan sólo los idiomas más comunes/hablados como en el pasado. Prueba de ello es el hecho de que en los arbitrajes de la CCI se han utilizado idiomas más raros como el tailandés, el noruego y el coreano.

También resulta llamativo que la institución arbitral con mayor variedad de lenguas en su cartera sea la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional. Como veremos, otras instituciones arbitrales son mucho menos diversas en las lenguas usadas en sus casos.

2.2 International Court of Arbitration (ICC España)

Para poder examinar de forma más amplia las tendencias relativas al lenguaje del arbitraje en la CCI, es útil presentar estadísticas que describan la tendencia de un país. Para ello, en este texto se presenta el siguiente cuadro y estadística.

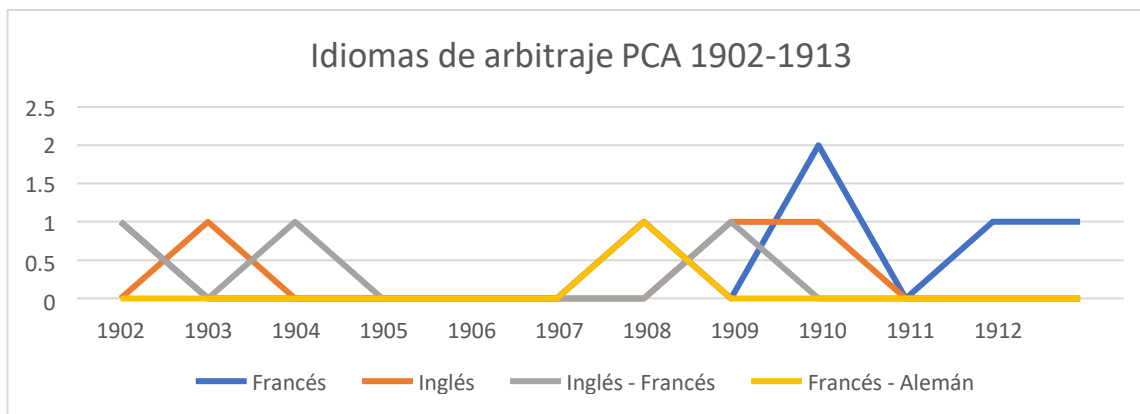
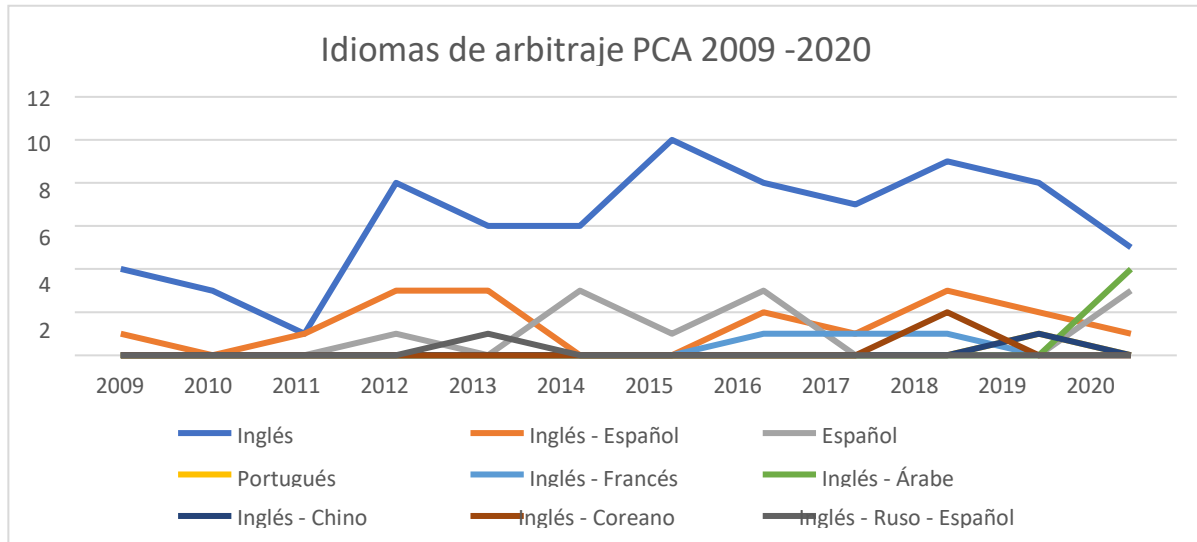


Por lo que se refiere a las solicitudes de arbitraje llegadas únicamente a ICC España, es posible notar que también en este caso existe una amplia variedad de lenguajes utilizados. Un dato que destaca es el crecimiento que a lo largo de los años ha experimentado el uso del español y sobre todo del inglés en los laudos arbitrales.

Otro dato relevante que podemos deducir del gráfico es el hecho de que el francés fue el idioma preferido en los años en los que comenzaron los datos aquí reportados y que, tras un declive a principios del siglo XXI, su uso en los arbitrajes ha vuelto a estar en boga.

Además, también en este caso, podemos ver cómo la realización de arbitrajes en dos idiomas a la vez sea una práctica común, como un leitmotiv que nos acompaña durante la mayor parte de los años examinados en el gráfico.

2.3 Permanent Court of Arbitration (PCA)



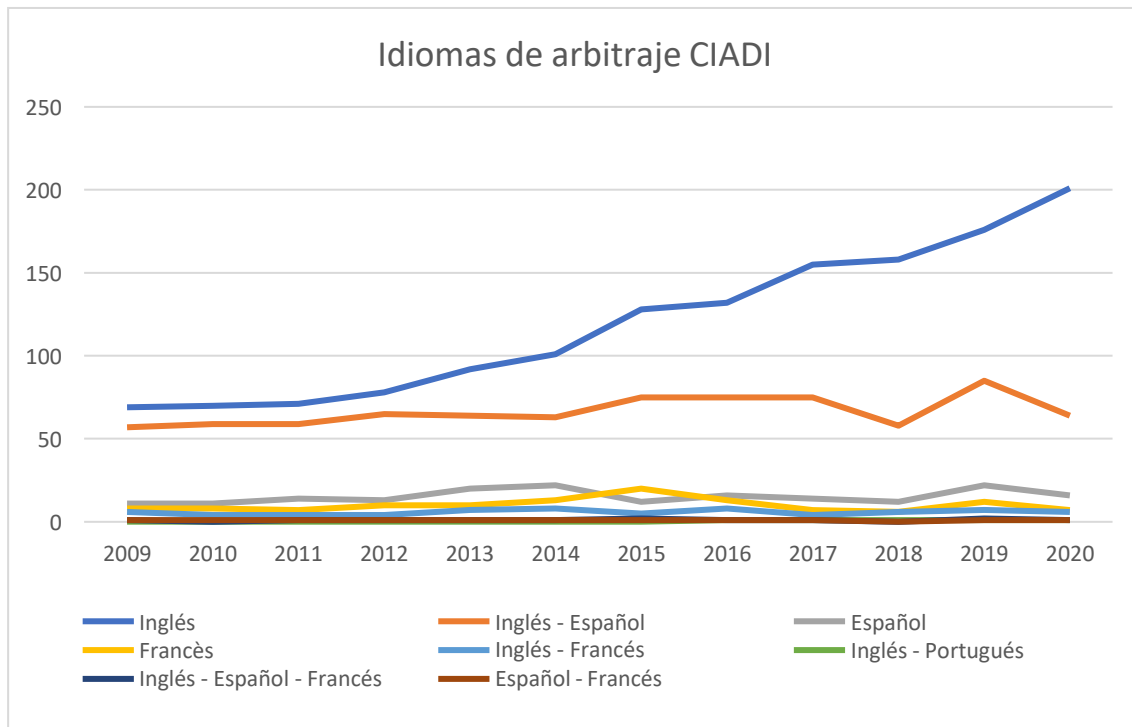
Si analizamos el mismo proceso dentro de la Corte Permanente de Arbitraje, los datos que datan de principios del siglo XX nos dan una idea más completa de esta tendencia. Comparando los datos, que están separados por unos 100 años, de hecho, es posible notar que uno de los idiomas más utilizados en el pasado para la discusión de pleitos arbitrales, es decir el francés, hoy en día en los arbitrajes PCA casi no se utiliza más.

Además, también en este contexto podemos ver cómo está muy de moda, más ahora que en el pasado, la realización de arbitrajes en dos idiomas al mismo tiempo.

Asimismo, podemos notar cómo el inglés, en estos 100 años, se usa cada vez más (aunque con altibajos). De hecho, no nos sorprende que este lenguaje sea el más utilizado en el arbitraje de la CPA, más bien nos sorprende su escaso uso hace un siglo.

(Cabe destacar que en el caso del PCA las estadísticas no son completas, sino más bien un muestreo cuyos datos pueden sin embargo ampliarse y proyectarse de manera más general).

2.4 International Centre for Settlement of Investment Disputes (CIADI)

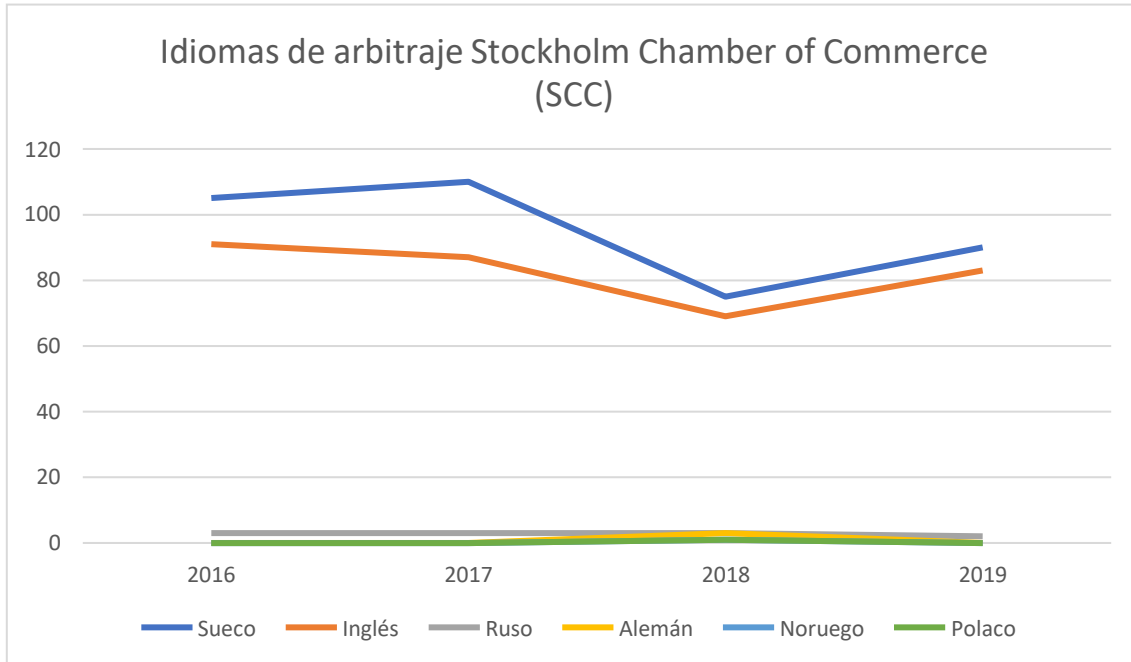


En el contexto del “Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones” (CIADI) podemos reforzar las conclusiones ya expresadas anteriormente.

En primer lugar, es evidente el fuerte crecimiento en el uso del idioma inglés en los casos de arbitraje.

En segundo lugar, se puede observar la fuerte tendencia del arbitraje bilingüe. Inglés, español y francés son los idiomas oficiales del CIADI, pero muy de vez en cuando se utilizan combinadas. En este caso, por ejemplo, el uso de la combinación inglés-español es tan elevado que ocupa el segundo lugar en el “ranking” de los idiomas más utilizados, después del inglés. La tendencia del arbitraje bilingüe está creciendo a pesar del incremento de costo respecto al arbitraje realizado en un solo idioma, la dilatación del tiempo, la reducción de potenciales árbitros y posibles malentendidos en caso de que las partes no se pongan de acuerdo en la traducción de un documento.

2.5 Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce (SCC)



En respecto al Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo (SCC), podemos señalar que, después del idioma del hogar (el sueco), el idioma más utilizado en la conducción de los arbitrajes también aquí es el inglés. Los otros idiomas más utilizados son los que se hablan en países no muy lejos de Suecia. Entre estos, destaca el ruso. De hecho, las empresas rusas favorecen a la SCC para resolver disputas comerciales.

2.6 International Centre for Dispute Resolution (ICDR)

En cuanto a la Asociación Estadounidense de Arbitraje, no se dispone de datos, sin embargo, se nos ha informado que en este contexto el segundo idioma más utilizado, después del inglés, es el español.

2.7 London Court of International Arbitration (LCIA)

La Corte de Arbitraje Internacional de Londres actualmente publica estadísticas sobre sus actividades, pero éstas se limitan a la nacionalidad de las partes, los árbitros y la sede del arbitraje. No indica nada del idioma de sus laudos. Sin embargo, parece que la inmensa mayoría son en inglés.

2.8 Court of Arbitration at the Polish Chamber of Commerce (SAKIG)

La Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio polaca es el mayor corte de arbitraje de Polonia. Como el propio tribunal indica en la sección de información, casi el 20% de sus casos son internacionales. Además de los mejores abogados polacos, la lista de árbitros incluye nombres de especialistas extranjeros en arbitraje. El tribunal también administra procedimientos ad hoc de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI. Aunque este tribunal no lleva estadísticas precisas sobre los diferentes idiomas de sus procedimientos, en el momento de escribir este artículo nos informaron de que los casos internacionales se suelen llevar a cabo en inglés, y recientemente ha habido un caso en francés.

2.9 Conclusiones de las estadísticas presentadas anteriormente,

De todo ello podemos aventurar unas conclusiones muy básicas:

- 1.- La “lingua franca” del comercio mundial es el inglés, y por ello el grueso de los arbitrajes que resuelven los problemas generados dentro de ese comercio internacional predominan en inglés.
- 2.- La segunda lengua internacional, en el comercio y en los arbitrajes, está dejando de ser el francés –que aún arrastra una inercia histórica, de la época en que era la lengua de la diplomacia, y los pasaportes se escribían en francés aparte del idioma del Estado emisor (y por ello, en inglés las categorías jurídicas del derecho diplomático son conceptos en francés como “agrément” para el “placet”, “attaché” para “agregado” o “chargé d’affaires” para “encargado de negocios”). Hasta hace unos veinte años los documentos de la Cámara de Comercio Internacional se escribían en inglés y en francés. Con María Livanos Cattai de secretaria general, se pasaron a escribir sólo en inglés, menos en la Comisión de Arbitraje, que seguían también produciéndose en francés. Pero ya no es así.
- 3.- El español es la lengua que pisa ya los talones y supera en ocasiones al francés como segunda lengua del comercio internacional.
- 4.- El arbitraje, gracias a su flexibilidad característica, permite la conducción de arbitrajes en dos idiomas, como Harrison Ford en las películas mencionadas, sin necesitar traducción simultánea. Esta posibilidad es cada vez más habitual y quizá sea el futuro.
- 5.- Ni el esperanto ni las mezclas de idiomas –portuñol, Spanglish- son usadas en cuestiones serias, como pueden ser los laudos arbitrales. Al contrario, las instituciones arbitrales corrigen la ortografía de sus árbitros –porque pueden hablar un idioma sin ser hablantes nativos, y pueden cometer erratas menores-. El daño a la imagen a la institución y al árbitro puede ser muy serio si el laudo contiene faltas garrafales de ortografía. Lo que se acepta en una conversación coloquial es inaceptable en un documento ejecutable ante los tribunales de todos los países del mundo.

3. Más detalles sobre los idiomas distintos del inglés en el arbitraje de la ICC

3.1 Otras lenguas habituales del arbitraje

Como se puede ver en el cuadro anexo, de confección propia con los datos ofrecidos por los boletines de la Corte Internacional de Arbitraje desde el 2000 hasta el 2020, la lengua más usada en el arbitraje ICC es el inglés. Hasta aquí, no puede sorprender a nadie. Si en el año 2000 hubo 334 laudos arbitrales ICC, en inglés lo fueron la gran mayoría, 258. En el 2019, las cifras habían evolucionado un poco. De 586 laudos, 466 lo fueron en inglés. Es decir, si al empezar el siglo XXI era un 77% de los laudos, veinte años después es el 79,5%. No hay grandes cambios. Sin embargo, el arbitraje ICC-que es el único realmente internacional, en el sentido de diverso y global- hay muchas otras lenguas empleadas en arbitrajes internacionales, pero son pocas las que, sin acercarse al predominio del inglés, tienen relevancia internacional.

Las magnitudes acumuladas son suficientemente significativas. En 20 años ha habido casi 6600 laudos en inglés, y a gran distancia, hay 800 en francés y 500 en español. El francés y el español viven una rivalidad constante desde hace 10 años, y en algunos años, el 2015 y el 2016, el español ha superado al francés, históricamente la lengua clásica del arbitraje. En el siguiente nivel tenemos el alemán, el italiano y de manera creciente, el portugués -en especial, tras abrir una sede de la Corte Internacional de Arbitraje en São Paulo, encargada de muchos casos puramente domésticos bajo las reglas del arbitraje ICC-. En alemán se han acumulado unos 250 casos, en portugués se rozan los 200 en italiano hay unos 75. En todos los casos con partes de países en que se usan o porque son idiomas oficiales en más de un país.

3.2 ¿Polaco como lengua de arbitraje?

Mientras que el alemán baja y el italiano sigue estable, uno esperaría encontrar en el siguiente escalón de lenguas en el arbitraje ICC a idiomas habituales en organizaciones internacionales. El ruso, el chino o el árabe. Pero no es así, en ruso sólo se acumulan 14 laudos, en árabe 13 y en chino 10. También son idiomas que se usan en muchos países. El idioma sorpresa que adelanta a los anteriores y a otros previsiblemente más acostumbrados al arbitraje -el sueco, el neerlandés, el turco-, es el polaco. Desde el 2000 hasta el 2019 hubo 27 laudos ICC en polaco. Y sólo en Polonia el polaco es idioma oficial. Por ello llama la atención.

Si usamos los datos que la propia Corte Internacional de arbitraje de la ICC ha publicado, descubrimos que entre los países vecinos -el grupo de Visegrado- Polonia es el más destacado usuario de arbitraje ICC en la región. Desde 2006, el número de partes de Polonia que participan en los procedimientos de arbitraje de la CCI se ha mantenido bastante alto, entre 12 y 33. Se trata de una cifra elevada para Europa Central y del Este. Por otro lado, el número de árbitros polacos tuvo su punto álgido entre 2005 y 2013. Desde 2014 ha habido un descenso, pero se ha mantenido bastante constante en torno a 10. Finalmente, el número de casos que se han llevado a cabo en Polonia es insignificante, pero ha habido una tendencia al alza desde 2005. De hecho, llama la atención el año 2007, en que hubo 9 casos de arbitraje ICC radicados en Polonia, seguidos de dos picos en 2011 y 2013, con 7 y 6 sedes respectivamente. Lógicamente, muy pocos de esos casos con elemento polaco (sede, árbitro o parte)serían resueltos en polaco.

Estadísticas sobre el arbitraje de las ICC en los países de Visegrado de 1993 a 2020

		Partes del litigio																											
Partes del litigio		1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020
Polonia	7	7	5	2	9	12	15	5	19	12	9	11	11	20	20	33	22	23	24	22	23	12	17	23	19	29	19	21	
República Checa	4	8	8	12	14	4	5	5	10	11	14	7	9	12	18	10	24	18	14	12	9	9	10	10	11	5	14	6	
Eslovaquia	3	1	0	2	2	3	5	2	0	2	5	0	0	6	5	5	3	3	8	5	7	6	6	4	1	4	4	3	
Hungría	11	8	7	10	9	5	4	2	4	7	5	4	0	8	4	10	6	5	11	6	12	0	4	10	4	0	8	4	

		Árbitros																											
Árbitros		1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020
Polonia	5	2	0	3	0	3	4	6	4	4	1	3	10	12	19	18	18	0	14	7	10	1	7	5	10	7	6		
República Checa	2	2	5	0	1	3	2	0	6	10	4	2	5	2	11	4	14	9	3	6	4	1	3	0	2	0	9	3	
Eslovaquia	0	0	0	1	0	0	1	0	0	0	1	1	0	5	3	0	3	2	3	0	3	1	3	3	0	0	1	1	
Hungría	1	2	7	3	3	2	1	4	1	1	2	0	3	0	3	3	0	5	4	3	3	7	6	5	1	3	1	1	

		Sede de arbitraje																											
Sede de arbitraje		1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020
Polonia	0	0	0	0	0	1	0	0	2	2	0	1	3	3	9	0	7	4	7	2	6	1	3	3	4	0	4	4	
República Checa	1	0	1	0	0	1	0	0	2	3	2	3	1	0	1	1	0	3	1	1	0	0	1	0	1	0	0	1	
Eslovaquia	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	1	0	0	1	0	2	2	0	1	1	2	0	0	0	0	0	0	
Hungría	0	0	2	1	0	1	1	2	1	2	0	1	0	1	0	2	0	1	2	0	1	2	1	0	3	2	0	1	0



Estas líneas pretenden romper la frontera invisible en la literatura jurídica. En los manuales de derecho en español se incluyen en la bibliografía, por lo general, obras en inglés, en francés, en italiano, portugués o alemán, según sea más o menos políglota el autor. Es prácticamente imposible que alguien cite doctrina en ruso, en chino, en árabe, en japonés, o en otros idiomas. Y seguro que hay artículos en esas lenguas que podrían ser de interés. Se confía que los anuarios en inglés de esos países recojan lo más destacado de la producción académica de esas lenguas ignotas. Pero no hay ninguna garantía de que sea así. En este texto, con la ayuda de una joven jurista de lengua polaca, intentaremos usar la doctrina en ese idioma para intentar explicar por qué el polaco es el “tapado” o idioma sorpresa en el uso del arbitraje internacional. También allí se produce el fenómeno al revés. Sus libros jurídicos tienen bibliografía en polaco, en inglés, en alemán o francés, pero nada en español o en otros idiomas. Ni en ruso, una lengua que, por la edad, muchos deberían haber aprendido en su etapa escolar dentro del bloque soviético. Las hipótesis que se presentan buscan despertar el interés cruzado y generar un debate que atraviese esa barrera real pero indeterminada.

4. Arbitraje en Polonia

Para intentar responder a las cuestiones planteadas anteriormente sobre la lengua polaca en el arbitraje, hay que destacar en primer lugar algunas novedades.

Primeramente, la historia del arbitraje polaco es larga y se remonta a la Edad Media, como demuestra el intento de resolver la disputa polaco-teutónica mediante un arbitraje que tuvo lugar en Visegrado en 1335. Sin embargo, a pesar de este impresionante comienzo, el arbitraje en Polonia ha tenido sus altibajos.

Los orígenes del arbitraje polaco contemporáneo se remontan al periodo de entre guerras del siglo XX. Sin embargo, experimentó un declive entre 1945 y 1989 causada por la transformación del sistema de gobierno en Polonia en uno comunista y a la desconfianza en el Estado polaco. Así, el arbitraje económico polaco contemporáneo, y más aún el internacional, no comenzó hasta después de 1989, es decir, tras el derrocamiento del comunismo en Polonia. Sólo después de este acontecimiento, instituciones de arbitraje pudieron iniciar sus actividades internacionales, fuera del bloque soviético. Sin embargo, para poder hacer pleno uso de la posibilidad de la justicia amistosa en Polonia, aún faltaba un elemento: la ley correspondiente.

No hasta el 28 de julio de 2005, el Parlamento polaco aprobó una nueva ley de arbitraje, que entró en vigor el 17 de octubre de 2005. La nueva legislación es mucho más detallada y amplia que la anterior y pretende modernizar el arbitraje en Polonia. Se inspira en la Ley Modelo de la CNUDMI (1985) sobre arbitraje comercial internacional. Sólo desde entonces Polonia está plenamente preparada para hacer frente al creciente número de arbitrajes internacionales provocados por el aumento del comercio internacional y la continuación de la tendencia a la privatización en el país.

Esta tendencia puede verse en el gráfico de la página 63, que muestra claramente un aumento de los casos con un elemento polaco desde 2005 en los casos de la ICC, el mismo año en que se introdujo el nuevo reglamento de arbitraje en Polonia.

Así, el polaco como lengua de arbitraje puede resultar sorprendente para muchos, ya que Polonia, como país del antiguo bloque del Este, suele estar infravalorada y su crecimiento económico suele pasar desapercibido. Sin embargo, como indica el gráfico de la página 63, Polonia es el único país de Europa Central, entre los países del antiguo bloque del Este, que presenta un crecimiento tan claro y estable de casos de arbitraje con un elemento polaco en la ICC.

Otro factor que puede hacer que el polaco como lengua de arbitraje sea una sorpresa para muchos es la frontera invisible en la literatura jurídica mencionada anteriormente.

Según la doctrina arbitral polaca, la "ley en los libros" polaca no difiere de la *lex arbitri* de las principales jurisdicciones favorables al arbitraje. Sin embargo, hay una cierta diferencia que se aprecia en el trabajo de los representantes de la doctrina de cada país. Se manifiesta en las fuentes que se utilizan durante el trabajo científico. En las publicaciones polacas, además de los autores polacos, se suelen citar autores de Alemania, Francia, Gran Bretaña o Estados Unidos. En cambio, en las publicaciones españolas, además de los autores de habla hispana, se citan con más frecuencia autores de Francia, Portugal, Italia, Gran Bretaña o Estados Unidos. La consecuencia de esto es que los logros legales polacos serán desconocidos, y por lo tanto subestimados por los representantes de la doctrina española y viceversa.

En conclusión, la lengua polaca puede resultar sorprendente para representantes de la doctrina y la práctica. Esto se debe a la complicada historia del país, en particular los muchos años de comunismo, que no permitieron a Polonia desarrollarse en igualdad de condiciones con los países occidentales. Además, también existe una cierta frontera invisible en las fuentes del derecho, que provoca la infravaloración mutua de los representantes de la doctrina y de los profesionales, lo que puede verse en el ejemplo de Polonia y España.

Por lo tanto, en la siguiente parte de este artículo, analizaremos estas sentencias de la ICC e intentaremos responder a la pregunta de cuál es el factor que influye en la decisión de las partes de elegir este idioma concreto como lengua de sus procedimientos.

5. 27 Laudos arbitrales de la CCI en polaco

Por lo tanto, al considerar la cuestión de las lenguas de arbitraje, así como la lengua de la doctrina, es particularmente sorprendente ver hasta 27 laudos redactados en polaco como parte del procedimiento de arbitraje de la CCI. Para poder observar con más detalle este fenómeno, es necesario examinar estos laudos y la génesis de la decisión de las partes de elegir el idioma.

Mientras que, en otras instituciones arbitrales, como el CIADI, los 6 casos en que Polonia ha sido parte se han resuelto en inglés y en la lista de árbitros sólo hay uno que habla polaco, y ni siquiera es polaco, en el arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional hay 27 asuntos que acabaron con laudos en polaco, demostrando una mayor diversidad y ductilidad de esta institución en lo que a lenguas utilizables en su sistema se refiere.

Todo este estudio pormenorizado demuestra que para que un asunto sea internacional no tiene por qué estar en una lengua extranjera pero conocida internacionalmente -antes, en latín, luego en francés, ahora en inglés-. Se puede optar por una lengua de mayor difusión internacional -como al escribir artículos en lenguas minoritarias, su impacto es mucho menor, y hacerlo en las grandes lenguas del mundo, como inglés, francés o español, garantiza un público mucho más amplio-, pero nada obliga a usar lenguas de gran proyección porque si las partes han decidido la suya propia, se resolverá el pleito mediante un laudo en ese idioma. Lo contrario sería diglosia, una aproximación errónea que cree que hay lenguas de primera y de segunda división.

Hemos escogido el polaco porque no es una lengua que se hable en muchos países. De hecho, sólo es idioma oficial en uno. Sin embargo, hay laudos en ese idioma y es un idioma cuyo conocimiento se muestra como mérito por parte de los árbitros internacionales en instituciones como el CIADI que sólo tienen tres idiomas oficiales (inglés, francés y español), y el mismo formulario del CIADI, en su colección de "curricula vitae" de los árbitros, incluye el polaco como una de las opciones posibles. Lo mismo ocurre con los formularios estándar que deben completar los árbitros ICC antes de su nombramiento. Las casillas disponibles de idiomas en los que se puede arbitrar "sin la ayuda de un intérprete o traductor" son las siguientes: inglés, francés, español, portugués, alemán, italiano, árabe, chino, japonés, ruso, polaco, rumano y "otros". Hay muchos otros idiomas que no aparecen en ninguna de dichas listas: El búlgaro, el serbo-croata, el lituano, el danés, el estonio, el checo, el eslovaco, el gaélico, el farsi, el vietnamita, el khmer, el tagalo, el mongol, el esperanto, el armenio, el georgiano o el mismo catalán, euskera o gallego. Idiomas que los árbitros podrían recoger como idioma que dominan y que sin embargo no hacen constar.

Por tanto, no hay límite al uso de un idioma poco habitual, y aunque uno puede ser bueno en otros idiomas aparte del propio -el ejemplo polaco sería Joseph Conrad, en realidad Józef Teodor Konrad Korzeniowski , que pasó a la literatura en inglés, aunque su lengua materna era el polaco, dominaba el francés, sabía alemán y ruso, y posiblemente ucraniano, pero para ganarse la vida le bastaba el inglés-, no hay por qué complicarse la vida para resolver un asunto en arbitraje con otros idiomas, si con el propio basta. Aunque sea polaco.

Por ello, esta época en que tanto se valora la “diversidad” en el arbitraje -aunque parezca que se reduzca al sexo- desde aquí proponemos ampliar el espectro de lenguas en que se podrá redactar laudos en el arbitraje internacional y por ello invitamos a los lectores que nos leen en un idioma que dominan, pero que no es el suyo, que den el paso para ampliar la variedad lingüística del arbitraje-. Porque la principal señal de que uno está en el ámbito internacional y ha salido de casa es que se hablan idiomas que no entiende. Pero otros sí. La Torre de Babel puede ser vista como una bendición y no como un castigo.

[Descarga de artículo incluyendo citas](#)

El régimen internacional de ejecución de sentencias judiciales vs el régimen internacional arbitral: Reflexiones de un letrado sentado en su escritorio.



James Graham

Socio, GRAHAM;

Profesor titular, UANL.

Hace tiempo, un abogado, cómodamente sentado en su escritorio, aprovechó de su tiempo libre para leer la serie de artículos que Gary Born (2021) publicó, analizando la Convención de La Haya Acuerdos de Elección de Foro (“CLH1”), comparándola con la Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (“CNY”). Sin querer reflexionar sobre las críticas bastante fuertes de Born - que pueden o no ser justificadas – nuestro abogado de inmediato pensó que la óptica de su colega americano era falsa, porque no son las cláusulas de jurisdicción que compiten con las cláusulas arbitrales. Es el producto final que cuenta, o sea la sentencia judicial o la sentencia arbitral como la gran mayoría de los usuarios del arbitraje le admiten:

“Enforceability of awards” continues

to be perceived as arbitration’s most valuable characteristic, followed by “avoiding specific legal systems/national courts”, “flexibility” and “ability of parties to select arbitrators”; y en este sentido es de comparar si un laudo es más fácil a ejecutar que una sentencia judicial.

Hasta ahora, no hay duda de que, por la CNY, el laudo tiene un marco jurídico mucho más favorable que la ejecución de la sentencia judicial en los diversos ordenamientos jurídicos nacionales. En México, por ejemplo, se requiere un exhorto para poder ejecutar una sentencia judicial extranjera. Sin embargo, es un requisito imposible visto que una sentencia judicial es de las partes y no del tribunal de origen que ha rendido la decisión. Por lo tanto, no es al tribunal de “autorizar” la ejecución en un país extranjero. Lo anterior implica que uno se debe amparar antes de poder ejecutar. A eso se agrega, que el juez extranjero de ejecución verifica la competencia del juez de origen según sus propios criterios.

Sin embargo, con la firma de la Convención de 2 de julio de 2019 sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Sentencias Extranjeras en Materia Civil o Comercial (“CLH2”), convenio al cual México no es parte, el panorama jurisdiccional cambia; y consecuentemente, el panorama arbitral está siendo afectado. Si a la fecha sólo 5 Estados la han firmado más sin ratificar, la Comisión europea ha propuesto a la Unión Europea de adherirse a dicho Convenio. Si tal fuera el caso, sería interesante

de preguntarse, pensó nuestro abogado, si este instrumento internacional no pudiera competir en contra del arbitraje, visto que una de sus bondades es justamente la facilidad de ejecutar el laudo sobre la Convención de New York. Pero si ahora las CLHs permiten la misma facilidad de ejecución de las sentencias judiciales, pues a lo mejor ya no hubiera tanta necesidad de recurrir al proceso arbitral.

Antes de ver el fondo, ¿es imaginable que las CLHs tengan el mismo éxito que la CNY?, la cual hoy en día cuenta con alrededor de 170 Estados miembros. Todo depende de los Estados Unidos y de la Unión Europea, y si van a firmar los convenios de La Haya o no. En el supuesto, se pudiera hablar de un derecho común internacional tal como lo tenemos con la CNY. Un paso en esta dirección ya se hizo con la firma de los EU, y la ratificación por parte de la Unión Europea de la CLH1. Por su parte, Rusia firmó la CLH2. Ahora, a suponer que ambos regímenes tengan la misma aplicación territorial, se queda la cuestión de fondo. ¿Qué será más fácil para la ejecución: la sentencia judicial o el laudo arbitral?

Reflexionando sobre la cuestión, el abogado mete sobre su escritorio los textos de los diversos instrumentos internacionales. A primera vista, se percata que la CNY tiene sólo 7 artículos operativos, mientras que tanto la CLH1 como la CLH2 contienen cada uno 15 artículos operativos. ¿El doble de artículos, doble inseguridad jurídica? Por ejemplo, el art. 4 CLH2 prevé:

[...]

3. A judgment shall be recognised only if it has effect in the State of origin and shall be enforced only if it is enforceable in the State of origin.

4. Recognition or enforcement may be postponed or refused if the judgment referred to under paragraph 3 is the subject of review in the State of origin or if the time limit for seeking ordinary review has not expired. A refusal does not prevent a subsequent application for recognition or enforcement of the judgment

El párrafo 3 es muy claro. Se puede sólo ejecutar sentencias consideradas como ejecutables en el Estado de origen. El párrafo 4 cambia esta obligación positiva en una facultad casi discrecional. Si “se puede suspender la ejecución” mientras que la sentencia aún no es firme en el Estado de origen, se puede también, a contrario, no suspender la sentencia y ejecutarla, aunque éste todavía esté en apelación en el Estado de origen. Y con el art. 15 CH2, similar al art. VII CNY- los cuales prevén grosso modo la posibilidad de ejecutar la decisión no sobre la convención sino sobre el Derecho nacional más favorable -, ¿es también posible vía interpretación llegar al resultado que es factible de ejecutar una sentencia judicial “nula” sobre el Derecho común más favorable, como se ha hecho en materia de laudos anulados en el Estado de sede?

Continuando con su lectura y análisis, nuestro abogado observa que la CNY tiene un sistema único de denegación de ejecución de laudos, mientras que la CLH2 tiene un sistema dual. En efecto, según esta última, en primer lugar, la sentencia judicial tiene que cumplir con al menos un presupuesto establecido en el art. 5. Una vez “admitida” - si se puede decir así -, la sentencia deberá, en segundo lugar, resistir los supuestos de denegación del art. 7. Ahora bien, al comparar el art. 7 CLH2 con el art. 5 CNY, pues en realidad no hay mucha diferencia. En pocas palabras, y al no considerar las disposiciones de la CNY que son exclusivas al arbitraje (p.e. la arbitrabilidad del asunto), ambas convenciones niegan el reconocimiento y la ejecución en ausencia de la garantía de audiencia y debido proceso, o, si la sentencia fue obtenida por fraude, o es contraria al orden público internacional.

Total, contrario a lo afirmado por Gary Born, las CLHs son buenos instrumentos y permitirán crear un régimen internacional único para la ejecución de las sentencias judiciales, como resultado de un convenio de jurisdicción o no. Sin embargo, ¿quiere decir que el arbitraje ya no es interesante? Lo anterior depende de los propios usuarios. Si los plazos son cortos, no se requieren traducciones oficiales, etc., no cabe duda de que el arbitraje es superior al litigio. Si ahora bien, es de “litigarizar” el arbitraje - con plazos indeterminables, escritos y escritos, incidentes sobre incidentes -, entonces creemos que vale la pena de ahorrar su dinero e ir directamente a los juzgados. Si tomamos por ejemplo la práctica judicial de la jurisdicción de nuestro abogado-escritor, i.e. Nuevo León, en un litigio comercial normal, en nuestra experiencia, se tarda entre 7 y 12 meses; la apelación tomando unos 8 meses, y el amparo directo unos 12 meses. Lo que nos da un promedio de 30 meses. Para comparar, en Francia, por ejemplo, la primera instancia toma de 5 a 7 meses; la apelación 14 meses. El recurso ante la Corte de Casación dura en promedio 15 meses, dándonos un total de 35 meses aproximadamente. Ahora en relación con un laudo, el promedio internacional para terminar un proceso arbitral es de 18 meses; el recurso en nulidad en nuestra jurisdicción unos 12 meses; el amparo indirecto con sus dos instancias unos 24 meses. Dándonos así un total de 54 meses. Así, prima facie, el litigio judicial parece más rápido porque uno se ahorra la segunda instancia del amparo. Sin embargo, la diferencia consiste en que las partes pueden por su voluntad reducir el plazo del proceso arbitral a su absoluto mínimo, para decir, por ejemplo, 3 meses, lo que no es posible en el juzgado. Es aquí donde reside la fortaleza del arbitraje, más que es bastante mal tratado por las partes y sus abogados por querer siempre el máximo de plazos y el más grande número de escritos, en lugar de reducir todo al mínimo. Es por eso que es bastante paradójica la postura de las partes y de los abogados que se dicen de acuerdo para poner fin a esas prácticas:

Arbitration users would be most willing to do without ‘unlimited length of written submissions’, ‘oral hearings on procedural issues’ and ‘document production’, if this would make their arbitrations cheaper or faster.

La segunda ventaja del arbitraje puede ser en el ahorro de los costos exteriores, como, por ejemplo, la traducción de todos los documentos probatorios. En un juzgado, salvo excepción, todo tiene que ser traducido en el idioma del juez. Asimismo, en el arbitraje, las partes pueden elegir árbitros que sepan el idioma y se ahorran así las traducciones y los intérpretes si fueran necesarios. Sin embargo, para ser honesto, varias ciudades ya metieron a sus juzgados en competencia con el foro arbitral, permitiendo, por ejemplo, la producción de documentos en inglés, véase todo el procedimiento judicial en inglés tomando en cuenta también los principios de la Common Law. Tal es el caso para París, Frankfurt, Bruselas y Ámsterdam (sin hablar de otros países).

En otras palabras, el arbitraje vale, no lo que vale el árbitro, sino lo que valen las partes. Si usan la herramienta arbitral de manera eficiente y rápida, el proceso arbitral es superior al proceso judicial. Viceversa, si es para un arbitraje a largo plazo, pues se puede obtener lo mismo, pero más barato en los juzgados. En realidad, el futuro del arbitraje reside – como siempre lo ha hecho – en la cláusula compromisoria. La gran mayoría de las cláusulas son un simple copy/paste de la cláusula modelo propuesta por la institución arbitral, y la cual simplemente señala el Centro de arbitraje, el número de árbitros y probablemente la sede arbitral. Es todo. Y según el rumor público, la cláusula arbitral es siempre la última que se pone en un contrato. Sin embargo, si el abogado se daría la misma pena para redactar su cláusula de solución de disputas que como para las demás cláusulas, se daría cuenta que el redactor de pacto arbitral es el arquitecto de su futuro universo arbitral. Se puede pactar que se entrega sólo una ronda de escritos, sin audiencia, con un árbitro único de una nacionalidad diferente que las partes que debe rendir su laudo en 15 días; etc. Y, el panorama no fuera completo, si no se menciona la cuestión de la especialidad del resolutor de la disputa. No es lo mismo argumentar un asunto marítimo ante un juez mercantil sin experiencia en la materia, o, tener a un árbitro con más de 30 años de práctica marítima...

Nuestro abogado mete de lado sus papeles, concluyendo su breve reflexión, con el hecho que hasta que las CLHs sean ratificadas por los principales actores, tiempo pasará, y es de recomendar al arbitraje para tener un laudo fácilmente ejecutable en el mundo según un *Ius commune* que es la Convención de Nueva York. Y con eso, nuestro abogado sale de su oficina, cierra la puerta y se dirige al ascensor para ir a casa en donde lo espera una rica cena familiar. Mientras que el elevador desciende, nuestro letrado se susurra a sí mismo que en el futuro él también tendría que perfeccionar las cláusulas compromisorias de sus mandantes.

[Descarga de artículo incluyendo citas](#)

Introducción al arbitraje comercial en México.



Gerardo Valdez Santaella

Abogado (Universidad Panamericana sede Guadalajara, 1996, mención honorífica), Maestro en Derecho de la Empresa (2015, mención honorífica), Maestro en Litigación Oral (California Western School of Law, 2020, cum laude). Socio de Robles Lazo Gallardo & Valdez (Guadalajara, México) con práctica en Derecho empresarial y litigio mercantil.

Este trabajo obtuvo recomendación de publicación en el XXXII Diplomado de Arbitraje de ICC México y la Escuela Libre de Derecho.

RESUMEN DEL TEXTO

En este trabajo se presenta una visión general del arbitraje comercial, haciendo especial énfasis en los supuestos y alcances de la intervención judicial en el arbitraje y contrastándolo con el litigio jurisdiccional.

I. INTRODUCCIÓN

Tras más de veinte años de experiencia en el litigio comercial (combinada siempre con el Derecho corporativo, por mi necesidad de profundizar en el Derecho sustantivo y no sólo en lo procesal), se me presentó hace algunos años mi primer arbitraje comercial, claro está, como abogado de parte.

Muy pronto descubrí que era quizás el arbitraje la mejor combinación de lo adjetivo y lo sustantivo que siempre busqué. Es también en mi opinión, la mejor expresión de la dignificación del litigio que hay disponible en México.

Por ello en el presente trabajo pretendo hacer un breve análisis de lo que es el arbitraje comercial, sus principales nociones y el marco jurídico aplicable en México. Así mismo, una explicación de la relación entre el arbitraje y los órganos jurisdiccionales, de particular interés para los litigantes, y fundamentalmente, un análisis de las principales similitudes y diferencias, ventajas y desventajas, del arbitraje frente a los juicios ordinarios, con el objetivo de abonar en la desmitificación del arbitraje entre los litigantes y favorecer la utilización de este método de solución de controversias tan bondadoso como imperfecto, no sólo para controversias internacionales sino nacionales.

II. CONCEPTOS GENERALES

A) Qué es el arbitraje comercial.

Para efectos del presente trabajo y sólo con afán de delimitar el tema en presencia, nos limitaremos a señalar que el concepto es multívoco, que la ley mexicana no define realmente el concepto y que la jurisprudencia nacional ha hecho algunos esfuerzos al respecto

. Hay muchos conceptos doctrinales, como el propuesto por Charles Jarroson según el cual el arbitraje “es una institución por la cual un tercero resuelve una diferencia que divide a dos o más partes en ejercicio de la misión jurisdiccional que le ha sido confiada por ellos”.

Por nuestra parte proponemos la siguiente: el arbitraje comercial es un método heterocompositivo de solución de controversias en el cual por acuerdo de las partes uno a varios terceros llamados árbitros, deciden una controversia de naturaleza mercantil de manera definitiva y vinculante.

Sobre su naturaleza existe la típica discusión entre quienes destacan su naturaleza contractual, quienes enfatizan la jurisdiccional y los que la ubican en el medio de ambas. Para nuestros efectos, basta destacar su origen necesariamente contractual, es decir, en el acuerdo de las partes, así como que la función de los árbitros es materialmente jurisdiccional, como lo es la “justicia” impartida por los órganos del poder ejecutivo, por ejemplo, aunque desde luego careciendo de imperio para ejecutar coercitivamente sus decisiones o laudos.

B) El acuerdo arbitral.

Como hemos anticipado arriba, el arbitraje comercial tiene como origen necesario el acuerdo de las partes, al cual se le denomina acuerdo o pacto arbitral. Si el acuerdo es previo a la existencia de una controversia se le llama cláusula arbitral y si es posterior se le denomina compromiso arbitral.

El Código de Comercio la define, en consonancia con la Convención de Nueva York como “el acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual”.

Conforme a la ley mexicana, el acuerdo de arbitraje debe constar por escrito.

Para evitar los innumerables problemas que causan las cláusulas mal redactadas, incompletas o imprecisas (llamadas patológicas), debe destacarse la conveniencia de adoptar las cláusulas modelo propuestas por las instituciones administradoras de arbitraje, precisando únicamente la sede, el idioma, el número de árbitros y el derecho aplicable al fondo, y en el caso de los arbitrajes ad hoc, quién fungirá como autoridad nominadora.

Al acuerdo arbitral le son aplicables múltiples principios como los de separación y autonomía, favor negotii, eficacia negativa y kompetenz-kompetenz, cuyo desarrollo excede de los fines de este ensayo.

C) Arbitrabilidad.

Se puede someter a arbitraje cualquier clase de controversia, con excepción de aquellos asuntos o materias respecto de las cuales está prohibido, ya sea porque existe una disposición legal expresa o bien porque existe jurisdicción exclusiva del Estado.

D) Procedimiento arbitral.

El procedimiento bajo el cual se llevará el arbitraje es en definitiva el que las partes acuerden, de manera absoluta si se trata de un arbitraje ad hoc, y parcialmente al sujetarse a un reglamento pre-elaborado, en el caso del arbitraje institucional; dicho reglamento provee las reglas procedimentales básicas, que de cualquier manera pueden ser modificadas o precisadas por las partes y en su defecto por el tribunal arbitral.

El procedimiento se rige por los principios de libertad o autonomía de la voluntad, igualdad, audiencia y contradicción (debido proceso).

III. MARCO JURÍDICO APLICABLE

En el arbitraje confluyen diversas normas que es importante ubicar cada cual en su sitio.

Mientras que el procedimiento se rige por lo acordado por las partes y concretamente por el reglamento arbitral (ad hoc o institucional), el fondo de la controversia se rige por el derecho sustantivo aplicable a la misma, ya sea por acuerdo de las partes o por los puntos de conexión que éstas tengan con diversos regímenes legales.

Por otra parte, está la ley arbitral, la *lex arbitrii*, que establece los principios fundamentales que debe respetar el arbitraje y está destinada a solventar cualquier laguna o problema que se presente respecto del arbitraje, que no haya sido posible resolver por acuerdo de las partes, aplicando el reglamento arbitral ni por decisión del tribunal arbitral.

Finalmente, los ordenamientos constitucionales y convencionales cierran el marco jurídico que rige una disputa arbitral.

A) La *lex arbitrii* mexicana.

a) Origen.

La ley que rige al arbitraje comercial en México es el Título IV del Libro Quinto del Código de Comercio.

Su origen data del año 1989, manteniendo la aplicación supletoria del código de procedimientos civiles, para posteriormente modernizarse en 1993 para asimilarse a la Ley Modelo de Uncitral y finalmente en 2011, por la que entre otros temas se aclaró a quién correspondía decir sobre la competencia del tribunal arbitral, los casos de cooperación judicial y las medidas precautorias judiciales y arbitrales.

b) Función.

Como se anticipó arriba, lo previsto por el Título IV del Libro V del Código de Comercio recoge los principios fundamentales que debe respetar el arbitraje para que el laudo que en él se dicte sea válido y ejecutable, así como normas supletorias a la voluntad de las partes, el reglamento arbitral y a lo resuelto por el tribunal arbitral, en el caso de que surja algún problema o falta de acuerdo, por lo que no constituye de manera alguna un “código de procedimientos arbitrales”.

c) Contenido.

El Título IV se refiere a los siguientes temas principales:

- Ámbito de aplicación de la *lex arbitrii*, siendo tanto el arbitraje nacional como el internacional si el lugar del arbitraje es en México, salvo excepciones (art. 1415).

- Concepto de acuerdo de arbitraje y reconocimiento de su autonomía (arts. 1416 fr.I, 1423 y 1432).
- Intervención judicial en el arbitraje (arts. 1421, 1422, 1464 y ss.), en donde se incluye el juicio especial a que nos referiremos más adelante.
- Remisión judicial al arbitraje (art. 1424), es decir la obligación que tiene un juez ante quien se intente una acción donde aparezca que existe un acuerdo arbitral, de suspender el procedimiento judicial y remitir a las partes al arbitraje.
- Medidas cautelares dictadas en sede judicial o arbitral, previo o durante el arbitraje (arts. 1425, 1433 y 1478 a 1480).
- Composición del tribunal arbitral (arts. 1426 a 1431).
- Competencia del tribunal arbitral, incluyendo la de decidir sobre su propia competencia (arts. 1422, 1432 y 1433).
- Sustanciación de las actuaciones arbitrales (arts. 1434 a 1444).
- Dictado, nulidad y ejecución del laudo (arts. 1445 a 1451 y 1457 a 1463).

Es muy importante destacar que en tanto norma especializada y dado su origen, naturaleza y objetivos, el Título IV del Libro Quinto del Código de Comercio se entiende como un cuerpo auto contenido que por ende no permite la interpretación sistemática ni la supletoriedad.

d) Principios rectores.

En la regulación del arbitraje adoptada por el Código de Comercio, se recogen entre otros los siguientes principios fundamentales:

- Autonomía de la voluntad. Seguramente el principio más importante del arbitraje y conforme al cual las partes pueden pactar sobre prácticamente todos los aspectos y etapas del arbitraje, salvo algunos aspectos fundamentales como el trato equitativo y la oportunidad de presentar su caso para ambas partes, la independencia e imparcialidad de los árbitros, la competencia en el caso de intervención judicial y las causales de nulidad del laudo, entre otras.

- Kompetenz-Kompetenz. Este principio de origen germano y universalmente reconocido se recoge en el artículo 1432 e implica que es precisamente el tribunal arbitral el competente para resolver sobre su propia competencia, incluyendo lo relativo a la existencia o validez del propio acuerdo arbitral del que deriva la misma.
- Principios de separación y autonomía del acuerdo arbitral. Conforme a los mismos, el acuerdo arbitral se entiende como independiente del contrato en el que pueda ubicarse, por lo que la nulidad de este no implica necesariamente la de aquél (art. 1432).
- Trato igual a las partes y plena oportunidad para presentar su caso. En definitiva, es el debido proceso que debe cumplir el procedimiento arbitral para que el laudo sea válido y en su caso ejecutable (art. 1434).
- Principio de mínima intervención judicial. En el artículo 1421 se recoge el principio indicando la excepcionalidad de la intervención judicial, que se limita a los asuntos previstos en la lex arbitrii, destacando el juicio especial previsto en el artículo 1472, bajo el que se tramitan entre otros la adopción y ejecución de medidas cautelares, el reconocimiento, ejecución y nulidad de laudos, sobre los que abundaremos un poco, más adelante.

B) Convenciones internacionales.

México es parte de diversos tratados y convenciones internacionales en materia arbitral, entre los que destacan la Convención de Nueva York, la de Panamá y la de Montevideo, siendo la primera sin duda la que mayor repercusión e importancia tiene, al hacer ejecutables los laudos dictados entre los países signatarios de la misma. Estas convenciones, conforme a lo dispuesto por el artículo 133 Constitucional y su interpretación jurisprudencial, constituyen la ley suprema bajo la cual deben ajustarse las leyes federales y secundarias.

C) Artículo 17 Constitucional.

Con fecha 18 de junio de 2008 se agregó a este artículo un párrafo que señala textualmente “Las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias”, con lo cual se terminó cualquier discusión que pudiera haber sobre la constitucionalidad de los juicios arbitrales, dando lugar a lo que algunos han llamado el “derecho humano arbitral”.

D) Jurisprudencia.

Sorprendentemente, dada la especialidad y relativa novedad de la materia, existen numerosas tesis aisladas y jurisprudencias en relación con temas del arbitraje comercial, que en general se ajustan a los principios modernos.

Muchos de los jueces y magistrados federales se han capacitado en la materia, por lo que comprenden sus principios fundamentales, mientras que, por el contrario, muchos jueces y magistrados a nivel local, con notables excepciones, suelen emitir resoluciones francamente contrarias tanto al espíritu como a la letra del Título IV del Libro Quinto del Código de Comercio, y no se diga ya de las convenciones internacionales.

IV. INTERVENCIÓN JUDICIAL.

A) Supuestos de intervención.

Bajo el ya enunciado principio de mínima intervención judicial, recogido en el artículo 1421 del Código de Comercio, la *lex arbitrii* mexicana prevé los siguientes supuestos limitados de intervención judicial en el arbitraje comercial, en los que indicamos el procedimiento bajo el cual deben tramitarse:

Supuesto de intervención:	Fundamentos (Código de Comercio):	Vía:
Remisión al arbitraje	1424, 1464 y 1465	Incidente o excepción (en el juicio ordinario) ⁶
Designación de árbitros	1427 fr. III y IV y 1466 fr. I	Jurisdicción voluntaria
Asistencia en el desahogo de pruebas	1444, 1466 fr. II y 1469	Jurisdicción voluntaria
Consulta sobre los honorarios de los árbitros	1454 y 1466 fr. III	Jurisdicción voluntaria
Recusación de árbitros	1429 tercer párrafo y 1470 fr. I	Juicio especial
Resolución definitiva sobre la competencia del tribunal arbitral	1432 tercer párrafo y 1470 fr. II	Juicio especial
Adopción y ejecución de medidas cautelares en sedejudicial o arbitral	1425, 1470 fr. III y IV y 1478 a 1480	Juicio especial
Nulidad, reconocimiento o ejecución de laudos arbitrales	1457 a 1459, 1461 a 1463, 1470 fr. IV y V y 1471	Juicio especial
Decisión sobre la terminación del encargo de un árbitro	1430	No se precisa ⁷

B) La remisión judicial al arbitraje.

Lo dispuesto en el artículo 1424, en relación con los artículos 1464 y 1465 del Código de Comercio es fundamental para la eficacia del arbitraje y para evitar intromisiones judiciales indebidas.

El juez ante quien se tramite un juicio respecto de cuya materia aparezca que existe un acuerdo arbitral, a solicitud de parte debe remitir a las partes al arbitraje y suspender el procedimiento judicial. Lo anterior debe resolverlo la juez previa vista a la contraria y sin demora (“de inmediato”).

Como lo señala el artículo 1465, únicamente podrá negarse la remisión al arbitraje si la nulidad se demuestra con resolución firme o bien si la nulidad, ineficacia o imposibilidad de ejecución del acuerdo arbitral son notorias, bajo un criterio riguroso.

Contra la resolución que decide sobre la remisión no procede recurso ordinario. Existen varios criterios jurisprudenciales al respecto, conforme a los cuales se ha clarificado para bien o para mal la oportunidad y forma en que debe plantearse y decidirse la remisión al arbitraje.

C) El juicio especial.

Bajo este juicio especial, pero siempre ligado al arbitraje, ya sea en preparación del mismo, durante su tramitación y con posterioridad al dictado del laudo, deben tramitarse los asuntos mencionados arriba.

Conforme al más reciente criterio de la Corte, las sentencias dictadas en dicho juicio especial son atacables en amparo biinstancial.

D) Supuestos de anulación.

Para los fines introductorios de este trabajo, únicamente habremos de mencionar en este punto que el único medio de “impugnación” de un laudo arbitral lo es su anulación, que debe intentarse en un plazo de 3 meses a partir de la notificación del laudo, en la vía del juicio especial que hemos referido antes y únicamente por las causales que numerus clausus contempla el artículo 1457 del Código de Comercio, las que desde luego no permiten que un tribunal examine las consideraciones de los árbitros ni por ende que entren al fondo de la controversia, sino únicamente que se hayan cumplido los requisitos mínimos que la propia *lex arbitrii* exige para la validez del arbitraje y el propio laudo, algunas de las cuales sólo pueden examinarse a petición de parte (incapacidad, invalidez del acuerdo arbitral, falta de debido proceso, laudo extra y ultra petita indebido procedimiento arbitral y laudo no obligatorio o nulo) mientras que otras aún de oficio (arbitrabilidad y orden público).

E) Comentarios sobre la ejecución.

La falta de imperio del árbitro y con ello su imposibilidad para ordenar la ejecución de sus laudos ha sido una de las notas más criticadas por los litigantes, con menosprecio de la utilidad o practicidad del arbitraje.

Sin embargo, bajo la ley arbitral mexicana vigente, la vía para la ejecución del laudo es clara (el juicio especial) y sólo puede negarse por las mismas razones que justificarían su anulación, las que deben analizarse bajo un estándar muy alto, por lo que, en realidad, la falta de coercio por parte del árbitro no es más una desventaja sustancial del arbitraje, sobre todo cuando existe también un régimen de medidas cautelares arbitrajes o judiciales en apoyo del arbitraje.

F) Medidas cautelares.

Finalmente y aunque no hay espacio en el presente trabajo para profundizar al respecto, basta comentar que el Código de Comercio contempla el otorgamiento de medidas cautelares en relación con el arbitraje, antes o durante su tramitación, concediendo al juzgador un poder cautelar general (plena discreción), que no se encuentra limitado como lo está en principio la facultad correlativa en los juicios ordinarios.

Adicionalmente, también se contempla en el Código la posibilidad de ejecutar las medidas precautorias que en sede arbitral dicten los árbitros, conforme al reglamento arbitral otorgado o elegido por las partes.

V. LITIGIO JURISDICCIONAL VS ARBITRAJE COMERCIAL

A) Similitudes y diferencias.

Llegamos a lo que constituye el objetivo principal de este trabajo. Luego de haber revisado en forma general los principales elementos que caracterizan al arbitraje comercial en México, hemos de compararlo con el litigio jurisdiccional, para apreciar posteriormente sus ventajas y desventajas. Tomaremos como base para este análisis las diferencias que propone Edgar Martínez Herrasti adicionadas por algunas más que estimamos relevantes:

- a. Sólo pueden someterse a arbitraje controversias sobre derechos económicos renunciables o disponibles, mientras que en el litigio cabe cualquier controversia sujeta a la competencia material de los tribunales.
- b. En el arbitraje las partes eligen a la(s) persona(s) que decidirá la controversia, con el único requisito de ser imparciales e independientes, mientras que los litigios son resueltos por un juez nombrado por el Estado.
- c. El tribunal arbitral se constituye especialmente para tramitar y resolver la controversia planteada por las partes, mientras que los tribunales jurisdiccionales son permanentes.
- d. El árbitro no dispone, como el juez, de imperio para ejecutar sus determinaciones.
- e. En el arbitraje las partes pueden pactar el lugar e idioma. Los juicios se llevan siempre en español y en el lugar que corresponda conforme a las reglas de competencia establecidas en las leyes.
- f. En el arbitraje no hay recursos como los hay en los procedimientos jurisdiccionales.

En cuanto a la ejecución de los laudos extranjeros (como los nacionales), la misma se tramita en el juicio especial previsto en el Código de Comercio (1461, 1471 y otros) y la Convención de Nueva York, mientras que en el caso de sentencias extranjeras debe estarse al sistema de homologación establecido en el Código Federal de Procedimientos Civiles (arts. 569 y ss), así como en su caso a lo dispuesto por los tratados o convenciones internacionales aplicables.

- a. En el arbitraje se puede pactar que el laudo no sea motivado, mientras que por imperativo Constitucional las sentencias siempre deben estar motivadas.

- b. El procedimiento arbitral es esencialmente acordado por las partes mientras que el jurisdiccional es casi por completo impuesto por la ley.
- c. En el arbitraje no se permiten las audiencias ex-parte, tan comunes en la práctica jurisdiccional.

B) Ventajas y desventajas.

A continuación, nos referiremos a algunas ventajas y desventajas del arbitraje respecto del litigio tradicional, para lo que analizaremos las que propone Alfonso Sepúlveda García:

- a. Celeridad.- Tradicionalmente se ha reconocido la mayor celeridad del arbitraje respecto del litigio tradicional, aunque es claro que la brecha al respecto se ha venido reduciendo considerablemente, entre otros factores, por las reformas al sistema judicial que han provocado que los juicios sean más cortos, ante la reducción de etapas y medios de impugnación, de manera que por ejemplo en el juicio oral mercantil ya no existe apelación contra la sentencia definitiva, por lo que las sentencias son atacables en amparo directo, mientras que los laudos como se vio antes se pueden combatir mediante el juicio especial correspondiente y luego en amparo bi-instancial.
- b. Costo. - En contrapartida, tradicionalmente se ha pensado que el arbitraje es más costoso, fundamentalmente porque los árbitros cobran honorarios por sus servicios, aunque el costo principal de los arbitrajes corresponde mayoritariamente a los honorarios de los abogados de parte, en el que desde luego también se incurre en el litigio jurisdiccional, con el añadido del costo de la corrupción, que no cabe duda puede ser mucho mayor.
- c. Confidencialidad. - Ciertamente en el arbitraje hay un régimen de confidencialidad que aunque no es absoluto, sí representa una ventaja frente al litigio jurisdiccional cuando se trata de un asunto sensible para las partes.

- d. Flexibilidad y formalismo. - Claramente el estilo y el talante con el que se conducen y llevan los arbitrajes es mucho más flexible y mucho menos formalista que los litigios tradicionales, en donde la verdad y hasta el fondo de la controversia muchas veces quedan olvidados debajo de fórmulas y prácticas tan inútiles como absurdas. Valga señalar que algún avance ha producido las recientes reformas en materia de oralidad, aunque desde luego las costumbres son difíciles de cambiar, sobre todo si las reformas no se acompañan de capacitación adecuada.
- e. Oralidad, concentración e inmediación. - Sin duda alguna estos atributos tan arraigados en el litigio arbitral son quizás junto con la honestidad y preparación de los árbitros, la mayor ventaja frente al litigio ordinario, donde el juzgador, de por sí limitado por la cantidad de asuntos a su cargo y la falta de especialización, no tiene el suficiente contacto con las partes y con los detalles de la controversia, para posteriormente dictar una sentencia de calidad. Con la introducción del juicio oral mercantil se ha avanzado un poco, pero todavía es insuficiente sin duda, además de que la admisibilidad del amparo directo en todos los casos para revisar la legalidad de las sentencias hace que de hecho quien termina resolviendo la gran mayoría de los asuntos sigue siendo un tribunal prácticamente ajeno al asunto.
- f. Selección y especialización del árbitro. - Los árbitros suelen ser expertos en el tema de la disputa (al menos las partes tienen la oportunidad de elegir especialistas), mientras que los jueces son generalistas de la materia mercantil.
- g. Mayor tiempo para estudiar y menor tiempo para decidir. - Por más asuntos que pueda llevar un árbitro privado, jamás se acercará a los números que manejan los jueces del Estado.
- h. Neutralidad, confiabilidad y honestidad. - Aunque desde luego debe destacarse la existencia de jueces honestos y confiables en el ámbito local, la realidad es que la regla general no es esa. Como advertíamos antes, junto con la inmediación, es a nuestro juicio ésta la mayor ventaja del arbitraje respecto del litigio, en el caso de México.

Consideramos que pueden adicionarse a las anteriores, las siguientes:

a) De la mano de la flexibilidad y la inmediatez ya apuntadas, particularmente en el desahogo de pruebas hay una ventaja considerable del arbitraje, pues se privilegia el que los árbitros puedan conocer la verdad sobre formalismos sin sentido, así como que puedan valorar los testimonios por factores subjetivos que son indispensables para formarse un juicio informado.

Finalmente, nos parece importante destacar la calidad de la comunicación que se entabla entre las partes y el tribunal arbitral, que en el litigio ordinario es sumamente limitada, así como el tono de las promociones y presentaciones de las partes, basado en el respeto y la honorabilidad, que al menos en los hechos es muy poco común en el litigio jurisdiccional.

C) Judicialización del arbitraje y flexibilización del litigio.

Señala Alfonso Sepúlveda:

“...diversos impulsores del arbitraje comercial internacional se duelen de que el proceso arbitral se esté judicializando y contaminando con reglas, principios, instituciones y estrategias provenientes del litigio judicial.

Y es que conforme ha ido creciendo el arbitraje comercial a nivel mundial, también ha ido aumentando el número de juristas y abogados practicantes del litigio judicial que se interesan y acercan al arbitraje. Y lo han hecho a un grado tal que existe, por decirlo así, una especie de arbitration rush hacia la arena del arbitraje.

Muchos de los abogados litigantes, buenos y malos, que por primera vez se han visto involucrados en arbitrajes comerciales, no tienen ni la educación, ni los conocimientos o mentalidad, como tampoco la práctica o experiencia, que son necesarios para defender a sus representados de manera técnica y eficientemente correcta en el proceso arbitral.”

Considero que, siendo disciplinas independientes, son claramente el arbitraje y el litigio dos especies del mismo género, con sus matices y complejidades particulares, pero que sin duda pueden compaginarse o bien, explorarse de un lado y del otro. En el estudio, pero sobre todo en la práctica de una disciplina puede sin duda enriquecerse a la otra.

Ante la incipiente flexibilización y dignificación del litigio mercantil, con la introducción de los juicios orales, si es que se acompaña con otras medidas tan imploradas como necesarias como la profesionalización de la carrera judicial, la colegiación obligatoria y en general la capacitación y formación de los abogados en México conforme a la dignidad de la profesión lo amerita, menos litigantes buscarían refugio en el arbitraje, ante la inclemente corrupción y desaseo que prevalece en nuestros tribunales.

Por otra parte, estimo que las herramientas de una tradición tan vasta y universal como la del litigio jurisdiccional, sin duda que, adaptada a la naturaleza y objetivos del arbitraje, puede nutrirle, como ala inversa el ejemplo de trato respetuoso y honorable, por ejemplo, puede hacer diferencia en el litigante que se interese por el arbitraje y su funcionamiento.

VI. CONCLUSIONES

- i. El arbitraje, como medio alternativo de solución de controversias que es, más allá de que teóricamente se le reconozca o no naturaleza jurisdiccional, constituye alternativa valiosa que sin duda es muy útil y conveniente para resolver controversias en materia comercial.
- ii. En México, el arbitraje comercial está razonablemente bien regulado, lo que lo hace una sede deseable y deseada para llevar arbitrajes tanto para asuntos internacionales como nacionales.
- iii. Los jueces y litigantes deben respetar los procedimientos arbitrales, pues en definitiva quienes deciden someter sus disputas al mismo tienen derecho a hacerlo, e incluso la Constitución del país así lo reconoce. En este sentido, deben evitarse intromisiones indebidas, que desafortunadamente son frecuentes al momento.
- iv. El arbitraje no es la solución para todos los litigios, sino para algunos de ellos, que, por su complejidad, especialidad, cuantía o confidencialidad, entre otras razones, haga sentido decidir de esa manera. Para lo demás, siempre estará el litigio jurisdiccional, cuya modernización y mejora continua, debe anhelarse y buscarse siempre.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- AZAR MANZUR, Cecilia; GÓMEZ RUANO, Sofía; ORTEGA LÓPEZ, Elsa. Ley Mexicana de Arbitraje en Materia Comercial. Themis. Edición de Kindle.
- CANCINO, Rodolfo y URUCHURTU, Gustavo A. El Arbitral Comercial Internacional. México, Bosch, 2016.
- FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos y SÁNCHEZ LORENZO, Sixto A. Principios Generales del Arbitraje. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2018.
- FLORES RUEDA, Cecilia. Diccionario Enciclopédico de Arbitraje Comercial. Themis. Edición de Kindle.
- GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. Arbitraje. México, Porrúa, 5ª. ed., 2018.
- GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. Todo arbitraje y MASC. Liber Amicorum José Luis Siqueiros. Fondo Editorial Cliente Externo. Edición de Kindle.
- GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. El arbitraje al derecho y al revés (Litigio arbitral nº 2) Palestra Editores. Edición de Kindle.
- GORJÓN GÓMEZ, Francisco. Arbitraje Comercial y Ejecución de Laudos. México, McGraw-Hill, 2001.
- MÁRQUEZ CORDERO, Andrés. Análisis del Arbitraje y Ventajas con Respecto al Juicio Ordinario. Edición de Kindle.
- URIBARRI CARPINTERO, Gonzalo. Justicia Alternativa: Estudios de Arbitraje y Mediación <https://www.porrua.mx>. Edición de Kindle

[Descarga de artículo incluyendo citas](#)

La prueba digital en el Arbitraje Comercial



Alejandro García González

Es socio del despacho Hogan Lovells, donde encabeza el área de litigio y arbitraje en la oficina de Monterrey, Nuevo León (México). Es Licenciado en Derecho por la Facultad Libre de Derecho de Monterrey y cuenta con un Máster en Arbitraje Comercial y de Inversión por la Universidad de Alcalá (España). También ha cursado diplomados en Técnicas de Juicio Oral por la Universidad de Monterrey y en Arbitraje Comercial Internacional por ICC México.

Tiene una experiencia de más de 20 años, durante los cuales ha representado exitosamente a sus clientes en asuntos complejos y estratégicos ante tribunales judiciales y arbitrales. Su práctica se centra en el litigio comercial, financiero y administrativo, así como en el arbitraje comercial doméstico e internacional.

Alejandro es coordinador de la Comisión de Métodos Alternos de Solución de Controversias de la Barra Mexicana Colegio de Abogados – Capítulo Nuevo León y es miembro del Consejo de la US-Mexico Bar Association.

Participa como profesor experto invitado en la Facultad Libre de Derecho de Monterrey, donde imparte el curso de Arbitraje Comercial Internacional. Es coautor del libro titulado “Derecho Internacional Privado y Derecho del Arbitraje Comercial Internacional; Legislación, Cláusulas, Sentencias y Laudos Relevantes”, publicado por Tirant Lo Blanch.

I. Resumen

Las pruebas digitales se utilizan cotidianamente en el arbitraje comercial. Su uso ofrece ventajas relevantes. Aunque también presenta algunos retos que, de no ser superados, afectarán su valor probatorio. Sus desventajas, afortunadamente, pueden ser mitigadas o eliminadas. Para lograrlo, los operadores del arbitraje deben emplear técnicas y herramientas. En este artículo, abordamos estos temas relacionados con el uso de las pruebas digitales.

II. Introducción

En la actualidad, salvo las que requieran un desahogo material, prácticamente todas las pruebas en el arbitraje comercial se presentan en formato electrónico. La tecnología permite que, incluso, las audiencias puedan celebrarse de forma remota. Durante la audiencia, es posible que cada uno de los participantes se localice en distintos lugares del orbe. Los testigos y peritos pueden ser interrogados a distancia, utilizando tecnologías digitales, sin necesidad de aparecer físicamente frente al tribunal.

A pesar de su uso cotidiano, sin embargo, persisten dudas sobre aspectos medulares de este tipo de evidencia. Como cualquier otro medio probatorio, las pruebas digitales tienen gran impacto en el procedimiento arbitral. Por lo que resulta imprescindible para los operadores del arbitraje comercial, conocer el uso adecuado de tales medios probatorios. En este artículo, analizamos diversas cuestiones relevantes sobre las pruebas digitales, incluyendo su conceptualización, ofrecimiento, desahogo y valoración.

III. Análisis

3.1. Concepto

Este tipo de prueba, también llamada prueba electrónica o prueba tecnológica no está conceptualizada en la legislación ni en los reglamentos de arbitraje. Sin embargo, existen referencias concretas -sobre todo en ciertas reglas especializadas- a elementos de prueba derivados de la tecnología, como los documentos electrónicos, entre otros.

En términos generales, se trata de cualquier prueba que se genere o presente a través del uso de tecnología digital. Esta se conforma por técnicas y herramientas que utilizan determinada programación basada en caracteres, que es medible y alterable, y que permite automatizar ciertos procesos. Se diferencia de la tecnología analógica en diversos puntos, pero uno esencial es que la tecnología digital permite identificar, reproducir e, incluso, manipular datos de forma precisa y relativamente sencilla.

El maestro Federico Bueno de Mata, catedrático de la Universidad de Salamanca, la define como: *“cualquier prueba presentada informáticamente y que estaría compuesta por dos elementos: uno material que depende de un hardware, la parte física y visible de la prueba para cualquier usuario de a pie, por ejemplo la carcasa de un smartphone o una memoria USB; y por otro lado un elemento intangible que es representado por un software consistente en los meta datos y archivos electrónicos modulados a través de unas interfaces informáticas”*.^[1]

Esta precisión me parece fundamental. La información se almacena electrónicamente como una serie de datos o caracteres incomprensibles para el humano, pero que se presentan a través de una interfaz que permite al humano asimilar la información a través de los sentidos, sea la vista, el oído u otro.

Una nota de voz que se graba, por ejemplo, en un teléfono celular, queda almacenada digitalmente; de ahí puede transmitirse a otro dispositivo móvil, que reconoce esa programación y la convierte en sonidos que el humano receptor entiende como un lenguaje. Así es que la prueba digital no se puede presentar ante un tribunal arbitral, sin un dispositivo y un programa de por medio. Esto presenta varios retos.

Al comentario del maestro Bueno de Mata, yo agregaría que es muy importante distinguir entre una prueba originariamente digital y una prueba que simplemente se transmite o reproduce a través de medios digitales.

Pensemos en documentos. Existen aquellos que son electrónicos, creados mediante un dispositivo tecnológico. Estos son documentos digitales de origen. Pero también es posible digitalizar un documento que originalmente constó en papel, para que sea transmitido electrónicamente o visualizado mediante un dispositivo. Esta distinción es relevante porque el origen del documento determinará en gran medida el valor probatorio que se le confiera por el tribunal arbitral. Por ejemplo, si se trata de un documento electrónico, será relevante analizar si cuenta con una firma electrónica que permita atribuirle su autoría a determinada persona, entre otras cuestiones.

Podemos mencionar también la testimonial. Usualmente, los testimonios se presentan por escrito y, durante la audiencia, la contraparte y el tribunal tendrán oportunidad de interrogar al testigo, si así lo solicitan. El hecho de que el interrogatorio se realice a distancia, utilizando tecnología de telecomunicación, no implica que la prueba sea digital. Sigue siendo una prueba testimonial y debe tratarse como tal, aunque también habrán de tomarse en cuenta cuestiones propias de la interrogación a distancia.

3.2. *Ofrecimiento*

Las pruebas digitales entran a escena desde el inicio mismo del arbitraje; precisamente cuando la parte demandante presenta su solicitud de arbitraje, la cual irá acompañada de diversas pruebas que -conforme a la práctica actual- se transmitirán electrónicamente.

Es necesario que las partes anuncien al tribunal arbitral que presentarán pruebas digitales durante el proceso. Este anuncio debe realizarse en una etapa temprana del arbitraje; idealmente en la conferencia sobre la conducción del procedimiento. ¿Por qué?

(i) *Las pruebas digitales requieren de preparación.* Como señalamos anteriormente, estas probanzas se componen por un programa y un dispositivo para visualizarlas o escucharlas. Por lo que resulta imperativo que las partes y el tribunal tengan el *hardware* y el *software* necesarios para recibir y reproducir las pruebas. Igualmente, el oferente deberá asegurarse de que, durante la audiencia, sea virtual o presencial, se cuente con los medios para presentar las pruebas digitales. De manera que las partes y el tribunal deben acordar con antelación cuál o cuáles dispositivos y programas utilizarán para la transmisión y presentación de pruebas digitales.

(ii) *Mantener la igualdad entre las partes.* Este es un principio fundamental en el arbitraje. Se debe dar a cada una de las partes la oportunidad de hacer valer sus derechos. No hacerlo, podría provocar la anulación del laudo o su inejecución. Si no existe este anuncio previo de las pruebas digitales, la contraparte del oferente pudiera argumentar un desbalance en el procedimiento, o bien, argüir que no tuvo los medios a su alcance para defenderse.

(iii) *Obtener la aprobación del tribunal arbitral.* Debemos recordar que ciertas legislaciones y reglamentos de arbitraje confieren al tribunal un rol preponderante en la conducción del procedimiento y en la dirección de las audiencias. Bajo el artículo 1435 del Código de Comercio mexicano (“**CCom**”), por ejemplo, esta facultad incluye la de determinar la admisibilidad, pertinencia y valor de las pruebas. Esto también lo observamos en los artículos 25 y 26 del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (el “**Reglamento CCI**”).

Por ende, las partes deben anunciar oportunamente la evidencia digital que pretenden utilizar para probar su caso. En cuanto a las herramientas con que cuentan las partes y el tribunal para tales efectos, afortunadamente existen muchas. Una de ellas, frecuentemente utilizada en el arbitraje internacional, son las Reglas de la IBA sobre la Práctica de Pruebas (las “**Reglas IBA**”), que fueron actualizadas en diciembre del 2020. Estas son reglas especializadas en materia probatoria, que las partes pueden adoptar como aplicables a su arbitraje.

En cuanto al anuncio de las pruebas, por ejemplo, el artículo 2 de las Reglas IBA, dispone que el tribunal deberá consultar con las partes, cuanto antes, sobre el proceso más eficiente, económico y justo sobre la práctica de pruebas. Las Reglas IBA, regulan también, entre otras cosas, las solicitudes sobre exhibición de documentos electrónicos entre las partes o “*e-disclosure*”. Sobre este tema, también existe el “*Protocol for E-Disclosure in International Arbitration*”, elaborado por el Chartered Institute for Arbitrators (“**CI Arb**”).

En 2018, también fueron emitidas las Reglas de Praga sobre la Tramitación Eficiente de los Procedimientos en el Arbitraje Internacional (las “**Reglas de Praga**”). Las partes y los tribunales pueden acordar su aplicación como un documento vinculante durante el arbitraje. Como se indica en la Nota del Grupo de Trabajo que las preparó, las Reglas de Praga potencian la iniciativa de los tribunales en la tramitación del arbitraje. Por ejemplo, prevén que, en la reunión preliminar, el tribunal indique a las partes los medios de prueba que consideraría apropiados para demostrar las respectivas posiciones de las partes.

3.3. **Principales ventajas y desventajas**

Las pruebas digitales tienen muchas ventajas, aunque también presentan ciertas desventajas que tienen mucho que ver con su eventual valoración por el tribunal arbitral. Algunas de sus ventajas, son las siguientes:

(i) *Facilidad de transmisión.* Las pruebas digitales pueden transmitirse por internet y hacerse llegar en cuestión de segundos a todos los miembros del tribunal y a la contraparte, a diferencia de otras pruebas que requieren transmisión física.

(ii) *Capacidad de generación.* Las pruebas digitales pueden generarse en grandes volúmenes. Aunque, como todo, el aprovechamiento excesivo de esta ventaja también puede representar un problema. La facilidad para generar y transmitir documentos electrónicos, en ocasiones provoca que las partes ofrezcan o soliciten de su contraparte una cantidad irrazonable de documentos. Esto genera ineficiencias y, lejos de aportar a la solución de la controversia, complica la labor de los árbitros.

(iii) *Capacidad de reproducción.* Una vez generadas, las pruebas digitales pueden reproducirse ilimitadamente, sin mayor costo. Por ejemplo, un video puede ser visto tantas veces como lo deseen los miembros del tribunal y las partes. Igualmente, puede reproducirse durante la audiencia arbitral.

(iv) *Generan menor impacto al medio ambiente.* Dado que se prescinde del uso del papel y otros productos no degradables o de lenta degradación, las pruebas digitales son consideradas más amigables con el medio ambiente.

(v) *Grado de convicción.* Tal vez, la principal ventaja de la prueba digital es su capacidad de provocar convicción en el tribunal arbitral. Se dice que de la vista nace el amor. En materia de prueba, de la vista o de la audición, nace la convicción. Para demostrar un hecho, no hay nada más contundente que un video, una grabación o un texto que pueda ser atribuido a una persona. Por ejemplo, el testimonio de una persona, que se basa en su memoria y es falible por naturaleza, nunca generará el mismo grado de convicción que una prueba tecnológica. Una grabación o videograbación, no olvida, no se cansa y puede reproducir exactamente el mismo hecho una y otra vez.

Pero, como en la vida, no todo es “miel sobre hojuelas”. Analicemos ahora algunas de las desventajas de las pruebas digitales:

(i) *Software y hardware (y los costos asociados)*. Aunque en la teoría una prueba digital pueda resultar idónea por su contundencia, presentarla puede ser complicado, incluso imposible. Para empezar, todas las partes y el tribunal arbitral deben de estar en capacidad de acceder a la misma y reproducirla. El costo para generarla también puede ser considerable; especialmente aquellas que requieran tecnología avanzada u operadores especializados. Viene a mi mente una presentación multimedia. Bien elaborada, seguramente generará convicción en el tribunal arbitral, pero su costo puede ser privativo.

(ii) *Sesgos de programación*. Otra potencial desventaja son los sesgos de programación; particularmente en tecnología que utilice la inteligencia artificial o “*machine learning*”. Aunque, en teoría, estos programas son totalmente objetivos y no pueden ser influidos para beneficiar a alguna de las partes, el problema puede venir desde su programación, lo cual irremediablemente afectará su ejecución.

(iii) *Falta de Fiabilidad*. Para mí, la principal desventaja que existe es la falta de fiabilidad. Como señalé anteriormente, una característica de la prueba digital es que es relativamente fácil de modificar o manipular. La memoria de una máquina es más potente y precisa que la memoria humana, pero es mucho más fácil modificarla o eliminarla. Por lo que siempre podrán plantearse cuestionamientos respecto a la integridad o veracidad de la prueba.

(iv) *Vulnerabilidad*. Hay quienes sostienen que cualquier información que esté almacenada en el ciberespacio o incluso en un dispositivo, puede ser hackeada. Todos hemos escuchado casos de robo de información digital o de vulneración de sistemas.

(v) *Reticencia de los operadores del arbitraje*. El desconocimiento, la falta de pericia y la sensación de que se generaría un desequilibrio entre las partes están entre las razones por las cuales alguna de las partes y, especialmente, el tribunal arbitral podría mostrar reticencia sobre el uso de ciertas tecnologías.

Afortunadamente, estas y otras desventajas que presenta el uso de pruebas digitales en el arbitraje pueden mitigarse o definitivamente eliminarse.

La clave, en mi opinión, es la comunicación temprana entre las partes y el tribunal, y desde luego los acuerdos que se puedan tomar respecto de las pruebas digitales que pretendan ofrecer las partes. Deben establecerse los lineamientos aplicables y tomarse medidas específicas para evitar alteraciones o divulgaciones. Si se establece un protocolo adecuado, las desventajas tales como la falta de fiabilidad, la vulnerabilidad y la reticencia respecto del uso de evidencia digital -que en buena medida puede originarse justamente en las primeras dos desventajas- pueden superarse.

Al respecto, existen herramientas elaboradas por instituciones arbitrales que ofrecen una guía importante para las partes y el tribunal. Por ejemplo, la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (“*CNUDMI*”) publicó desde el 2016, las Notas sobre la Organización del Proceso Arbitral. Otro excelente recurso son las Notas de CCI sobre la Conducción del Procedimiento y, más recientemente, sobre Posibles Medidas para Mitigar los efectos de las Pandemia del COVID-19.

Un recurso complementario puede ser el Protocolo sobre Ciberseguridad en el Arbitraje Internacional, elaborado por el *International Council for Commercial Arbitration*, la Barra de Nueva York y el *International Institute for Conflict Prevention & Resolution*.

3.4. Valoración de las Pruebas Digitales

Existen dos grandes sistemas de valoración de la prueba: el sistema de la *libre valoración* y el sistema de la *prueba legal o tasada*. En el primer caso, se le otorga al juzgador, sea un juez o un árbitro, la potestad de determinar el valor probatorio con base en la lógica y las reglas de la sana crítica. En el segundo caso, la forma de valorar está determinada *ex ante* y el juzgador se limita a apreciar el acervo probatorio bajo la óptica de dichas reglas. En el arbitraje, prevalece el sistema de la libre valoración. Aun en países donde existe un sistema de prueba tasa da para los procesos judiciales, como en México, tratándose de arbitraje no se imponen estas reglas a los árbitros.

La prueba digital será valorada igual que cualquier otra prueba, sin asignarle por anticipado un peso específico. Sin embargo, en mi opinión, al momento de motivar el laudo y determinar el grado de convicción que le genera una prueba digital, el tribunal arbitral sí debe tomar en cuenta las características y peculiaridades de esta prueba. Sobre todo, debe cerciorarse de que la misma haya sido anunciada y presentada siguiendo los lineamientos establecidos por las partes y/o el propio tribunal.

Ahora bien, aunque la valoración de las pruebas la realizará el tribunal hasta el momento de dictar el laudo, en realidad el destino de una prueba, especialmente una digital, se va determinando desde el inicio mismo del arbitraje.

Recientemente escuché de una colega la recomendación de elegir cuidadosamente a los árbitros cuando esté de por medio la tecnología. No podría estar más de acuerdo. Ella se refería, sin embargo, a casos en los cuales la materia del arbitraje tenga que ver con tecnología. Aplicando su recomendación al tema de este artículo, yo agregaría que, aunque la materia del arbitraje no sea de naturaleza tecnológica, si las partes pretenden utilizar pruebas digitales, deben procurar que el tribunal se integre por personas con ciertos conocimientos y experiencia; árbitros que no tengan reticencias sobre el uso de tecnología para la resolución de disputas.

Algunas cuestiones para considerar en cuanto al valor probatorio de la evidencia digital:

(i) *Observancia del protocolo acordado.* Como señalé anteriormente, es preciso que se establezca un protocolo para el ofrecimiento y desahogo de pruebas digitales durante el procedimiento arbitral. Por lo tanto, si dicho protocolo no fue observado por las partes, el valor que se le atribuya a las pruebas debiera disminuir.

(ii) *Integridad y Trazabilidad.* El tribunal debe tomar en cuenta si la prueba se mantiene intacta desde su creación, o bien, si existen sospechas o, incluso, pruebas sobre su manipulación o alteración. Será importante también para el tribunal poder seguir la huella de la prueba digital, lo cual está estrechamente vinculado con la integridad de la prueba. Los árbitros deben verificar, entre otras cosas, si existe una “cadena de custodia”.

En el caso de documentos electrónicos, por ejemplo, existen herramientas que permiten crear la huella digital o *hash*. Esta huella permite identificar de manera certera el documento desde su creación y detectar cualquier modificación al mismo.

(iii) *Origen.* Una prueba creada o controlada enteramente por una de las partes, seguramente será analizada con ciertas reservas por parte de los árbitros, a diferencia de una prueba donde participaron ambas partes, la cual tendrá un valor probatorio pleno.

(iv) *Naturaleza*. También recomiendo analizar si la prueba constituye un “testimonio” o se trata de una creación posterior a los hechos. Por “testimonio”, en este caso, me refiero a la grabación o videograbación de un acontecimiento. Si este es el caso y la prueba no fue alterada, seguramente generará plena convicción en los miembros del tribunal. Pero también pueden presentarse al tribunal videos o presentaciones que sirven para ilustrar un hecho o acontecimiento, aunque no constituyen un testimonio propiamente. Estas pruebas, por sí mismas, no serán suficientes para generar convicción. Más bien, sirven como elementos accesorios de persuasión.

(v) *Licitud*. Otro factor de capital importancia es la licitud de las pruebas. Un tema relacionado con la valoración, al que los tribunales pueden enfrentarse, son las pruebas obtenidas ilícitamente o mediante un hackeo. Este un tema super interesante y complejo. Imaginemos, por ejemplo, que se utiliza como prueba un documento publicado en *WikiLeaks*. ¿Cómo debe actuar el tribunal en estos casos? Si el tribunal tuvo acceso a una prueba digital contundente, pero luego se determina que fue obtenida ilícitamente, ¿el tribunal debe descartarla? Aunque la prueba se descarte, ¿cómo olvidan los miembros del tribunal lo que ya conocen a través de esa prueba?

[Descarga de artículo incluyendo citas](#)

La revelación del financiamiento de terceros en arbitrajes internacionales y su regulación en México.



Resumen

La investigación radica en la obligación de las partes a revelar la existencia e identidad de terceros financiadores en arbitrajes internacionales, a fin de salvaguardar los principios vitales del arbitraje internacional, cuidando la existencia de conflictos de interés. Se analizan los conceptos y sujetos de la práctica, así como su regulación a nivel internacional y en la legislación mexicana.

Patricia Santos Mtanous es Abogada en Chevez, Ruiz, Zamarripa y Cía, S.C. Este trabajo obtuvo recomendación de publicación en el XXXII Diplomado de Arbitraje de ICC México y la Escuela Libre de Derecho

Introducción

Por lo general, los costos para la conducción de arbitrajes internacionales implican una carga económica considerable a las empresas y Estados que buscan iniciar o defenderse en estos procedimientos, por lo que muchas de ellas han buscado alternativas para solventar dicha carga. Una de las soluciones más prometedoras es el financiamiento de terceros.

Considerando que en estos últimos años su mercado ha ido en aumento, su gama y sofisticación también se ha diversificado, volviéndose cada vez más compleja en relación con los sujetos involucrados y sus implicaciones procesales y éticas en los procedimientos arbitrales.

A pesar de que es un mecanismo que ha resultado ser una herramienta útil para quienes no cuenten con la capacidad económica para iniciar o defenderse de disputas arbitrales, también es cierto que, al aportar financiamiento, el tercero financiador ejerce cierta influencia sobre la parte financiada. La cuestión es hasta qué punto esta influencia de un tercero ajeno a la controversia pueda provocar conflictos de interés de los árbitros en el procedimiento arbitral, así como afectar los principios de imparcialidad e independencia de los árbitros. Como se probará a lo largo de esta investigación, resulta de suma importancia que se haga una revelación temprana del tercero financiador a fin de evitar consecuencias que afecten la integridad y legitimidad de los árbitros, del procedimiento y del arbitraje internacional en general.

Antecedentes

a. La Edad Media.

Los antecedentes del financiamiento de litigios tienen sus raíces más antiguas en Grecia y Roma y en países de sistema jurídico anglosajón, consolidándose durante la Edad Media en Inglaterra. A pesar de su potencial, llegó a concebirse como una práctica indeseable, al punto de considerarse ilegal y tipificarse como delito en Inglaterra, debido a la preocupación de la comunidad jurídica sobre las implicaciones éticas que acarrea esta práctica. Es por lo anterior que surgieron las teorías conocidas como *Barretry*, *Maintenance* y *Champerty*, en contra del financiamiento de litigios.

La razón por la que dichas teorías surgieron radicaba en un esfuerzo de evitar que terceros se beneficiaran económicamente de un litigio en el que no tenían un interés legítimo, ya que se estimaba que la práctica podía dar lugar a litigios frívolos o sin fundamento o que una vez iniciado, se provocaran vicios de fondo a fin de lograr una resolución favorable a los intereses del financiador. Por esta razón, los tribunales buscaban proteger al orden público, evitando hacer de los litigios una industria.

Hoy en día, la tendencia internacional ha sido dejar atrás dichas teorías, y a su vez, fomentar la práctica del financiamiento de terceros en arbitrajes internacionales. Sin embargo, a pesar de que en estos últimos años se han inobservado dichas teorías, hoy en día aún existen jurisdicciones anglosajonas que sostienen una postura a favor de ellas, como lo es excepcionalmente el caso de Irlanda. En mayo de 2017, la Suprema Corte de Justicia de Irlanda, en el asunto *Persona Digital Telephony Ltd vs. El Ministro de la Empresa Pública de Irlanda*, impidió que un tercero financiara un litigio en contra de Irlanda, al considerar que la práctica aún estaba prohibida en virtud de las teorías antes aludidas.

b. Siglo XXI y la recesión económica del 2008.

A principios del siglo XXI, la tendencia del financiamiento de disputas se consolidó en Australia. Rápidamente migró a Inglaterra y Estados Unidos, expandiéndose a diferentes jurisdicciones en Europa, Asia y Latinoamérica.

Se ha planteado por diversos autores que la rápida expansión del financiamiento por terceros fue impulsada por la recesión económica del 2008, ya que muchas empresas, al experimentar inestabilidad económica, no contaban con los recursos suficientes para iniciar litigios judiciales o arbitrales por la escasez de flujo de su capital. Asimismo, debido a la inestabilidad de los mercados, los inversionistas buscaron otras alternativas para generar retornos que no estuvieran relacionados con los mercados tradicionales. Sin embargo, aún queda por demostrar si efectivamente existe una correlación entre la crisis del 2008 y su posterior expansión en el arbitraje internacional.

Conceptos y definiciones en la práctica

a. Financiamiento por terceros.

Hong Kong y Singapur son las dos jurisdicciones líderes que regularon el financiamiento de terceros en sus legislaciones. Hong Kong reformó la sección 98G de su Ordenanza de Arbitraje definiéndolo como la *“disposición de fondos de una parte por un tercero en virtud de un acuerdo de financiamiento, a cambio de que el tercero financiador reciba un beneficio económico en caso de éxito en el arbitraje.”*

Por el otro lado, en un intento de abarcar todo tipo de financiamiento de arbitrajes internacionales, tanto comerciales como de inversión, en el Informe sobre la Financiación por Terceros en el Arbitraje Internacional del Grupo de Trabajo conjunto del Consejo Internacional de Arbitraje junto con la Universidad Queen Mary (ahora en adelante referido como el “Informe ICCA-Queen Mary”), se propuso definir al financiamiento de terceros como un *“acuerdo por parte de una entidad ajena al litigio para proporcionar a una parte, a una filial de esa parte o a una firma de abogados que represente a esa parte, a) fondos u otro tipo de apoyo trascendental con el fin de financiar una parte o la totalidad del costo del procedimiento, ya sea individualmente o como parte de una serie de casos específicos, y b) dicho apoyo o financiamiento se proporcione a cambio de una remuneración o reembolso que dependa total o parcialmente del resultado del litigio, o se proporcione a través de una cesión o a cambio del pago de una prima.”* Por lo general, este financiamiento se ofrece sin opción de recurrirla, lo que significa que el financiador no cuenta con recurso alguno contra la parte financiada si el laudo no es favorable a sus intereses.

Por su parte, el Acuerdo Transatlántico para el Comercio y la Inversión, en su Artículo 1 de la Sub-Sección 1 de la Sección 3, así como en el Acuerdo Económico y Comercial Global entre Canadá y la Unión Europea en su Artículo 8.1, adoptaron una definición que señala que el financiamiento de terceros es *“cualquier financiamiento proporcionado por una persona física o jurídica que no es parte en el litigio pero que llega a un acuerdo con una parte para financiar una parte o la totalidad del costo del procedimiento a cambio de una remuneración que depende del resultado del litigio o en forma de donación o cesión.”*

b. Acuerdos de financiamiento.

Los acuerdos de financiamiento varían significativamente respecto de los derechos y obligaciones de la parte financiada, los abogados y los terceros financiadores. El acuerdo puede financiar todo o parte de la disputa, o especializarse solo en la ejecución del laudo, cubrir los costos de peritos, o hasta la condena de costas en caso de obtener un laudo desfavorable. Además, pueden estructurarse como instrumentos de deuda y patrimonio, como instrumentos para evitar o compartir riesgos o como transferencias completas.

Algunos de los acuerdos de financiamiento permiten o requieren la participación de los financiadores en la toma de decisiones en la estrategia del litigio, dependiendo de los términos del acuerdo y la ley aplicable al fondo de la controversia. Por el otro lado, existen acuerdos que limitan el rol de los financiadores a solamente proveer reportes de manera periódica con una intervención limitada.

En cuanto al nivel de intervención de los financiadores en los asuntos que financian, en su mayoría, los provenientes de jurisdicciones de derecho anglosajón adoptan un enfoque ligero, en contraste con los del derecho civil, quienes suelen estar más involucrados. Sin embargo, como se probará más adelante, la influencia que un tercero pueda ejercer en una disputa puede resultar perjudicial para los involucrados en el procedimiento si no se revela su existencia e identidad oportunamente.

c. El contrato de seguro en aras del financiamiento de arbitrajes internacionales.

Los contratos de seguro son parecidos a los acuerdos de financiamiento, ya que sirven propósitos similares y operan como alternativas de mercado. Existen los seguros “*antes del evento*” (en inglés *before-the-event*), “*después del evento*” (en inglés *after-the-event*) y de responsabilidad civil tradicional.

Las primeras dos formas de seguro están específicamente destinadas a cubrir la responsabilidad del asegurado por los honorarios y costos legales incurridos en relación con el litigio o arbitraje. El seguro de responsabilidad civil, por lo general, implica el financiamiento de la responsabilidad o recuperación de los daños.

El seguro “antes del evento” cubre el riesgo de litigios futuros, que suele estar limitado a una cierta cobertura. Al avenirse el litigio, este seguro cubre la reclamación, los honorarios de abogados, árbitros y peritos, pudiendo extenderse hasta cubrir la responsabilidad del pago de costas del asegurado.

El seguro “después del evento” se contrata una vez que haya iniciado la disputa. Este seguro cubre el riesgo de un laudo desfavorable y se utiliza también para cubrir los honorarios de abogados y los gastos que surjan durante el procedimiento arbitral. El Reino Unido es uno de los mayores mercados para este tipo de financiamiento.

En contraste con el tercero financiador, los aseguradores no tienen un interés en el resultado de la disputa, salvo cuando se trata del pago de costas por un laudo desfavorable al asegurado.

Aún y cuando pueda utilizarse como complemento a los acuerdos de financiamiento, a medida que este tipo de seguros se expande internacionalmente, compite cada vez más con su mercado. Sin embargo, existen criterios que no invitan la posibilidad de que pueda considerarse como financiamiento, al no cumplir con el requisito de que exista un interés económico directo por parte del asegurador.

Sujetos en la práctica

a. Terceros financiadores.

Debido a su rápida y creciente presencia en el arbitraje internacional, los terceros financiadores se han encontrado con una dificultad para ponerse de acuerdo en los términos precisos de su conceptualización. En un intento de conceptualizarlo, el Informe ICCA-Queen Mary los definió como *“cualquier persona física o moral que no sea parte en el litigio pero que celebra un contrato ya sea con una parte, una filial de esa parte o una firma de abogados que representa esa parte: a) a fin de proporcionar apoyo trascendental para financiar una parte o la totalidad del costo del procedimiento, ya sea individualmente o como parte de una serie de casos específicos, y b) dicho apoyo o financiamiento se proporcione a cambio de una remuneración o reembolso que dependa total o parcialmente del resultado del litigio, o se proporcione a través de una cesión o a cambio del pago de una prima.”*

Por su parte, las Directrices de la IBA Sobre Conflictos de Intereses en el Arbitraje Internacional (en adelante, “Directrices de la IBA”), en su nota explicativa de la Norma General 6(b), define al tercero

financiador como *“cualquier persona o entidad que contribuya con fondos, u otro tipo de apoyo trascendental al desarrollo del proceso en interés de la demanda o defensa del caso y que tenga un interés económico directo en el laudo que se emita en el arbitraje”*. Como se probará en los apartados siguientes, el interés que tiene un financiador puede o no ser de índole económica, debido a que existen casos excepcionales en los que el interés no es necesariamente económico.

A fin de conceptualizar al tercero financiador y tomando a consideración las definiciones aquí expuestas, se propone conceptualizarlo como cualquier persona física o moral que no sea parte en un arbitraje pero que celebra un acuerdo de financiamiento con una de ellas, su filial o firma de abogados que representa a esa parte, a fin de proporcionar un apoyo económico para financiar la totalidad o parte de los costos del procedimiento, a cambio de una contraprestación económica o de alguna otra índole, que dependa total o parcialmente del resultado del litigio.

b. Despachos de abogados.

El papel que desempeñan los despachos de abogados en este mercado es polifacético y en constante evolución. En ciertos casos, los despachos pueden ser los usuarios del financiamiento de litigios, al dirigirse directamente a este mercado para buscar opciones de financiamiento para su propia exposición al riesgo de honorarios, así como utilizarlo como estrategia para mejorar sus opciones de oferta de facturación en relación con sus competidores.

En otros casos, también pueden fungir como proveedores de financiamiento del litigio. Su estructura más común consiste en que el cliente cubre los gastos y costas del arbitraje (ya sea por medio de sus propios recursos o por financiamiento) y el despacho renuncia simultáneamente al pago de una parteo la totalidad de sus honorarios o inclusive cubra los gastos y honorarios de las instituciones arbitrales, a cambio de un porcentaje del resultado del laudo.

c. Corredores y otros intermediarios.

Como alternativa a dirigirse directamente al mercado del financiamiento, algunos abogados y partes interesadas optan por utilizar los servicios de un corredor especializado en la materia. Con el creciente número de fondos a nivel internacional, se considera que los corredores desempeñan un papel cada vez más importante en los procesos de búsqueda y estructuración de acuerdos de financiamiento en controversias internacionales. Su función es contar con una gama amplia de posibles financiadores y de asesorar al interesado sobre las opciones de financiamiento, fungiendo como canal entre el interesado y el posible financiador.

d. Demandante.

En un procedimiento arbitral, la parte que comúnmente solicita el financiamiento y quien tiene más posibilidad de obtenerlo es la demandante, quien puede encontrarse en tres situaciones distintas.

En primer lugar, puede que la empresa o Estado no cuente con los recursos necesarios para emprender la acción, por lo que se encuentra en una necesidad de intervención económica de un tercero a fin de iniciar el arbitraje. En el segundo caso, la demandante puede estar adecuadamente capitalizada, es decir, tenga los recursos necesarios para iniciar la acción, pero se trate de una entidad con menor alcance económico que la entidad contra quien desea emprender la acción. Como último supuesto, existen grandes empresas con balances sólidos que buscan el financiamiento de sus disputas y la emplean como herramienta que les permite gestionar eficazmente sus arbitrajes sin afectar negativamente sus balances.

e. Demandada.

A pesar de que no es una práctica muy común, la demandada en un arbitraje puede buscar financiamiento para su defensa o contrademanda. De los pocos arbitrajes financiados a la demandada que existen, en su mayoría, el financiador busca un interés político y no económico.

Un ejemplo es el arbitraje de inversión *RSM Production Corporation vs. Granada*, donde esta última fue la parte demandada y financiada por un tercero que tenía un interés competitivo en derechos de exploración petrolera en el país. Otro ejemplo es el arbitraje de inversión promovido por Philip Morris International Inc., vs. Uruguay, donde la Fundación Bloomberg y su “Campaña de Niños Libres de Tabaco,” proporcionó apoyo y financiamiento al gobierno de Uruguay, debido a que tenía un interés en el resultado del laudo que pudiera afectar a las políticas públicas en materia de salud en Uruguay.

Con estos dos ejemplos de financiamiento a demandadas en arbitrajes internacionales, se prueba que el interés del tercero financiador en una disputa no es estrictamente económico, sino que también puede ser de alguna otra índole.

Propuesta de definición de financiamiento de terceros

Considerando las definiciones, los sujetos y los asuntos expuestos en los apartados anteriores, se concluye que el financiamiento de terceros se materializa en un acuerdo de financiamiento celebrado entre un tercero financiador (quien es una persona física o moral ajena a una disputa) y una parte financiada parte de una disputa arbitral (su filial o despacho de abogados), donde el primero proporciona fondos u otro tipo de apoyo a la segunda para financiar una parte o la totalidad del costo del procedimiento a fin de facilitarle el inicio de la acción o defenderse en ella, a cambio de una contraprestación económica o de otra índole que dependa total o parcialmente del resultado del litigio.

Importancia del financiamiento por terceros en el arbitraje internacional

a. Ventajas del financiamiento de terceros.

El financiamiento cubre la necesidad de una parte de solventar gastos elevados, permitiéndole compartir el riesgo en todo o parte con el financiador. Además, es importante señalar que los financiadores llevan a cabo un *due diligence* antes de aceptar proporcionar el financiamiento, por lo que dicho análisis del fondo del asunto puede ayudar a la parte interesada a definir la estrategia de su arbitraje.

Por último, permite una mayor defensa frente a situaciones imprevisibles en el arbitraje, abriendo las puertas al acceso a la justicia a quienes, por razones económicas, no pueden asumir los costos de un arbitraje internacional. De esta manera, el financiamiento nivela el campo entre las partes en las disputas internacionales.

b. Desventajas del financiamiento de terceros.

Algunos puntos por considerar son que, a pesar de que los financiadores por lo general tienen un control limitado en la toma de decisiones en el arbitraje, puede darse el caso en que la parte financiada carezca de autonomía en el caso de querer llegar a un acuerdo previo con la contraparte, ya que el financiador puede reservarse el derecho de su aprobación.

Asimismo, la parte interesada en el financiamiento puede incurrir en gastos considerables al preparar el caso para presentarlo a un financiador. Incluso en caso de éxito, los financiadores no suelen cubrir los costos incurridos antes de que se establezca el acuerdo de financiamiento, incluidos los costos para su presentación y negociación.

Por último y quizá lo más importante, el financiamiento por terceros ha alzado preocupaciones respecto de posibles conflictos de interés que puedan surgir en el procedimiento, especialmente al momento de la designación de los árbitros. Como se ha mencionado, los terceros financiadores pueden ejercer cierta influencia sobre la parte financiada en dicha designación, por lo que es indispensable la revelación de la existencia e identidad de dichos terceros en una etapa temprana del procedimiento, a fin de que el árbitro propuesto tenga la información suficiente para determinar si debe aceptar o no el cargo, o en su caso, si debe ser sustituido.

Revelación del financiamiento por terceros

Con el objetivo de perseguir una estrategia global para mejorar la transparencia y la previsibilidad del procedimiento arbitral, muchas legislaciones, instituciones arbitrales y tratados internacionales han adoptado la obligación de las partes de revelar la existencia e identidad de los terceros financiadores en los arbitrajes internacionales, sin distinción entre los comerciales y de inversión. Lo anterior, debido a que se considera de gran trascendencia poner a disposición toda la información relevante y necesaria de los terceros financiadores, con el fin de proteger a los laudos contra impugnaciones basadas en conflictos de interés en relación con la imparcialidad e independencia de los árbitros, así como de impulsar una relación de igualdad, confianza y transparencia entre las partes.

Aunque el financiador no sea parte *stricto sensu* del proceso, la existencia de un interés directo en su resultado y su influencia sobre una de las partes hace necesario que su participación sea exteriorizada. Dicha exteriorización la debe realizar la parte financiada que forma parte del procedimiento, ya sea por iniciativa propia o mediante orden del tribunal arbitral. Lo anterior, debido a que, como los terceros financiadores por definición no forman parte del procedimiento, las órdenes del tribunal arbitral no son extensibles a personas ajenas a la disputa.

La cuestión radica en que, si dicha revelación solo debe limitarse a la existencia e identidad de los terceros financiadores, o si también debe extenderse a la revelación de los términos de los acuerdos de financiamiento. En esta última premisa, existen posturas que consideran que no es deseable la revelación de sus términos, y otras que afirman lo contrario. Estas últimas argumentan que se deben revelar los términos completos para conocer el alcance de la influencia que los financiadores ejercen sobre la parte financiada, así como proveerle al tribunal arbitral una idea de la insolvencia de aquella parte. En alcance a este último punto, en ciertas disputas arbitrales, se ha argumentado a favor de revelar los términos para determinar la necesidad de ordenar una garantía de costas por parte de la financiada.

En ciertos casos, tribunales arbitrales le han ordenado a la parte financiada revelar los términos de su acuerdo de financiamiento para determinar si el financiador accedió o no al pago de costas en caso de no obtener un laudo favorable a sus intereses, ya que como se mencionó anteriormente, los términos pueden dar un indicio sobre la insolvencia de la parte financiada y la necesidad de ordenar una garantía para cubrir las costas en su contra, si las hubiera.

Por su parte, el Centro de Arbitraje Internacional de Singapur en la Regla 24(l) de su Reglamento de Arbitraje reconoce la facultad de los árbitros a solicitarle a las partes que revelen los términos precisos de los acuerdos de financiamiento, el interés que tiene el tercero financiador en el resultado del procedimiento, así como revelar si se obligó al pago de gastos y costas en caso de resultar contrario a los intereses de la parte financiada.

En el asunto *Muhammet Çap & Sehil İnşaat Endüstri ve Ticaret Ltd. Sti., vs. Turkmenistán*, la demandada solicitó se revelara la identidad y existencia de los terceros financiadores y los términos del acuerdo, bajo la premisa de que era necesario para garantizar que no hubiera conflictos de interés, y que dicha revelación podría ser relevante para una solicitud de garantía de costas. La solicitud fue aceptada en aras de los principios de buena fe y de la preservación de la integridad del procedimiento arbitral, considerando que la revelación completa de los términos del acuerdo de financiamiento era vital para establecer fundamentos para la garantía de costas.

Por el otro lado, en el asunto *South American Silver Limited vs. Bolivia*, la demandada solicitó la revelación del financiador, argumentando que era necesario para garantizar la integridad del arbitraje y asegurar la independencia e imparcialidad del tribunal, solicitando de igual manera los términos del acuerdo de financiamiento para determinar si las demandas de arbitraje habían sido cedidas, así como para tener conocimiento de que si el financiador se había comprometido a pagar una condena en costas. Sin embargo, en este caso, el tribunal arbitral solo ordenó la revelación de la identidad del financiador, pero no encontró motivos suficientes para ordenar la revelación de los términos del acuerdo de financiamiento, al considerar que no se daban circunstancias excepcionales necesarias para ordenar la garantía de costas.

Es menester recordar que, los árbitros y no las partes financiadas o financiadores, son los obligados a determinar y revelar todos los hechos que pudieran dar lugar a un posible conflicto de interés. Dicha obligación implica necesariamente un deber de investigación, misma que se ejerce de manera más adecuada durante el proceso de nombramiento. Si la parte financiada no revela la existencia del tercero financiador oportunamente, el árbitro propuesto o ya designado, no tendrá los elementos para evaluar la relación que tiene con el tercero financiador. Es importante recordar que un tribunal arbitral solo puede ordenar la revelación del financiador después de haberse constituido, por lo que es deber de la parte financiada revelar con antelación si es financiada, inclusive antes de constituir al tribunal arbitral.

Algunas de las consecuencias de no revelar a los terceros financiadores oportunamente, son que puede dar lugar a la destitución o recusación del árbitro a lo largo del procedimiento o dar cabida a la impugnación del laudo arbitral. Por lo anterior, el árbitro debe recusarse si existen circunstancias que den lugar a dudas justificadas respecto de su imparcialidad o independencia para con alguna de las partes o del financiador de una de ellas.

Por último, es razonable concluir que revelar la existencia e identidad de un financiador es suficiente para evaluar los posibles conflictos de interés del árbitro con las partes, así como de velar por la transparencia e integridad del procedimiento arbitral, sin necesidad de revelar los términos del financiamiento. Lo anterior, al servir como guía para identificar posibles conflictos de interés y evitar cualquier consecuencia que pueda impactar de manera negativa a la conducción o resolución del procedimiento.

a. Conflictos de interés.

Considerando que los vínculos entre los árbitros y los abogados de las partes deben ser evaluados, es lógico concluir que los vínculos también son extensibles para con los financiadores, al ejercer cierta influencia sobre la parte financiada. Es decir, si es obligatorio revelar la información de vínculos entre árbitros y abogados, también debe serlo con los financiadores.

La IBA fue la primera organización en abordar formalmente las cuestiones relativas a los conflictos de financiamiento de terceros en sus Directrices, mismas que disponen que:

“(a) El árbitro no deberá aceptar su designación si tuviere dudas acerca de su imparcialidad e independencia y, si le surgieren dudas una vez comenzado el procedimiento, deberá negarse a seguir actuando como árbitro; (b) Rige el mismo principio si existieren, o hubieren surgido con posterioridad al nombramiento, hechos o circunstancias tales que una tercera persona con buen juicio y con conocimiento de los hechos y circunstancias relevantes del asunto consideraría que dan lugar a dudas justificadas acerca de la imparcialidad y la independencia del árbitro, ... (c) Son consideradas justificadas aquellas dudas por las que una tercera persona con buen juicio y con conocimiento de los hechos y circunstancias relevantes del asunto llegaría a la conclusión de que, probablemente, la decisión del árbitro podría verse influida por factores distintos a los méritos del caso presentados por las partes y (d) Existirán dudas justificadas acerca de la imparcialidad o independencia del árbitro en cualquiera de las situaciones descritas en el Listado Rojo Irrenunciable.”

En dichas Directrices se encuentran las listas roja, naranja y verde que clasifican los supuestos en los que un árbitro puede encontrarse en un conflicto de interés, por lo que dichas Directrices sirven de orientación sobre los supuestos considerados irrenunciables y que deben ser declarados.

A manera de práctica, algunos de ellos incluyen que árbitros hayan ocupado puestos en algunas de las firmas que proveen servicios de financiamiento o haber asesorado al respecto, así como que se repitan los nombramientos de árbitros en arbitrajes en los que involucre al mismo financiador, entre otros.

Un ejemplo es que una parte puede recibir financiamiento de un tercero financiador ("F") para un arbitraje en el que A es árbitro en la disputa (Arbitraje 1), pero el socio de A ("S") también actúa como abogado de una parte en otro arbitraje no relacionado (Arbitraje 2), donde la demanda es financiada por el mismo financiador (F). En el supuesto en que los honorarios de S en el Arbitraje 2 sean pagados por F y de que S pueda tener contactos significativos con F sobre la base del acuerdo de financiamiento, plantea problemas que van más allá de la simple repetición de nombramientos. El acuerdo y los contactos continuos podrían plantear dudas sobre la imparcialidad e independencia de A en el Arbitraje 1, lo que haría inapropiado que A actuara como árbitro en el Arbitraje 1.

Es posible que un conflicto de interés inicialmente desconocido entre un tercero financiador y un árbitro sea descubierto más tarde en el proceso. Esto pudiera resultar en la destitución o recusación del árbitro, que causaría varias implicaciones negativas para los involucrados en el arbitraje. Para las partes y el financiador, costaría tiempo y dinero, y para el árbitro pueden surgir cuestionamientos públicos sobre su integridad, seguido de la integridad y legitimidad del arbitraje internacional. Sin embargo, como se ha mencionado, una revelación temprana de los terceros financiadores en el procedimiento previene que la contraparte formule argumentos sobre conflictos de interés al momento de la ejecución, en caso de que la parte financiada tenga éxito.

Es por lo anterior que, en la actualidad, la comunidad internacional se inclina a afirmar que la existencia del financiamiento en una disputa arbitral internacional puede crear un potencial conflicto de interés entre el árbitro y el financiador o asegurador, por lo que se considera esencial que se conozca su existencia e identidad en las controversias arbitrales internacionales, para que los árbitros evalúen y realicen las revelaciones necesarias de potenciales conflictos de interés a fin de preservar la integridad y legitimidad del arbitraje internacional, así como de evitar posibles impugnaciones de laudos arbitrales y a la vez, garantizar su ejecución.

b. Imparcialidad e independencia de árbitros.

Existe un esfuerzo por parte de la comunidad internacional para garantizar los principios de imparcialidad e independencia de los árbitros, específicamente al incluir en sus legislaciones, reglamentos y tratados internacionales, la obligación de las partes a revelar la existencia del financiamiento de terceros en los procedimientos arbitrales internacionales, a fin de evitar cualquier consecuencia desfavorable.

Los principios de imparcialidad e independencia derivan del artículo 12 de la Ley Modelo de la CNUDMI, misma que goza de una amplia aceptación en la práctica del arbitraje internacional. En alcance a estos principios, las Directrices IBA establecen que *“cada árbitro será imparcial e independiente de las partes a la hora de aceptar la designación como árbitro y permanecerá así a lo largo del procedimiento arbitral hasta que se dicte el laudo o el procedimiento concluya de forma definitiva por cualesquiera otros medios.”*

Para servir dichos principios, se ampliaron las disposiciones sobre la independencia e imparcialidad de los árbitros en el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (en adelante, *“Reglamento de Arbitraje CCI”*), que entró en vigor a partir del 1º de enero de 2021, al incluir una disposición que faculta al tribunal arbitral para tomar las medidas necesarias para evitar un conflicto de interés de un árbitro, en relación con la revelación de la existencia e identidad de cualquier tercero que haya celebrado un acuerdo para el financiamiento de las demandas o defensas, en el marco del cual tenga un interés de carácter económico sobre el resultado del arbitraje.

El Acuerdo Transatlántico para el Comercio y la Inversión en su Artículo 8, así como el Acuerdo Económico y Comercial Global entre Canadá y la Unión Europea en su Artículo 8.26, adoptaron la obligación de la parte financiada a revelar a la otra parte y al tribunal arbitral, el nombre y dirección del tercero financiador, mismo que debe realizarse al momento de la presentación de una demanda o, si el acuerdo de financiamiento concluye después, debe realizarse después de su presentación, sin demora, tan pronto como se concluya el acuerdo o se realice la donación o cesión.

c. Confidencialidad.

Las cuestiones relativas al secreto profesional son especialmente complejas en el arbitraje internacional, ya que las preocupaciones y los protocolos para proteger la información confidencial varían en función de la jurisdicción implicada. Sin embargo, a fin de asegurar cualquier tipo de financiamiento, es necesario compartir información que se considera confidencial y sensible con los posibles financiadores, ya que, si una parte busca financiamiento para emprender un arbitraje, esta debe suministrarle toda la información que tenga al financiador, a fin de que este evalúe si se le otorga o no el financiamiento y las condiciones en las que se otorga. La preocupación surge si, al suministrar dicha información al financiador, la parte está violando o no el deber de confidencialidad.

Sin embargo, este caso en específico sería la excepción a la regla, al estar intrínsecamente relacionado con la necesidad que la parte tiene de compartir información sobre el asunto con sus propios abogados, expertos u otros asesores, por lo que, en principio, dicha divulgación al financiador no constituye una violación al deber de confidencialidad.

Si bien es cierto que la revelación de los términos del acuerdo de financiamiento puede involucrar información confidencial, algunos autores estiman que no predomina sobre la necesidad de divulgar datos que le permitan al tribunal evaluar no sólo los posibles conflictos de interés, sino también una solicitud de aseguramiento de las costas. No obstante, lo anterior, la revelación de sus términos es poco común.

Marcos regulatorios

a. Marco regulatorio internacional.

Como se ha abordado a lo largo de esta investigación, existen diversas legislaciones, instituciones y tratados internacionales que han empezado a plantear la revelación obligatoria de los terceros financiadores. Sin embargo, no todas abordan con precisión cuando y como es que debe hacerse dicha revelación. Algunas legislaciones nacionales y tratados internacionales suelen exigir una revelación temprana y sistemática del financiamiento, mientras que algunas instituciones arbitrales solo se limitan a afirmar la facultad del tribunal arbitral a ordenar dicha revelación.

Como se mencionó anteriormente, el Centro de Arbitraje Internacional de Singapur en la Regla 24(I) de su Reglamento de Arbitraje en relación con su Nota Práctica sobre la Conducta del Árbitro en Casos que Involucren Financiamiento Externo de fecha 31 de marzo de 2017, fue el primero en otorgar al tribunal arbitral la facultad de ordenar la revelación y, en su caso, el interés que tiene el tercero financiador en la disputa, a fin de determinar la responsabilidad del pago de gastos y costas. En forma similar, el Centro de Arbitraje Internacional de Hong Kong adoptó en su reglamento la obligación de las partes financiadas de revelar la existencia de un acuerdo de financiamiento y la identidad del financiador.

Por su parte, las Directrices de la IBA, en su Norma General 7(a), establece que las partes están obligadas a revelar, por iniciativa propia y a la mayor brevedad posible, cualquier relación directa o indirecta que haya entre el árbitro y una parte o entre el árbitro y cualquier persona o entidad con un interés económico directo en el laudo.

Las jurisdicciones que hoy en día se consideran favorables para los financiadores son Estados Unidos, Reino Unido (quienes actualmente dominan el mercado), Australia, Alemania, Francia y los Países Bajos. Sin embargo, la práctica está evolucionando rápidamente en jurisdicciones en Asia.

Además, las prohibiciones contra la financiación de los arbitrajes internacionales se eliminaron en algunas jurisdicciones importantes, sobre todo en Hong Kong y Singapur, introduciendo nuevas regulaciones en materia de revelación de financiadores en aras de evaluar los posibles conflictos de interés de los árbitros, reconociendo la práctica como un medio valioso para el acceso a la justicia.

Hoy en día, en Latinoamérica no existen prohibiciones sobre la práctica, pero tampoco existe una regulación concreta. Debido a lo anterior, se puede concluir *prima facie*, que, ante la inexistencia de dicha prohibición y regulación, el financiamiento de terceros en disputas arbitrales internacionales se encuentra claramente permitido en las jurisdicciones latinoamericanas.

b. Marco regulatorio en la legislación mexicana.

México es uno de los países que ha tomado pasos considerables en su legislación en el marco de los arbitrajes comerciales internacionales y de inversión, al haber incorporado la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional en el Título IV del Libro V de su Código de Comercio, aplicable a toda la república mexicana.

Asimismo, el artículo 1428 del Código mencionado impone la obligación a la persona propuesta para nombramiento de árbitro y al árbitro ya nombrado, de identificar y revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad o independencia. Sin embargo, en la legislación mexicana no se encuentra disposición o precedente alguno que obligue a las partes a revelar la existencia de un financiamiento en su litigio, por lo que no existe una obligación formal de revelar la existencia o la identidad de los financiadores en su normativa procesal.

Sin embargo, a nivel internacional, México es el tercer país en América que emplea con más frecuencia los arbitrajes internacionales realizados bajo el Reglamento de Arbitraje de la CCI, de acuerdo con las estadísticas publicadas por la Cámara de Comercio Internacional en 2020. Debido a lo anterior, México es un país con un área de oportunidad de crecimiento para el mercado de financiamiento de arbitrajes internacionales, al ser un país activo en este mecanismo de resolución de controversias.

Conclusión

A pesar de que los terceros financiadores han probado ser un medio útil que abre las puertas al acceso a la justicia a quienes, por razones económicas, no pueden asumir los costos de un arbitraje internacional, también es cierto que el grado de influencia que pudiera ejercer un tercero en la disputa puede resultar perjudicial si no se realiza su debida y pronta revelación.

Como se observó en la presente investigación, la falta de revelación de terceros financiadores puede dar cabida a conflictos de interés de los árbitros y afectar los principios vitales del arbitraje internacional, como son la imparcialidad e independencia de los árbitros. Debido a lo anterior y a fin de preservar la integridad y legitimidad del arbitraje internacional, así como de evitar posibles impugnaciones de laudos arbitrales y garantizar su ejecución, se debe realizar una revelación pronta de la existencia e identidad de terceros financiadores.

Es por lo anterior que muchas legislaciones, instituciones arbitrales y tratados internacionales han adoptado la obligación de las partes a revelar la existencia e identidad de los terceros financiadores en los arbitrajes internacionales, sin necesariamente revelar los términos de dicho financiamiento.

En el caso de México, a pesar de que hoy en día no existe una regulación sobre la obligación de revelar a los terceros financiadores en arbitrajes tanto nacionales como internacionales, es un país sede de diversas disputas arbitrales, por lo que existe un gran mercado para la práctica.

[Descarga de artículo incluyendo citas](#)

Las Reformas al CIADI: ¿Hacia un nuevo sistema de arbitraje inversionista-Estado bajo las Reglas de Arbitraje del CIADI?



Guillermo Daffir Madrigal Monroy

Integrante del equipo ganador de la III edición (2019) de la Competencia Interuniversitaria de Arbitraje Comercial y de Inversión "UP-ICC Mexico Moot", asesor de equipos de arbitraje comercial y de inversión de la Facultad de Derecho de la UNAM. Actualmente se desempeña en la Dirección General de Consultoría Jurídica de Comercio Internacional (SE).

Este trabajo obtuvo recomendación de publicación en el XXXII Diplomado de Arbitraje de ICC México y la Escuela Libre de Derecho

El artículo presenta la opinión personal de su autor y no refleja la opinión institucional de la SE o del gobierno de México sobre el tema.

Resumen:

El último documento de trabajo publicado por el CIADI marcó el fin de un proceso consultivo de 6 años entre el Centro, los Estados Parte del Convenio CIADI y practicantes en la materia. En el documento de trabajo #6, se reflejan las últimas propuestas de modificación de los diversos instrumentos que componen el sistema de arbitraje inversionista-Estado bajo el Convenio CIADI y su Mecanismo Complementario. Recientemente, el 21 de marzo de 2022, los Estados Parte aprobaron dichas enmiendas. Sin embargo, vale la pena observar los diferentes comentarios que tuvieron lugar durante este proceso consultivo, particularmente el intercambio de comentarios entre los actores principales, los Estados Parte, quienes dieron a expusieron sus principales preocupaciones bajo el marco actual de las Reglas CIADI y su Mecanismo Complementario, así como de las mismas enmiendas. Las enmiendas sin duda buscan resolver muchas problemáticas expuestas a través de los años en el sistema de arbitraje inversionista-Estado. No obstante, serán las partes con su uso, y las decisiones de los árbitros, quienes determinen el futuro y alcance de las nuevas reglas aprobadas que entrarán en vigor a partir del 1 de julio de 2022.

I. Introducción

Desde el 10 de abril de 2006 han estado en vigor las reglas que siguen rigiendo actualmente los procedimientos de arbitraje inversionista–Estado. Sin embargo, el 7 octubre de 2016, en la 50ª edición de la Reunión Anual del Consejo Administrativo del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (Centro o CIADI), sería el punto de partida de las enmiendas a dichas reglas. En la conferencia, el CIADI invitó a los Estados Parte del Convenio CIADI (Convenio) a discutir las potenciales enmiendas a las Reglas del CIADI en aras de modernizarlas. Posterior a la reunión, el 25 de enero de 2017, el CIADI abrió la discusión al público permitiendo hacer sugerencias sobre las propuestas de enmienda. Dicha práctica en la que el CIADI publicaba un Documento de Trabajo y los Estados Parte y público en general (usualmente reconocidos practicantes y firmas) realizaban sus comentarios llegó a su fin el año pasado. El 12 de noviembre de 2021, el CIADI publicó el Documento de Trabajo #6 para que los Estados Parte del Convenio realizaran sus últimos comentarios a las propuestas de enmienda a las Reglas del CIADI.

Así, luego de más de 10 años de utilizar las Reglas y Reglamentos vigentes, el CIADI culminó junto con los Estados Parte y público en general, un proceso consultivo de 6 años para establecer las nuevas Reglas del CIADI que regirán el sistema de solución de disputas inversionista-Estado. Las enmiendas a las Reglas del CIADI se realizaron en función de las necesidades actuales del sistema, es decir, buscan atender las problemáticas que se han presentado con el transcurso de los años, mismas que se hicieron más evidentes, debido al incremento de casos en la materia durante la última década. Tal como se refleja en el último informe anual del CIADI. Al respecto, entre las enmiendas a las Reglas del CIADI, se incluyen modificaciones a las Reglas Administrativas, Reglas de Arbitraje, Reglas de Conciliación, Reglas de Comprobación de Hechos, y la adición de las nuevas Reglas de Mediación. De igual forma, los instrumentos parte del Mecanismo Complementario, tuvieron en su mayoría las mismas modificaciones. De manera general, el CIADI realizó una modificación en su totalidad de las Reglas del CIADI, en cuanto a la claridad y precisión del lenguaje utilizado en las disposiciones de cada instrumento, así como la relocalización y la adición de nuevas disposiciones. Las recién aprobadas enmiendas entrarán en vigor el 01 de julio de 2022, lo que marcará un parteaguas en el sistema de resolución de disputas inversionista–Estado. El presente artículo busca acercar al lector a dicho proceso de enmienda, particularmente a las observaciones realizadas por los Estados Parte a las modificaciones a las Reglas de Arbitraje, que a consideración del autor resultan las más importantes. El autor toma como base del texto, el último documento de trabajo propuesto por el CIADI y los comentarios realizados por los Estados Parte en este y anteriores

documentos propuestos. Lo anterior, sin perjuicio de mencionar otro instrumento que tenga impacto en la conducción de los arbitrajes.

De esta manera, el lector podrá entender de manera general las razones detrás de las enmiendas. Para efectos prácticos la referencia hecha en este trabajo a las enmiendas de las diferentes Reglas del CIADI incluyen las del Mecanismo Complementario.

II. ¿Por qué enmendar las Reglas del CIADI?

De acuerdo con el CIADI, la filosofía que motivó las enmiendas a las Reglas del CIADI fue que tanto Estados Parte como los inversionistas tuvieran a su disposición diferentes instrumentos modernos para resolver sus disputas. En términos generales las propuestas de enmienda reflejan los siguientes objetivos:

- Modernización: Uno de los objetivos principales del CIADI es tener una continua modernización del procedimiento CIADI. Durante la primera consulta se sugirieron distintas formas para mejorar el proceso de resolución de disputas entre inversionistas y Estados. En ese sentido es que durante el proceso consultivo hasta la última entrega del Documento de Trabajo #6 se han reflejado dichas sugerencias.
- Simplificación: Las propuestas de enmienda buscan también simplificar las Reglas del CIADI. Por lo que se propusieron a lo largo de este proceso consultivo diferentes borradores para simplificar el lenguaje, reordenar disposiciones, así como la adopción de un lenguaje neutral por cuestiones de género. Asimismo, durante este proceso se corrigieron las discrepancias entre los idiomas oficiales del CIADI.
- Reducción de tiempo y costos: Por otro lado, la reducción de tiempo y costos ha sido una de las principales preocupaciones, por lo que las propuestas de enmiendas no solo se dirigen a hacer más eficiente el arbitraje, sino que incluyen nuevas figuras.
- Sustentabilidad: Reducir el uso de papel dentro de los procedimientos ha sido otras de las propuestas, en vías de tener arbitrajes más amigables con el medio ambiente, lo cual además representa una significativa reducción en el tiempo y costos. Las modificaciones se dirigen a promover el uso de las transmisiones electrónicas de documentos.

III. Las Propuestas de Enmienda a las Reglas de Arbitraje

Como se había anticipado, las Reglas de Arbitraje son las que sufren importantes cambios, lo cual repercutirá en la conducción de los procedimientos, sin perjuicio de ello, también hay propuestas de enmienda en otros instrumentos bajo el Convenio y el Mecanismo Complementario, que pueden tener su impacto en la conducción del procedimiento arbitral derivado de ello se dedican ciertos comentarios a los mismos.

A. Enmiendas Propuestas al Reglamento Administrativo y Financiero

Aunado a lo anterior, el primer gran cambio en el Reglamento Administrativo y Financiero se refleja en la Regla 14 sobre los Honorarios, Gastos de Subsistencia y otros gastos. De acuerdo con la modificación, las Comisiones, Tribunales y Comités, serán remunerados por hora y no sobre la base de la actual fórmula mixta (basada en días y horas). La propuesta busca unificar la estructura de los honorarios para que el trabajo realizado sea compensado de manera exacta, además de simplificar la contabilidad del tiempo por los miembros de cada Comisión, Tribunal o Comité. La propuesta fue bienvenida por los Estados Parte, Costa Rica, en particular, señaló que esta modificación puede atraer mayor transparencia de las horas facturables. Por otro lado, resulta importante destacar la aclaración realizada en esta disposición, en relación con el reembolso de los gastos que incurran y que serán pagables a las Comisiones, Tribunales y Comités. En primer lugar, se aclara que todo gasto incurrido cuando no se haya viajado para asistir a una audiencia, reunión o sesión, únicamente será reembolsable si fue razonable. Sin embargo, cuando se requiera el viaje de los miembros de una Comisión, Tribunal o Comité fuera de su lugar de residencia, se deberán cubrir los gastos de transporte entre los puntos de llegada y salida, así como los costos de transporte aéreo o terrestre a la ciudad en la que tendrá lugar la audiencia, reunión o sesión, así como una asignación diaria por día fuera de su lugar de residencia. Sobre este punto, el gobierno de Armenia resaltó la importancia de requerir a los miembros de las Comisiones, Tribunales y Comités usar el medio de transporte que produzca menores emisiones de gases de efecto invernadero, lo anterior alineado con el objetivo de sustentabilidad que persiguen las enmiendas del CIADI. Otro de los puntos más discutidos por los Estados Parte relacionado con la Regla 14, ha sido la determinación del importe los honorarios y el *per diem* de las Comisiones, Tribunales y Comités por la Secretaria General del CIADI con la aprobación del Presidente del Consejo Administrativo, así como la solicitud de incremento del importe

por parte de un miembro de la Comisiones, Tribunales y Comités. Al respecto, varios Estados Parte coincidieron con la idea de que el incremento del importe de honorarios debería ser aprobado por el Presidente del Consejo Administrativo.

Adicionalmente, Costa Rica, uno de los países más activos dentro de este proceso consultivo, observó que la solicitud de incremento de honorarios debería hacerse a través de la Secretaria General del CIADI justificando las razones del incremento y antes de la constitución de la Comisión, Tribunal o Comité. Lo anterior, en virtud que en la práctica las solicitudes directas a las partes resultan ‘indeseables’ debido a que las pone en una posición difícil ante el tribunal, lo cual puede comprometer los costos generales del procedimiento y la independencia e imparcialidad del tribunal. A su vez, Turquía apuntó que, si los árbitros tienen el derecho para incrementar los costos, también debería existir la posibilidad de penalizar a aquellos árbitros que no actuaran de manera eficiente y no entregaran a tiempo el laudo. Por último, la modificación de la Regla 16, en cuanto a las consecuencias de la falta de pago estuvo sujeta también a diversos comentarios por los Estados Parte, especialmente sobre el período de días para realizar el pago, las consecuencias comentadas van desde la suspensión, a la discontinuación del procedimiento. Argentina fue uno de los Estados Parte que consideró que el período propuesto para cumplir con el pago parecía impráctico debido a las reglas y propios procesos administrativos que enfrentan los Estados Parte.

B. Enmiendas Propuestas a las Reglas de Iniciación

Por su parte, las Reglas de Iniciación son otro instrumento que tuvo modificaciones con cierto impacto en la conducción de los arbitrajes, principalmente en las Reglas 2 y 6. En la Regla 2, se modificó el contenido de la solicitud. De acuerdo con la última propuesta del documento de trabajo #6, el inversionista que presente una solicitud deberá mencionar si se refiere a un procedimiento arbitral o conciliación, se requiere también que sea redactada en cualquiera de los tres idiomas oficiales del CIADI, más importante aún, la solicitud deberá incluir autorizaciones internas para presentar la solicitud, una descripción de la inversión, la propiedad y control de la misma, estimación de los daños, así como la indicación si existe una diferente naturaleza jurídica entre las partes que surge directamente la inversión. Los Estados Parte, naturalmente, estuvieron de acuerdo con dichas modificaciones, sin perjuicio de ello, también quisieron ahondar en las propuestas. Por ejemplo, se puso sobre la mesa de discusión el requisito de probar que una persona jurídica tiene autorización para presentar la solicitud. Dicha disposición podría ahorrar costos y tiempos a las partes. De igual forma los Países bajos, propusieron incluir un monto estimado de daños y evidencia que establezca

que el demandante es un inversionista de la otra Parte Contratante y que posee o controla la inversión. Otro de los puntos propuestos por los Estados Parte en relación con el “*checklist*” de esta disposición, era el de incluir un diagrama o descripción de la estructura corporativa de la persona jurídica.

De hecho, Chile durante los comentarios al documento de trabajo #3, señaló que la inclusión de la estructura societaria, la titularidad y el control de la inversión societaria, tendría como propósito lo siguiente:

Primero. - Permitir al Estado identificar posibles objeciones o excepciones preliminares y así permitir el uso de recursos como la bifurcación del procedimiento, la falta de mérito jurídico entre otras series de objeciones jurisdiccionales relativas a la nacionalidad del inversionista. Asimismo, señaló que lo anterior permitiría que el procedimiento se desarrollara con mayor rapidez, disminuyendo los incidentes los cuales tienen efectos en el costo y duración del procedimiento.

Segundo. - la inclusión de la estructura societaria y beneficiario final de la inversión son elementos críticos para el ejercicio apropiado de la defensa por parte de los Estados.

Tercero. - Identificar si se está ante un posible riesgo de doble compensación.

Cuarto. -El Estado tenga total y plena información respecto de la persona jurídica en virtud de haber consentido someter dichas disputas a arbitraje conforme al Convenio CIADI

Quinto. - Resulta consistente con la necesidad de proponer soluciones al problema de los procedimientos paralelos, las pérdidas reflejas, abuso de proceso, que también están siendo discutidos en otros foros.

Los Estados Parte también hicieron comentarios relacionados con la existencia de una tercera parte financiadora del arbitraje. Sin embargo, esta modificación fue ubicada en las enmiendas a las Reglas de Arbitraje, las cuales se abordarán en la siguiente sección. Por último, la Regla 6, tiende a armonizar lo modificado en la Regla 2, ya que antes de registrar la solicitud, la Secretaría General del CIADI, deberá revisar que la solicitud cumpla con los requisitos mencionados y el pago, para poder registrarla o, en su caso, negar el registro.

C. Enmiendas Propuestas a las Reglas de Arbitraje

Las enmiendas a las Reglas de Arbitraje, sin duda alguna han acaparado la atención en los distintos foros nacionales como internacionales en materia de arbitraje, lo anterior no resulta menor, las Reglas

de Arbitraje son las que más modificaciones sufrieron durante el proceso consultivo y las cuales, los Estados Parte han tratado con mayor cuidado debido a la importancia que la materia ha adquirido a lo largo de los años.

Las modificaciones realizadas a las Reglas de Arbitraje están enfocadas en mejorar la eficiencia del procedimiento, la correcta constitución de los tribunales arbitrales, la participación de terceras partes en los procedimientos, la transparencia del sistema de arbitraje inversionista-Estado e incorporan la nueva figura del arbitraje expedito.

i. Establecimiento del Tribunal y Recusación de árbitros

El CIADI a través de los diversos documentos de trabajo, hizo una revisión escrupulosa sobre la recusación de árbitros, buscando salvaguardar su independencia e imparcialidad. En ese sentido, existieron diversos comentarios de los Estados Parte dados los problemas que se han presentado en los nombramientos de árbitros en disputas inversionista-Estado, como el *double hatting*. Al respecto, la Regla 13 sobre reglas generales en el establecimiento del tribunal, establece que la mayoría serán nacionales de Estados distintos del Estado Parte en la controversia y, del Estado cuyo nacional es parte en la controversia, a menos que el Árbitro Único o cada miembro individual del Tribunal sea designado por acuerdo de las partes. Esta regla fue objeto de observaciones importantes. La unión de los países africanos parte del Convenio, señalaron que la regla crea una aparente discriminación al concentrar la mayoría del nombramiento de árbitros en ciertas partes del mundo. Lo cual resalta una de las grandes problemáticas actuales del sistema de arbitraje inversionista Estado. Por otro lado, se comentó la posibilidad de implementar el Proyecto de Código de Conducta, publicado el 01 de mayo de 2020, por los Secretariados del CIADI y la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI). El Proyecto de Código de Conducta, incluye principios aplicables y disposiciones detalladas en relación con la independencia e imparcialidad y el deber de conducir los procedimientos con integridad, justifica, eficiencia y cortesía. En cuanto a la Regla 19, sobre la aceptación del nombramiento por parte de los árbitros, los Estados Parte señalaron la obligación de los árbitros de divulgar cualquier información relevante en la que pueda existir un potencial conflicto de interés con las partes, incluso en el contexto del arbitraje comercial internacional. De igual forma los Estados Parte mostraron gran interés en que el Proyecto de Código de Conducta se reflejara en la Regla 19.

ii. Participación de Terceros en el procedimiento arbitral (Tercero Financiador, *Amicus Curiae* y Partes del Tratado No Contendientes)

La regulación e introducción de nuevas figuras, como la participación de terceros en el arbitraje es un factor disruptivo en las enmiendas a las Reglas de Arbitraje. Cabe mencionar que, no obstante, su incorporación al instrumento, su participación no resulta nueva en el contexto de arbitraje inversionista-Estado. Además, en el caso del *amicus curiae* y las Partes del Tratado No Contendientes, estas figuras, ya se encontraban reguladas en las Reglas de Arbitraje. El cambio radica en que las enmiendas propuestas a las Reglas de Arbitraje, las separan de tal manera, que delimitan de mejor forma la participación e intervención que tendrá cada uno de ellos en el procedimiento.

a. Financiamiento por Terceros

La nueva Regla 14, exige la revelación del Tercero Financiador, ya sea al momento de registro de la solicitud ante el CIADI o bien, después de concluir el acuerdo de financiamiento, si sucede después del registro. Además, el tribunal podrá ordenar la revelación de información adicional respecto al acuerdo de financiamiento y el tercero financiador. Esta nueva disposición adquiere relevancia, porque obliga al inversionista a revelar, la existencia del tercero financiador, algo que, si bien no es mal visto, no era usual conocerlo para las partes en una disputa inversionista-Estado y que, en cierta medida, guarda relevancia con la posibilidad de resolver la controversia. En general, los comentarios de los Estados Parte sobre este punto se dirigieron a abordar temas como (a) transparencia y revelación de un potencial conflicto de interés y (b) la divulgación de la información adicional del tercero financiador e (c) impacto del Tercero financiador en el procedimiento

(a) Transparencia y revelación de un potencial conflicto de interés

Austria fue uno de los primeros en proponer que los árbitros revelen si existe un conflicto de interés con los terceros financiadores, así como que la partes revelen si son financiadas por terceros y la

identidad del tercero financiador. En ese mismo sentido, al considerar la potencial influencia del tercero financiador, en la igualdad en el arbitraje, se discutió la posibilidad de clarificar las consecuencias en la falta de divulgación del mismo, además se consideró que la adición de estos requisitos contribuye significativamente a la transparencia en el sistema de disputas inversionista-Estado.

(b) Divulgación de la información adicional del tercero financiador

En este tema, Australia, sugirió que se exigiera la divulgación de cualquier término del acuerdo de financiación de terceros que pudiera afectar el interés real del inversionista en el proceso o si ha cedido sus derechos al financiador. Asimismo, consideró necesario revelar, si el acuerdo de financiamiento establece que el tercero financiador pagará cualquier orden de costos adversa dictada contra el reclamante. La Unión Europea (UE) y México, por su parte, propusieron que la notificación del tercero financiador se hiciera antes del inicio del procedimiento o durante el procedimiento, según sea el caso y de igual forma, puntualizaron que sería de utilidad que el tribunal considere la determinación de los costos para efecto del incumplimiento en la divulgación de esta información. Al respecto, la misma UE consideró la posibilidad de evaluar, caso por caso, y determinar una garantía por costos cuando se presente un tercero financiador. Un comentario particularmente interesante, fue el realizado por Uruguay, en el sentido que dicha enmienda a las Reglas de Arbitraje, es decir, la aplicación de una garantía por costos debería ser solo aplicable al inversionista y no el Estado, en razón de que los Estados Parte, financian su actuación con fondos públicos, lo cual está sujeto a normas de transparencia internas del Estado. Asimismo, aclaró lo sucedido en el caso Philip Morris vs Uruguay sobre la donación realizada por la fundación Bloomberg a Uruguay. Chile y Paraguay, respectivamente, sobre este punto propusieron que la notificación de la existencia del tercero financiador abarcara más aspectos que solamente el nombre del tercero financiador, tales como la dirección, estructura societaria y el beneficiario final.

(c) Impacto en el procedimiento

En relación con la notificación del financiamiento por terceros, los Estados Parte realizaron distintos comentarios en el sentido que los testigos y expertos nombrados por las partes o el tribunal, deberían de divulgar cualquier información relevante en relación con las partes, los árbitros y cualquier otro participante o tercero financiador. Además, se resaltó la importancia de lo anterior al considerar la nulidad a la que pueda estar sujeta un laudo de no revelarse este vínculo. Tal como sucedió en Eiser Infrastructure Limited y Energía Solar Luxembourg S.A.R.L c. Reino de España, en donde de acuerdo

con el comité que resolvió la anulación del laudo, el experto, el árbitro nombrado por las demandantes, y los representantes de los demandantes, no revelaron la estrecha relación de trabajo que tenían, aún cuando debían hacerlo debido a las interacciones de trabajo pasadas y presentes entre ellos.

b. *Amicus Curiae*

Un tema que, en los últimos años, ha ido de la mano con el tercero financiador es la participación de Partes No Contendientes en el arbitraje y *amicus curiae*. Si bien dicha figura se encontraba prevista en las Reglas de Arbitraje, no se distinguía como tal, lo anterior se debe a que la Regla anterior regulaba a ambas figuras (*amicus curiae* y Parte No Contendiente del Trado), en cambio, de acuerdo a la Regla 67 propuesta, regulará todo lo relativo al *amicus curiae*. Dentro de las novedades en la Regla 67, se dispone que el escrito del *amicus curiae*, sea publicado al igual que otros documentos en el arbitraje y que tenga acceso a documentos relevantes de la disputa, a excepción que una parte lo objete. De igual forma, se prevé que las partes en disputa puedan hacer las observaciones que consideren al escrito del *amicus curiae*. A pesar de estar en su mayoría a favor, algunos Estados Parte como fue el caso de Israel, expresaron sus reservas frente a estas modificaciones, mostrando preocupación sobre el impacto que podría tener la participación *amicus curiae* en la eficiencia del procedimiento y costos del arbitraje.

c. Parte del Tratado No Contendiente

Al igual que en el caso del *amicus curiae*, las Reglas de Arbitraje prevén la participación de un Tercero Parte del Tratado No Contendiente en el procedimiento arbitral, la diferencia radica en que esta Parte No Contendiente, debe ser parte del Tratado y, definitivamente será un Estado, contrario a lo que sucede en el *amicus curiae*, en atención a la función principal que ejercerán, siendo los únicos que podrían dar una interpretación del tratado del asunto en disputa. La Regla 68, fue objeto de varios comentarios y, a pesar de tener gran aceptación, entre los Estados Parte, algunos se mostraron un más reticentes en que se permitiera la participación de una Parte del Tratado No Contendiente. Entre los comentarios que esgrimieron algunos Estados Parte, se destacaron algunos como el que la voluntariedad en participar debe radicar en la Parte del Tratado No Contendiente, y; el límite de su participación en cuestión debe ceñirse a la interpretación del Tratado, así como los costos que pudiera generar y la oportunidad de participar en otras etapas del procedimiento.

iii. Eficiencia en el procedimiento

Las enmiendas propuestas por el CIADI se dirigieron a eficientar los procesos desde un inicio, tal es el efecto de las modificaciones a la Regla sobre las audiencias y, adicionalmente, se abordan cuestiones muy precisas de los arbitrajes como es el caso de los ‘procedimientos especiales’.

a. Audiencias o sesiones

El ejemplo más tangible de la flexibilidad y eficiencia que buscan las nuevas Reglas del CIADI es la posibilidad de celebrar audiencias e interrogatorios de expertos y testigos de manera física o virtual. De manera anticipada a la emergencia sanitaria causada por el COVID-19, Armenia fue uno de los Estados Parte que se mostraron inclinados a celebrar audiencias de manera remota.

b. Procedimientos especiales

Asimismo, las nuevas Reglas de Arbitraje regulan de manera detallada los llamados ‘procedimientos especiales’, entre los que se encuentran; la manifiesta falta de mérito jurídico, bifurcación, objeciones preliminares, objeciones preliminares con solicitud de bifurcación y consolidación o coordinación de arbitrajes, anteriormente las Reglas de Arbitraje incluían algunas de las figuras bajo la Regla de excepciones preliminares. En ese sentido, la ahora Regla 41, pasa a detallar el procedimiento a seguir cuando una parte oponga la excepción de manifiesta falta de mérito jurídico. Sin duda es una de las nuevas disposiciones de las Reglas de Arbitraje que más apoyo recibió por parte de los Estados Parte pero que, a pesar de ello, mereció ciertos comentarios en relación con el umbral de la Regla y la consecuencia en las costas al presentar una demanda ‘frívola’. En cuanto a la bifurcación, esta es una de las nuevas Reglas que componen este nuevo instrumento, la Regla 42 regulará dicho procedimiento el cual se hace a solicitud de parte y podrá o no acompañar al escrito de excepciones preliminares. Dicha solicitud deberá hacerse lo más pronto posible y abordar las razones por las que se debe bifurcar. El tribunal programará la entrega de escritos sobre la bifurcación solicitada y dictará su decisión dentro de 30 días después del último escrito, así como fijar cualquier otro plazo necesario para la continuación del procedimiento. Para determinar sobre la bifurcación, el Tribunal deberá considerar todas las circunstancias relevantes como el tiempo y costos del procedimiento, la conexión entre las cuestiones a bifurcar y la parte sustancial de la disputa y si esta resulta impráctica, Además deberá determinar también si el procedimiento en el fondo se suspende, salvo acuerdo de las partes

y determinar las cuestiones a resolverse de manera separada. De manera, las impresiones de los Estados Parte fueron a favor de este cambio, aunque hubo comentarios dirigidos tanto para la Regla 42 sobre la bifurcación y la Regla 44 sobre las objeciones preliminares con solicitud de bifurcación, entre ellos se destacaron los comentarios en relación al tiempo límite para realizar la solicitud de bifurcación y la suspensión del procedimiento en la bifurcación.

c. Decisión sobre costos y garantía por las costas

Sobre este punto en particular, se destaca que la importancia de estas dos nuevas reglas deriva de la relevancia que tiene la adjudicación de costos, sobre todo en arbitrajes inversionista-Estado. De acuerdo con la ahora Regla 52, el tribunal deberá distribuir los costos del procedimiento de acuerdo con ciertos criterios y aún más importante deberá asegurarse que estas decisiones estén motivadas y formen parte del laudo. En cuanto hace a esta Regla 52, los Estados Parte manifestaron su interés en que la misma disuadiera las reclamaciones que manifiestamente carezcan de mérito jurídico. Asimismo, relacionado con la Regla 52, la cual dispone que el Tribunal podrá emitir una decisión provisional sobre costos en cualquier momento decidir de oficio o a petición de parte, se encuentra la nueva Regla 53 sobre garantía por costos. La nueva Regla 53, permite al Tribunal ordenar a cualquiera de las partes otorgar una garantía por costos. Dicha Regla, de acuerdo con los Estados Parte, en principio debía ser considerada solamente para la utilización de la parte Demandada, lo cual ayudaría a poner fin a un problema de recuperación de costos cuando los Estados Parte obtienen un laudo a favor. Además, se hicieron anotaciones respecto a la suspensión o discontinuación del caso en caso de incumplimiento en la garantía por costos, y la participación de un tercero financiador como una circunstancia relevante a considerar para determinar la garantía por costos.

iv. Transparencia

Desde luego estas han sido de las reglas más innovadoras y comentadas por parte del CIADI y los Estados Parte, no obstante, la ola de transparencia es una que lleva tiempo acrecentándose en el mundo del arbitraje internacional, aún más en materia de arbitraje inversionista-Estado. Basta con mirar el ejemplo de las diversas disposiciones en los tratados de libre comercio. Un ejemplo reciente es el T-MEC, que dispone la publicación de casi todos los documentos que se produzcan dentro

arbitraje, así como la posibilidad de celebrar audiencias abiertas al público, en el ámbito de los acuerdos para la promoción y protección de las inversiones o BIT (por sus siglas en inglés), el BIT entre Franca-Colombia, resulta una innovadora propuesta al adoptar el Reglamento de la CNUDMI sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado de manera automática. Dicho reglamento regula la publicación y transparencia de los documentos producidos dentro del marco de un arbitraje inversionista-Estado. La nueva política de transparencia que adopta el CIADI se divide en primer lugar, publicación de órdenes y decisiones del tribunal, y, en segundo lugar, la publicación de laudos y, en tercer lugar, los documentos presentados por las partes, excluyendo las pruebas.

a. Publicación de órdenes, decisiones y laudos

Las Reglas 62 y 63, abordan la publicación sobre las diferentes decisiones y ordenes que pueda abordar el tribunal, entre ellas laudos y decisiones de anulación. Ambas disposiciones, dejan entrever una nueva postura institucional del CIADI frente a la transparencia, dado que ahora no solo se plantea publicar el laudo final con el consentimiento de las partes, sino que también se publicarán los laudos complementarios, rectificación interpretación o revisión, así como las decisiones sobre anulación. Y en caso que las partes no consientan la publicación del laudo en su totalidad, solo se publicarán extractos del razonamiento jurídico del tribunal, los cuales deberán pasar por un proceso de revisión de la Secretaría General del CIADI y las partes. El trato a los demás documentos que emita el tribunal será distinto, anteriormente no se pronunciaba al respecto. Sin embargo, ahora se encuentra previsto que sean publicados, teniendo las partes 60 días para realizar comentarios al respecto. Los Estados Parte mostraron su conformidad con la propuesta e incluso hicieron algunas recomendaciones para mejorar aún más la transparencia en el sistema de arbitraje inversionista-Estado del CIADI.

b. Publicación de escritos

La Regla 64 dispone que, con el consentimiento de las partes, el CIADI publicará los escritos aportados durante el procedimiento con las modificaciones pertinentes para proteger información confidencial o información protegida. Por último, a solicitud de una parte, el CIADI publicará las audiencias o transcritos de ellas, a menos que esto sea objetado.

v. Arbitraje expedito

Por último, se introduce la nueva figura del arbitraje expedito, la cual plantea la posibilidad que dar mayor accesibilidad a pequeñas y medianas empresas al sistema de arbitraje inversionista-Estado, a

través de plazos más cortos y un número máximo de páginas por escrito. Si bien es cierto que existen razones favorables que impulsan esta Regla. Los Estados Parte mostraron cierta preocupación debido a los plazos que se plantean en dicho arbitraje.

Conclusiones

Las Enmiendas propuestas a las Reglas del CIADI, incluyendo las de Conciliación, *Fact-finding*, Mediación y Mecanismo Complementario, mismas que también merecen un estudio aparte, presentarán un nuevo impacto al mundo de la resolución de controversias inversionista-Estado. Algunas predicciones de lo que lo que podría depararnos una vez que entre en vigor, no solo las propuestas de Enmienda a las Reglas de Arbitraje sino un sistema totalmente nuevo de solución de controversias inversionista-Estado son: sin duda una constante participación de terceros (Terceros financiadores, *Amicus Curiae*, Partes del Tratado No Contendientes) en los procedimientos arbitrales, por su puesto, una habitual virtualidad en las audiencias tras dos años de pandemia, un riguroso cuidado en el conflicto de interés por las partes, árbitros, expertos y testigos, mayor transparencia (aún más). Y, sobre todo, adaptación a las nuevas Reglas, dejando su alcance y futuro, al uso adecuado que le den las partes y las decisiones que los tribunales arbitrales tomen caso por caso.

[Descarga de artículo incluyendo citas](#)

Múltiples partes y múltiples contratos un paradigma retador para el arbitraje.



Daniela Ojeda Jiménez

Este trabajo obtuvo recomendación de publicación en el XXXII Diplomado de Arbitraje de ICC México y la Escuela Libre de Derecho.

Egresada de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), actualmente se desarrolla como practicante en la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Ha realizado una Estancia de Investigación en el área de Economía Financiera y Contabilidad en el Instituto Multidisciplinar de Empresas en la Universidad de Salamanca, España, 2021, enfocada en el Buen Gobierno Corporativo de las empresas. Ganadora de la 4ª. Edición de la Competencia Interuniversitaria de Arbitraje Comercial de Inversión, México Moot, 2020 organizada por la Universidad Panamericana e International Chamber of Commerce (UP-ICC).

RESUMEN:

El comercio ha evolucionado traspasando las fronteras y creando redes de contratación complejas en donde intervienen más de dos contratantes y existe más de un contrato. Lo anterior, ha traído consigo que el arbitraje deba responder adecuadamente a estos planteamientos de multiplicidad de partes y contratos.

INTRODUCCIÓN

El arbitraje es un medio alternativo de solución de controversias contractual que requiere un acuerdo de voluntades a través de la exteriorización de la voluntad por parte de los contratantes, esta exteriorización es realizada por medio de un acuerdo arbitral que puede establecerse previamente al surgimiento de la controversia “cláusula arbitral” o mediante un acuerdo de posterior al surgimiento de la controversia “compromiso arbitral”.

El acuerdo de arbitraje representa el consentimiento de todas y cada una de las partes y, es la base sobre la cual, descansa la jurisdicción arbitral y las facultades del árbitro para dirimir las controversias que las partes le presenten. Sin embargo, actualmente las relaciones contractuales han evolucionado, tornándose cada vez más complejas y apartándose de los esquemas tradicionales de contratación.

Las nuevas relaciones contractuales no solo implican a dos partes relacionadas por la firma de un solo contrato, sino a una multiplicidad de partes que han firmado múltiples contratos, constituyendo lo anterior un reto significativo en el arbitraje y su jurisdicción.

I. ANTECEDENTES.

Después de la Segunda Guerra Mundial, el mundo comenzó una reestructuración significativa que implicó una apertura económica, cultural, social y de movilidad de personas. Lo anterior, repercutió en el ámbito comercial que posteriormente se vería aún más afectado derivado de la globalización y la interdependencia económica de los países.

El Derecho en este contexto tuvo que demostrar su ductilidad debido al impacto jurídico ocasionado por los procesos mercantiles que traspasaron fronteras convirtiéndose en internacionales, revolucionando la manera en que los Estados ejercían su jurisdicción y aceptando al arbitraje como un método alternativo de controversias que los comerciantes preferían para dirimir sus conflictos.

Actualmente, el arbitraje constituye uno de los métodos más utilizados para resolver las controversias que surgen entre dos partes que han decidido mediante un acuerdo arbitral, someterse a la jurisdicción de un tribunal arbitral que mediante una valoración de los hechos y argumentos de las partes tomará una decisión.

El acuerdo arbitral mediante el cual las partes se someten al arbitraje es la piedra angular ya que, de él depende el nacimiento de la jurisdicción arbitral. El acuerdo realizado por las partes mediante la exteriorización de su voluntad a través de su consentimiento origina la posibilidad de resolver sus diferencias en la jurisdicción privada y de esta manera excluir la intervención de los tribunales estatales.

Sin embargo, con el paso del tiempo y la globalización, las relaciones jurídicas comerciales se tornan cada vez más complejas, lo cual, hace que las mismas no solo se vean conformadas por un solo demandante o un solo demandado, sino por múltiples partes. Asimismo, estas relaciones no siempre se encuentran contenidas en un contrato único, razón por la cual, el arbitraje ha tenido que responder de manera teórica y práctica a estos nuevos planteamientos. Siendo lo anterior, un nuevo paradigma para la jurisdicción arbitral y el consentimiento establecido en el acuerdo de arbitraje.

Si bien el acuerdo arbitral puede encontrarse en uno o varios de estos contratos y éste a su vez, ser suscrito por una o varias partes, no siempre las cláusulas arbitrales son compatibles o existentes. Por lo anterior, el consentimiento de las partes no siempre es explícito, sino que conlleva una participación implícita por lo cual, los tribunales arbitrales y estatales han tenido que recurrir a diversas teorías y planteamientos como lo son la doctrina de grupo de empresas o de los contratos múltiples para solucionar estos planteamientos. Los dos planteamientos anteriores pueden presentarse como dos diferentes aristas, es decir, no debe entenderse que la multiplicidad de partes es igual a la de contratos. Sin embargo, usualmente las mismas convergen formando una red de relaciones complejas y que tienden a ser estudiadas de manera conjunta.

Los tribunales arbitrales han tenido la misión de estudiar cada uno de los casos de manera individual para determinar las teorías y su viabilidad para ser aplicadas con la finalidad de extender el acuerdo a partes no signatarias y/o a los contratos. Uno de los casos más relevantes ha sido Dow Chemical Company contra Isover Saint Global en donde los árbitros a través de su decisión lograron vincular a partes no signatarias del acuerdo arbitral por su participación en la celebración, ejecución o terminación de los contratos que poseían las cláusulas arbitrales. Además, el tribunal arbitral consideró la existencia de una única realidad económica por la cual, extendieron el acuerdo arbitral a múltiples empresas y por ende su jurisdicción para conocer del tema. Este laudo, posteriormente fue confirmado por la Cour d'appel de París, siendo uno de los casos en donde los árbitros han estudiado detenidamente cuestiones como el consentimiento, las relaciones económicas y la validez del acuerdo arbitral junto con el derecho sede para poder extender el acuerdo arbitral y lograr así un arbitraje único con multiplicidad de partes.

II. MULTIPARTES Y MULTICONTRATOS EN EL ARBITRAJE.

Como se ha establecido con anterioridad, el arbitraje como medio alternativo de solución de controversias ha demostrado ser una gran respuesta para dirimir los conflictos que han surgido derivados de las relaciones jurídicas entre las partes. Sin embargo, actualmente con la apertura y expansión de los mercados debido a la globalización las relaciones jurídicas se tornan cada vez más complejas.

Esta complejidad en las relaciones contractuales ha requerido que el arbitraje responda adecuadamente a la concurrencia de diversas partes y contratos. Lo anterior, es conocido en arbitraje como arbitrajes con multiplicidad partes y multiplicidad contratos.

A) MULTIPLICIDAD DE PARTES.

En palabras de Francisco González de Cossío el arbitraje con múltiples partes se presenta cuando dentro del procedimiento existe un litisconsorcio activo y/o pasivo.

Los arbitrajes con múltiples partes pueden presentarse cuando varias partes han suscrito un mismo contrato o cuando en múltiples contratos existen múltiples partes. En un plano ideal, todas las partes han suscrito un solo acuerdo de arbitraje en un solo contrato o sí han suscrito varios, todos los acuerdos arbitrales son compatibles. No obstante, actualmente difícilmente se presenta el plano ideal.

Los arbitrajes con múltiples partes pueden presentarse de distintas maneras, es decir, pueden existir demandas contra terceros, que derivara en lo que hoy se conoce como Atracción o Joinder, intervención o implead, demandas cruzadas o cross claims o como veremos más adelante, en los casos más complejos existirán partes que no son signatarias del acuerdo arbitral pero que por las relaciones económicas y sus actuaciones, la institución arbitral o el tribunal arbitral tiene la posibilidad de extender el acuerdo arbitral.

Atracción (joinder)

El derecho de atracción en un arbitraje tiene como objetivo incluir a una parte que guarda relevancia con los hechos del caso.

En el caso de la atracción se entiende que existe un arbitraje en curso y una parte de ese arbitraje pretende añadir a una nueva, es decir, esta parte a la que se desea atraer no fue nombrada en la solicitud original de arbitraje.

La atracción procede cuando (i) el tercero ha firmado el acuerdo arbitral; (ii) existen reclamaciones en contra la parte nueva y, (iii) no se ha constituido aún el tribunal arbitral. A pesar de lo anterior, la Corte puede decidir prima facie que un no signatario del acuerdo arbitral sea atraído al arbitraje.

Intervención (implead)

El derecho de intervención tiene como finalidad incluir en el arbitraje a una parte que guarda relevancia en los hechos de la controversia.

La intervención se presenta cuando una persona que no es parte del procedimiento arbitral se entera de la existencia del arbitraje y busca que se le adhiera al mismo.

El derecho de intervención de acuerdo con Francisco González de Cossío establece lo siguiente: “cualquiera de las partes en el procedimiento puede intervenir en cualquier procedimiento arbitral que se derive de la relación jurídica en cuestión.”

Es común que cuando se presenta esta situación, en el caso de ICC la Secretaría informe que debido a la naturaleza privada del arbitraje y el trabajo confidencial de la corte y de la Secretaría, no se pueda reconocer la existencia del arbitraje y, por lo tanto, no se podrá atender a la solicitud de intervención.

Por lo anterior, es importante que las partes que estén en el procedimiento hayan acordado que la otra pueda intervenir (en este caso la parte que desee intervenir tiene que ser firmante en el acuerdo arbitral). Además, aún no debe haberse constituido el tribunal arbitral, ya que de ser así podría existir una desigualdad procesal.

Demandas cruzadas (cross claims)

Es una demanda presentada entre las partes del mismo lado de un arbitraje. Para Francisco González de Cossío el arbitraje se encuentra compuesto por dos polos siendo uno de ellos el polo demandante y otro el polo demandado, dentro de estos polos pueden existir múltiples partes, pero cuando una de estas partes, ya sea del polo demandado o demandante toma la decisión de demandar a una de las partes que se encuentran en su polo, entonces se presenta un caso poco

común como lo son las demandas cruzadas.

En el caso de las demandas cruzadas es común que la Corte designe al tribunal arbitral debido al hecho de que existan demandas entre partes de un mismo polo, lo cual, demuestra que las partes tienen intereses opuestos y por consecuencia, sería difícil que las partes pudiesen nombrar a un árbitro en conjunto.

Arbitraje de partes no signatarias del acuerdo arbitral.

En un plano ideal, todas las partes han suscrito el mismo acuerdo arbitral en un solo contrato. Sin embargo, en la realidad las cosas no suelen suceder de esta manera ya que, en ocasiones las partes se encuentran relacionadas por diversos contratos con distintas cláusulas arbitrales o en otros de los casos, alguna de las partes que participan en el contrato no ha suscrito la cláusula arbitral.

Como hemos visto previamente, el arbitraje es un método alternativo de solución de controversias privado y, por lo tanto, para que el árbitro posea jurisdicción para resolver las controversias es necesario que las partes mediante la exteriorización de la voluntad consientan que su disputa sea resuelta conforme este medio. No obstante, como bien lo señala el párrafo anterior, esto no siempre es viable, por lo cual, las instituciones y tribunales arbitrales han tenido que recurrir a diversas teorías como lo son: La teoría del alter ego, casos de joint ventures, levantamiento del velo corporativo y la teoría del grupo de empresas.

El acuerdo arbitral al ser un contrato obedece a los principios básicos de contratación, es decir, el *pacta sunt servanda* y el *de res inter alios acta*, siendo el primero de ellos el que obliga a las partes a realizar lo contenido en el contrato debido a que los pactos deben ser cumplidos y el segundo principio, se refiere a que el contrato y el objeto demandando en el mismo, solo le pueden ser exigibles a las partes contratantes.

Por lo anterior, se debe entender que, si bien el acuerdo arbitral no puede extenderse a una persona que no ha dado su consentimiento, los no signatarios no son precisamente externos al acuerdo arbitral debido a que mediante sus acciones han dado un consentimiento implícito. Lo anterior, es estudiado por los tribunales e instituciones arbitrales con la ayuda de diversas teorías entre las que se encuentran la teoría del levantamiento del velo corporativo y la doctrina de grupo de empresas, a las cuales, nos abocaremos.

El levantamiento del velo corporativo o de las personas jurídicas.

Las personas morales son constituidas por personas físicas con la intención de desarrollar a través de éstas un fin o un objeto en común, lo anterior constituye la posesión de una personalidad jurídica diferente a las personas que crearon la corporación, empresa o sociedad mercantil y, por lo tanto, las relaciones jurídicas que establezca la empresa le repercutirán a la misma, es decir, los contratos de los cuales sean signataria solo podrán afectar a la empresa.

Lo que la teoría del velo corporativo busca es levantar este velo que divide las personalidades entre los socios y empresa con la finalidad de que las consecuencias jurídicas derivadas de los actos que celebró la persona moral repercutan en las personas físicas, en su calidad de socios, administradores, directores, etcétera. Como consecuencia no es extraño pensar que en el ámbito arbitral se haya recurrido a esta teoría para ligar al arbitraje a las personas que se encuentran detrás de este velo corporativo con la intención de que participen en el arbitraje del cual, probablemente no han sido signatarios.

Esta teoría extiende el acuerdo arbitral a una persona jurídica no signataria del mismo, siempre que:

- 1) La estructura de la persona jurídica se hubiese utilizado de una manera abusiva.
- 2) Si la forma de la persona jurídica ha sido utilizada para ocultar que de hecho existe identidad entre las personas que intervienen en un acto.

La doctrina de grupo de empresas

La doctrina de empresas implica la extensión de la cláusula arbitral a las partes que no la han firmado, pudiendo extenderse a uno o varios no signatarios como demandantes o demandados y para Fernando Mantilla- Serrano, no solo aplica para las empresas.

Los no firmantes pueden ser: Estado o entidad estatal, empresas, empresas matriz o filial, personas relacionadas con el grupo de empresas como accionistas, gerentes, directores, etcétera.

En la extensión del acuerdo arbitral a los no signatarios, se debe analizar la conducta del no firmante ya que, a partir de ésta se determinará si se ha aceptado o no quedar vinculado al acuerdo de arbitraje.

Para realizar la extensión de la cláusula arbitral en el caso Dow Chemical se tomó en cuenta la participación real y activa en la celebración, ejecución o terminación de los contratos que contenían dichas cláusulas y a pesar de que, cada una de las empresas que suscribieron los contratos era independiente, constituían una misma relación económica.

La participación en el contrato ayuda a identificar que la parte no firmante tenía conocimiento de la existencia del acuerdo arbitral y tenía la intención de quedar vinculado por él. Asimismo, las partes que se encuentran implicadas en la ejecución del contrato pueden ser susceptibles a la aplicación de la cláusula arbitral.

La doctrina de los grupos de empresas, como hemos visto con anterioridad no solo es aplicable a las empresas y, siempre es una cuestión de competencia que se plantea antes de la constitución del tribunal arbitral o al inicio del procedimiento, refiriéndose en todo momento a la identificación de las partes en el arbitraje ya sea, como demandantes o demandados que no han firmado el acuerdo arbitral.

Lo que busca esta teoría es que exista un único procedimiento arbitral que evite una multiplicidad de sentencias que versen sobre la misma controversia y sobre las mismas partes.

En conclusión, un arbitraje con múltiples partes se puede presentar de diversas maneras y en cada caso, la institución y el tribunal arbitral tendrán que decidir si un tercero o no signatario de la cláusula arbitral puede ingresar al procedimiento, analizando detenidamente los hechos del caso. El consentimiento para los no signatarios del acuerdo arbitral es una de las piezas claves que debe consistir en una evaluación global y fáctica para examinar las intenciones subjetivas, así como, los contextos subjetivos que son considerados como determinantes.

B) MULTIPLICIDAD DE CONTRATOS.

Por otro lado, los arbitrajes con múltiples contratos o grupos de contratos se presentan cuando derivado de las relaciones contractuales complejas se crean nuevas fórmulas contractuales, estando un negocio compuesto y formalizado en diversos documentos. “Los contratos al ser celebrados pueden ser sucesivos, imbricados o estrechamente vinculados, pudiendo tener un contrato central y otros que son dependientes de este”; en ocasiones, también puede presentarse la existencia de diversos contratos que son celebrados por distintos contratantes o el supuesto en donde, existe un

contratante en común que crea relaciones jurídicas con diversos suscriptores.

Por lo tanto, se debe de entender que “Los multicontratos se presentan cuando diversas partes se obligan a someter las controversias al arbitraje mediante la firma de múltiples contratos”.

Para Mantilla Serrano los contratos múltiples en donde no intervienen múltiples partes son aquellos contratos relacionados que no están vinculados al mismo acuerdo de arbitraje y que son convenidos por las mismas partes. Por otro lado, los contratos múltiples pueden también resultar aún más complejos cuando estos, son suscritos por múltiples partes en los cuales, se incluyen diversas relaciones contractuales horizontales en donde una parte firma diferentes contratos con múltiples partes o también se pueden presentar relaciones contractuales verticales en donde cada parte firma dos contratos relacionados con dos partes diferentes. Asimismo, varias empresas o partes pueden firmar diferentes contratos conformando estas un consorcio.

De lo anterior, podemos extraer que los contratos múltiples, multicontratos o cadena de contratos, son aquellos que se presentan cuando a partir de las relaciones contractuales entre las partes, éstos poseen una conexión estrecha ya sea, porque (1) existen un contrato matriz del cual, se desprenden diversos contratos subordinados; (2) porque son sucesivos; (3) están estrechamente vinculados y/o (4) por la relación que tienen las partes, es decir, existe un contratante común. Lo que es una realidad, es que estos contratos múltiples afectan o impactan uno al otro.

En el arbitraje, estos contratos múltiples presentan paradigmas complejos, debido a que usualmente cada uno de estos contratos contiene una cláusula de solución de controversias distinta a los demás, pudiendo ser las mismas incompatibles entre sí o incluso puede presentarse que algunos de estos contratos no poseen la redacción de un acuerdo arbitral. Dando lugar lo anterior, a que se originen diversos procedimientos arbitrales en los cuales, la controversia es la misma.

Como he mencionado previamente, el arbitraje tiene como piedra angular el consentimiento de las partes para someter sus controversias al arbitraje, expresado mediante un acuerdo arbitral, pero ¿Qué sucede cuando la voluntad de las partes no es clara? y, ¿si la cláusula arbitral no se encuentra en algunos contratos o estas sí están presentes en los mismos, pero se contraponen?, ¿es posible extender el acuerdo arbitral a otro contrato?

La solución para el tribunal arbitral es mucho más compleja y requiere de un análisis detallado de la controversia y del consentimiento de cada una de las partes para aplicar la doctrina del grupo de

contratos.

Sin el consentimiento, la competencia del tribunal arbitral y el arbitraje en sí mismo es inexistente, por lo anterior, los árbitros deben de tener claro y tomar en cuenta el derecho aplicable a la interpretación de la cláusula arbitral.

El derecho aplicable a la interpretación o derecho de la sede del arbitraje es sumamente importante en un nivel práctico, debido a que este regulará la validez del acuerdo arbitral, por ello, es de vital importancia que la sede sea pro-arbitraje, ya que los árbitros podrán realizar una interpretación mucho más amplia de consentimiento sin tener que ceñirse a la literalidad de la cláusula arbitral.

Doctrina de los Grupos de contratos

Una vez comprendido a que se refiere los contratos múltiples y las dificultades a las que se enfrentan las partes que los suscribieron, así como, el árbitro que debe interpretar el consentimiento tomando en cuenta el derecho aplicable a la cláusula arbitral, veremos la conexión de los contratos, es decir, que debe de ser tomado en cuenta para establecer una conexión estrecha entre los mismos, a través de la doctrina de grupo de contratos conformada por los elementos presentados a continuación.

Razones económicas.

Las razones económicas en los grupos de contratos son importantes debido a que el vínculo económico que une a los contratos entre sí demuestra una transacción indivisible que da lugar a una relación fundamental. Las relaciones contractuales implican operaciones económicas a largo plazo que requiere la firma de diversos contratos que necesariamente se encuentran interrelacionados.

Para que un tribunal pueda extender un acuerdo arbitral a otro contrato, es necesario que estos se encuentren vinculados y por ello, se considera la relación económica o dependencia funcional.

Factores de relación entre los contratos.

La relación entre diversos contratos puede encontrarse en el objetivo o fin común que quieran alcanzar. Esto puede verse reflejado cuando se presentan las siguientes situaciones:

- 1) Un acuerdo principal y contratos de implementación de dicho acuerdo.

- 2) Un contrato principal y un contrato accesorio para financiar la transacción principal.
- 3) Un grupo de contratos de igual nivel y que de manera conjunta logran un objetivo en común.

El segundo factor que se toma en consideración es el siguiente:

- 1) Contratos unidos en relación de una sustitución.
- 2) Contratos sucesivos que tiene un impacto uno sobre otro, es decir, el segundo impacta en el primero modificándolo o extinguiéndolo.

Las cuestiones económicas no siempre son iguales al consentimiento.

De acuerdo con Mantilla Serrano las cortes francesas han rechazado extender el acuerdo arbitral a pesar de que los contratos formaban parte de la misma operación económica ya que, lo importante es explicar y demostrar el consentimiento.

Otro de los grandes conflictos que poseen los grupos de contratos o contratos múltiples es cuando cada uno de los contratos posee su propia cláusula arbitral y son incompatibles una con otra y a pesar de poseer los contratos una relación económica suficiente y un fuerte indicio de consentimiento, si las cláusulas son incompatibles, puede afectar la posibilidad de extender el convenio arbitral o que las controversias se resuelvan en el mismo foro.

Para Hanotiau, las cláusulas son incompatibles cuando las diferencias descansan en elementos fundamentales del arbitraje como lo son: si el arbitraje es institucional o ad hoc, el número de árbitros o el procedimiento de su nombramiento y, la sede del arbitraje.

Los contratos múltiples en cuanto al procedimiento abren la posibilidad de que existan múltiples cláusulas que establecen una jurisdicción diferente, en la doctrina del grupo de contratos se establece la posibilidad que los litigios derivados de distintos contratos puedan ser presentados ante un único tribunal arbitral.

Lo anterior, es conocido como consolidación de contratos y de los distintos procedimientos que puedan llegar a surgir, la facultad de reunirlos puede recaer en una institución arbitral o en los tribunales estatales.

C) MULTIPLICIDAD DE PARTES Y DE CONTRATOS

Una vez comprendidas las dos figuras anteriores, es imprescindible visualizar que las relaciones actuales son todavía más complejas, razón por la cual, en diversas ocasiones ambas teorías pueden llegar a unirse y ser convergentes.

Los tribunales que deseen aplicar cualquiera de las doctrinas anteriormente planteadas, deben de considerar si las partes consintieron el someter las disputas a un arbitraje ya que, sin este consentimiento ninguna conexión sería suficiente para brindarle la competencia al tribunal arbitral.

Para Stephen R. Bond el árbitro juega un papel fundamental al tener el deber de interpretar la legislación nacional y las normas institucionales a través de las cuales se desarrollará el arbitraje múltiple, debido a que las legislaciones serán las que determine si el árbitro posee las facultades o no para determinar una consolidación de los arbitrajes. Las leyes que consienten la facultad del árbitro suelen establecer como requisito la presencia del consentimiento de las partes de someter sus disputas al arbitraje.

Además, cuando la legislación nacional o los reglamentos no proporcionan una adecuada orientación sobre ligar a múltiples partes y/o múltiples contratos el árbitro debe realizar un análisis del acuerdo de arbitraje, para lo cual, será conveniente que considere si existe una presunción a favor o en contra de dirimir las controversias mediante un solo arbitraje con el consentimiento de cada una de las partes ya que, este consentimiento será la única fuente de su autoridad.

III. CONSOLIDACIÓN

La consolidación en el arbitraje es un mecanismo procesal que tiene como finalidad reunir diversos conflictos que son conexos entre sí, debido a que comparten enlaces y elementos pero que cuentan con una multiplicidad de partes, cláusulas, contratos, así como pretensiones que podrían provocar que múltiples procedimientos arbitrales existan simultáneamente y con ello, diversos laudos arbitrales contradictorios entre sí. Además, la consolidación arbitral ofrece evitar la duplicidad de actuaciones, y, por lo tanto, una reducción de costos, así como de tiempo.

La consolidación encuentra su origen, en:

- 1) Los acuerdos de las partes.

- 2) Las decisiones de un tercero que se encuentre autorizado por las partes, es decir, la institución arbitral.
- 3) La orden de un tribunal competente quien sería el juez de la sede del arbitraje.

Todas las opciones anteriores están sujetas al contexto en el cual, se desarrolle el arbitraje.

La práctica arbitral contempla algunos elementos que pueden ser ponderados para la consolidación de distintos procedimientos arbitrales entre los cuales se encuentran los siguientes:

- 1) Que las partes se encuentren relacionadas en cuanto al origen de la controversia.
- 2) Que tengan los mismos hechos.
- 3) Que se ventilen los mismos puntos legales.

La consolidación no puede realizarse por parte del árbitro, si lo anterior implica una reducción de derechos procesales, afectando las posibilidades de defensa de las partes.

En México que es un país pro-arbitraje se ha determinado que quien poseerá la facultad de decidir si un arbitraje se consolida es el tribunal arbitral, siempre y cuando cuente con la aceptación por cada una de las partes o en su defecto, la institución arbitral considere que existen motivos suficientes para unir a varias partes en un solo procedimiento.

Encontrándose las partes en el procedimiento, es importante tomar en cuenta la designación del tribunal arbitral en el contexto de múltiples partes, debido a que sí el tribunal consta de tres árbitros, cada una de las partes tendrá derecho a nombrar a uno, por consiguiente, cuando existen múltiples partes la institución arbitral nombrará al tribunal con la finalidad de que los derechos procesales de ninguna parte sean vulnerados.

Al igual, que la jurisdicción estatal cuando consolida diversos procedimientos con la finalidad de beneficiar la economía procesal y evitar que múltiples sentencias puedan contradecirse, el arbitraje tiende a buscar lo mismo.

IV. SOLUCIONES

Para González de Cossío existen diversas aristas que pueden generar problemas y que con la redacción adecuada de una cláusula arbitral se podrían evitar, siendo abordados los siguientes

temas:

Designación del Tribunal arbitral. Los tribunales arbitrales pueden constituirse por uno o más árbitros. Cuando se presenta un tribunal arbitral compuesto por un solo miembro, usualmente no existen problemas debido a que, si las partes no han previsto en el acuerdo arbitral la designación de este, lo hará la institución arbitral.

El problema deviene cuando el tribunal se compone por tres o más árbitros y, en consecuencia, cada parte debe designar a un árbitro, siendo necesario que la parte en donde existan una pluralidad de actores realice una designación de árbitro conjunta.

En caso de que una de las partes no estuviese de acuerdo con la designación de los árbitros, los nuevos reglamentos han previsto que será la institución quién designe a todo el tribunal arbitral incluso, si una parte ya hubiese designado a un árbitro, manteniendo de esta forma la igualdad procesal de las partes.

Derecho a solicitar la participación de otra parte. Las cláusulas deben de contemplar el Derecho de que alguna de las partes del contrato o de los grupos de contratos pueda demandar a cualquiera de las partes que se encuentren inmersas en el procedimiento.

Derecho de intervención. A pesar de que una de las partes no forme parte de un procedimiento arbitral, debe de tener el derecho a intervenir.

Además, se recomienda:

- Que las partes incluyan una cláusula arbitral similar en todos los contratos.
- La inclusión de una cláusula global dentro del contrato principal, es decir, que en un documento independiente a los contratos se listen los contratos que abarcará la cláusula arbitral.
- También puede pactarse un acuerdo arbitral en alguno de los contratos en donde, se establezca que todos los contratos que sean celebrados por las partes se someterán a arbitraje, lo cual, podría ser expresado como en la cláusula arbitral como “relacionada”, “que guarden relación con”, “en conexión con”.

V. LA CÁMARA DE COMERCIO INTERNACIONAL

La Cámara de Comercio Internacional es una de las instituciones más importantes en el mundo que administra medios alternativos de solución de controversias. La Institución cuenta con un órgano

denominado Corte, el cual, a través de los tribunales arbitrales administra los arbitrajes.

Como se ha mencionado previamente, los arbitrajes con multiplicidad de partes y contratos se presentan con más frecuencia debido a la globalización y la interdependencia económica de los países, lo anterior, implica que las relaciones se tornen cada vez complejas, por lo cual, la ICC ha tenido que responder a los nuevos cuestionamientos y paradigmas que el mundo del arbitraje le presenta.

El nuevo reglamento de arbitraje emitido por la ICC en el 2021 contempla las figuras de las que se ha hablado en el presente trabajo, en sus artículos 7º, 8º, 9º y 10º.

En el artículo 7º se contempla la incorporación de partes adicionales al procedimiento arbitral. En este caso el reglamento señala que las partes que deseen incorporar una parte adicional al arbitraje deberán presentar su solicitud de arbitraje en contra de la parte adicional, la cual, se llamará solicitud de incorporación. La solicitud y su recepción por parte de la Secretaría marcan la fecha en la que se iniciará el arbitraje en contra de la parte adicional, además la parte que presente la solicitud podrá acompañar la misma con los documentos que considere necesarios.

Lo anterior, rompe el esquema, en el cual, las demandas por naturaleza procesal eran las que podían nombrar a otras partes para ser incluidas en el procedimiento. Por lo anterior, el artículo 7º constituye un acierto por parte del Reglamento que le da la posibilidad a cada una de las partes de llamar a partes adicionales en el arbitraje, manteniendo en todo momento una igualdad procesal para cada una. En este artículo también se les permite a las partes realizar excepciones a la existencia, validez o alcance del acuerdo arbitral, así mismo, se le permite al tribunal determinar si todas las demandas podrán ser llevadas en un mismo arbitraje con la excepción de que el Secretario General refiera el asunto a la Corte para que emita su decisión. El tribunal poseerá prima facie las facultades para determinar si la incorporación puede ser posible.

Además, las partes no perderán su derecho a solicitar una decisión de cualquier tribunal acerca de si existe o no un acuerdo de arbitraje que las obligue en el procedimiento arbitral en caso, de que la Corte decidiera que alguna parte no puede seguir con relación a todas o algunas de las partes.

La incorporación debe de presentarse antes de la formación del tribunal arbitral de lo contrario las partes tendrán que brindar su autorización en especial, la parte incorporada que deberá aceptar la constitución de este y su conformidad con el acta de misión. La parte que se desee incorporar

también tendrá la posibilidad de demandar a cualquiera de las partes del procedimiento arbitral.

Por otro lado, el artículo 8º observa la multiplicidad de las partes en el arbitraje, en donde se establece que cualquiera de las partes podrá formular demandas contra cualquiera de las demás partes, siempre y cuando estas sean anteriores a la firma del acta de misión.

El artículo 9º hace referencia a la multiplicidad de contratos en donde se establece que las demandas que surjan de, o en relación con más de un contrato, pueden ser formuladas en un solo arbitraje incluso si las demandas son formuladas bajo más de un acuerdo arbitral.

Finalmente, el artículo 10º versa sobre la consolidación de arbitrajes que podrá presentarse mediante una solicitud de parte a la Corte y de esta manera consolidar 2 o más arbitrajes cuando se presenten las siguientes situaciones:

- a) las partes hayan acordado la consolidación; o
- b) todas las demandas en los arbitrajes sean formuladas bajo el mismo o los mismos acuerdos de arbitraje; o,
- c) las demandas en los arbitrajes no sean formuladas bajo el mismo o los mismos acuerdos de arbitraje, pero los arbitrajes sean entre las mismas partes, las controversias en los arbitrajes surjan en relación con la misma relación jurídica, y la Corte considere que los acuerdos de arbitraje son compatibles.

Al decidir sobre la consolidación, la Corte puede tomar en cuenta cualquier circunstancia que considere relevante, incluyendo si uno o más árbitros han sido confirmados o nombrados.

Los arbitrajes se consolidarán con el primer arbitraje que se hubiese realizado, a menos que las partes decidan otra cosa.

Con el nuevo reglamento no solo se regulan con mayor precisión las cuestiones que se han tratado en el presente trabajo sino que, además, amplía y concede a los árbitros la facultad para analizar y estudiar cada caso en concreto con la finalidad de permitir la entrada de nuevas partes al procedimiento, observar los contratos y las cláusulas de los mismo y, por último, consolidar los arbitrajes que crea pertinentes de acuerdo a su criterio y al estudio del caso, siempre manteniendo

una igualdad procesal entre las partes.

VI. CONCLUSIÓN

Los arbitrajes con múltiples partes y contratos han demostrado ser un reto para las instituciones y tribunales arbitrales, no solo porque se atienden diversas demandas en un solo proceso, sino por la naturaleza contractual del arbitraje en donde las partes deberían de suscribir el acuerdo arbitral o el acuerdo arbitral debería de encontrarse en un único contrato.

Sin embargo, en la actualidad lo anterior es poco probable ya que, por las relaciones contractuales que surgen en un mundo globalizado, las partes requieren crear relaciones jurídicas más complejas, lo que conlleva la aparición de nuevos problemas y, por ende, la necesidad de resolverlos en muchos casos con la ayuda de la doctrina.

Es importante que las grandes empresas presten atención a los temas relacionados con estas cuestiones ya que, esto podría garantizar a futuro evitar problemas en donde alguna de las partes no quiera ingresar al arbitraje o donde los contratos no posean la suficiente compatibilidad y fuerza para que el tribunal arbitral logre atraerlos y consolidar los arbitrajes.

Cabe mencionar, que las nuevas disposiciones que ha brindado la ICC facultan enormemente al tribunal arbitral para atraer a nuevas partes al arbitraje, claro que también coloca una gran responsabilidad sobre los hombros de los árbitros que serán los encargados de revisar y analizar cada uno de los casos en concreto.

[Descargar artículo con citas](#)

Quo Vadis, Legislator? Lecciones de la obligatoriedad de los MASC en materia condominal para su implantación en materia civil y mercantil



Rolando Hoyt García

Socio en Mateos Hoyt + Asociados. Licenciado en Derecho por el Tecnológico de Monterrey con estancias internacionales en ICADE y DEUSTO (España). Maestro en Métodos Alternos a la Solución de Conflictos por la Universidad Autónoma de Nuevo León. Diplomado en Derecho Internacional (Cornell Law School) y Diplomado en Arbitraje Comercial Internacional (UDEM e ICC México).



Daniel Morán Martín

Paralegal en Mateos Hoyt + Asociados. Doble Grado en Derecho y Filosofía por la Universidad Complutense de Madrid con estancia en el ITESM, y estudiante del Doble Máster en Acceso a la Abogacía Española y Abogacía Internacional en el Instituto Superior de Derecho y Economía. Diplomado en Arbitraje Comercial Internacional (CIAM, CGAE, ICC Spain) y Diplomado en Derecho Inmobiliario (BMA).

Resumen: El requisito previo de acudir a los MASC para acceder a la justicia formal en materia condominal presenta insuficiencias notorias para los ciudadanos y los operadores jurídicos. Estas insuficiencias deben atenderse por el legislador dado que, por la inercia internacional, parecemos estar ante la antesala de la instauración de la obligatoriedad de los MASC en otras controversias civiles y mercantiles.

Es un hecho manifiesto el interés de los estados de derecho en la promoción de los medios alternos de solución de controversias (en lo anterior y lo sucesivo, "MASC"), y, especialmente, de la mediación. Bajo este impulso subyace la voluntad de implantar sistemas de impartición de Justicia más eficientes y democráticos, de cara no sólo a garantizar un mejor ejercicio por parte de todos los ciudadanos del derecho a la tutela judicial efectiva, sino también a construir una ciudadanía más consciente, responsable y participativa.

Sin embargo, a pesar de que el objetivo buscado sea acreedor de todo nuestro apoyo y respeto, no podemos dejar de señalar las áreas de oportunidad que se generan con el proceso de implantación de los MASC en nuestras sociedades. Sirve de ejemplo de lo anterior la falta de claridad y armonización en el requisito de acudir a los MASC de forma previa a la justicia formal en los conflictos derivados del régimen de propiedad en condominio que han venido estableciendo las normativas de algunas entidades federativas de la República Mexicana.

I. La problemática normativa en materia de resolución de conflictos condominales

Mateos Hoyt + Asociados tiene una sólida experiencia en el ámbito de los regímenes de propiedad en condominio, tanto en materia corporativa como en lo que a la resolución de conflictos se refiere. Precisamente, a raíz de estar involucrados en los problemas que derivan de la propiedad condominal, nos vimos motivados a exponer nuestras preocupaciones por este medio.

Es bien sabido, tanto por los ciudadanos que ostentan la calidad de condóminos, como por los profesionales que nos dedicamos a este sector, que la mayor parte de los conflictos que se generan en el mismo responden a impagos de cuotas de las cuotas de administración y mantenimiento ordinarias y/o extraordinarias. De hecho, podríamos decir que el cumplimiento de esta obligación por parte de los condóminos es un pilar fundamental de la "cultura condominal". Esta última ha sido definida homogéneamente por las normativas de las entidades federativas como sigue:

"Todo aquello que contribuya a generar las acciones y actitudes que permitan en sana convivencia, el cumplimiento del objetivo del Condominio. Entendiéndose como elementos necesarios: el respeto, la tolerancia, la responsabilidad, el cumplimiento, la corresponsabilidad, la participación, la solidaridad y la aceptación mutua."

Tan es la importancia del pago de las cuotas de mantenimiento que algunos Tribunales Colegiados de Circuito ya han resuelto que su exigencia es imprescriptible.

A pesar de lo anterior, el cobro de las aludidas cuotas se ha vuelto una labor ahíta en algunas entidades federativas por lo que consideramos una mala praxis legislativa. Particularmente, podemos señalar como caso paradigmático lo que acontece en el Estado de Nuevo León.

La actual normativa que regula la materia en la jurisdicción neoleonesa (Ley de Propiedad en Condominio de Inmuebles para el Estado de Nuevo León), establece que para poder acudir a los tribunales ordinarios a fin de resolver “las controversias que se susciten entre los Condóminos y Poseedores o entre estos y su Administrador” es un requisito sine qua non que el potencial actor judicial recurra primero a los “Centros de Métodos Alternos de Solución de Controversias del Poder Judicial del Estado”. A continuación, transcribimos el texto de la aludida norma ad litteram por su relevancia a efectos dialécticos:

“Artículo 60.- Los Centros de Métodos Alternos de Solución de Controversias del Poder Judicial del Estado son las instancias competentes para conocer de las controversias que se susciten entre los Condóminos y Poseedores o entre estos y su Administrador. De no ser fructífera la instancia alternativa de solución de controversias, quedarán expeditos los derechos para ejercitarlos en la vía y forma legal correspondientes.”

Como puede comprobarse de un primer vistazo, la redacción de la norma deja mucho que desear.

En primer lugar, el dispositivo habla de los “Centros de Métodos Alternos de Solución de Controversias del Poder Judicial del Estado” como las instancias que deben conocer en primer lugar de los asuntos que el mismo detalla. No obstante, no queda lo suficientemente claro a qué se refiere el legislador con esta denominación a la hora de estudiar la ley reguladora de los MASC en Nuevo León (Ley de Mecanismos Alternativos para la Solución de Controversias para el Estado de Nuevo León, publicada, por otra parte, antes que la ley reguladora de los condominios). En esta última, se definen diversos órganos y entidades que pueden proveer servicios de justicia alternativa, pero no queda claro a cuáles de ellos se está refiriendo la norma reguladora del régimen en condominio. ¿Son “competentes” el Instituto de MASC del Consejo de la Judicatura del Estado de Nuevo León, los facilitadores, los facilitadores especializados, los Centros autorizados por el Instituto, o todos ellos?

Esto no es una cuestión baladí, ya que las Unidades del Instituto de Mecanismos Alternativos para la Solución de Controversias del Estado de Nuevo León del Consejo de la Judicatura del Estado de Nuevo León están ampliamente saturadas, sólo existen 16 Centros de Mecanismos Alternativos en Nuevo León certificados y los facilitadores no tienen acceso a “certificaciones especializadas” que permitan que sus decisiones se eleven a categoría de cosa juzgada o sentencia ejecutoriada por falta de convocatorias por parte del Instituto antes mencionado, necesitando, por tanto, los acuerdos que se deriven de la actuación de un facilitador público o privado con intervención de un fedatario público para poder ser elevados a cosa juzgada, con el correspondiente aumento de tiempo y coste para los ciudadanos.

En segundo lugar, el numeral establece que las instituciones comentadas -sean estas cuales sean- serán las “instancias competentes” para conocer de los asuntos. Esta terminología da lugar a confusiones a la hora de estudiar la admisión de una demanda, a tal punto que hemos llegado a recibir respuesta por parte de autoridades judiciales que, en una confusa interpretación de una confusa ley hablan de “agotar la competencia primaria”. Se desconoce qué significa este concepto ad hoc que algunos jueces utilizan para inhibirse del conocimiento de los asuntos relativos al régimen de condominio. Hemos de advertir que la competencia se ha entendido doctrinal y jurisprudencialmente como:

“la medida del poder o facultad otorgada a un órgano jurisdiccional para entender de un determinado asunto. En otros términos, se puede decir que la competencia es aquella parte de la potestad jurisdiccional que está legalmente atribuida a un órgano judicial determinado frente a una cuestión también determinada.”

Es decir, que la competencia es la facultad de las autoridades de ejercer su jurisdicción para la interpretación y aplicación de las normas jurídicas a la resolución de una controversia en específico que les es sometida a su conocimiento, determinada esta (la competencia) por razón de territorio, materia, cuantía, grado y vía.

Los Centros de Mecanismos Alternos de Solución de Controversias no tienen facultades para interpretar la ley, y mucho menos para aplicarla para la resolución definitiva de una controversia, pues, en atención a la naturaleza de los mecanismos alternativos -concretamente, de la mediación y la conciliación-, la esencia de estos es que son las partes quienes resuelven entre ellos de manera definitiva su controversia, y no es un tercero -como el juez- quien con su imperio y jurisdicción resuelve la misma bajo la interpretación y aplicación de las normas jurídicas. La terminología es, por tanto, equívoca e incierta, y por ello da lugar a la invención de conceptos jurídicos por parte de las autoridades jurisdiccionales en el desempeño de su función.

Por último, se señala que las aludidas autoridades conocerán de conflictos “entre los Condóminos y Poseedores o entre estos y su Administrador”, lo que no es técnicamente acertado, toda vez que, en la generalidad de los casos, la persona que promueve las demandas de cobranza de cuotas de mantenimiento es el propio Régimen de Propiedad en Condominio, y no queda recogido dentro del ámbito subjetivo del artículo en comento.

Además de lo anterior, es cuestionable la propia adecuación del numeral citado al telos o finalidad principal de la Ley de la que forma parte, esta es, que se materialice la “cultura condominal”, con especial materialización de la cultura del pago de las cuotas de mantenimiento de los condóminos. Y decimos que es cuestionable porque, dada la cercanía que habitualmente tienen los condóminos con los Administradores, el recurso a la vía judicial suele haber estado precedido de una multiplicidad de acercamientos a fin de solicitarles el cumplimiento de sus obligaciones, sobre todo cuando se trata de impagos de cuotas condominales. No está claro si obligar a un condómino a intentar llevar a cabo soluciones a las que ya ha intentado acudir en múltiples ocasiones favorece el ejercicio del derecho de acceso a la justicia o constituye un mero requisito burocrático que genera dilaciones indebidas en el proceso judicial.

Todo esto denota una falta de claridad que violenta la seguridad jurídica de los sujetos obligados legalmente a acudir a los MASC, y se vuelve en ocasiones un problema a la hora de hacer efectivo el derecho de acceso a la justicia, contradiciendo los principios de celeridad y flexibilidad de los mismos MASC.

Ahora bien, podría pensarse que es un problema que afecta exclusivamente a una de las 32 entidades federativas que conforman los Estados Unidos Mexicanos, pero nada más lejos de la realidad. La realidad es que 14 de los 32 Estados ya obligan, dentro de su legislación aplicable al marco del Régimen de Propiedad en Condominio, a llevar a cabo procedimientos alternativos a la justicia formal para resolver conflictos, ya sea como paso previo o como única alternativa, y que todos ellos presentan problemáticas análogas procesales y sustantivas.

Asimismo, cabe destacar que las soluciones ofrecidas son dispares en cada entidad federativa, lo que podría abundar todavía más en los problemas aquí planteados, si la obligatoriedad de los MASC se extendiera a otros asuntos civiles y mercantiles. No podría entenderse que, si la finalidad de obligar a mediar o conciliar a los particulares antes de acudir a la vía judicial responde a construir una mejorada conciencia ciudadana y mejorar el acceso a la justicia, existieran regulaciones manifiestamente dispares a lo largo de toda la República.

II. La potencial extensión del problema a futuras regulaciones que establezcan el recurso de los MASC como requisito para el acceso a la justicia formal en otros supuestos civiles y mercantiles

Al ser el Régimen de Propiedad en Condominio una modalidad de la propiedad cada vez con más aplicación e importancia dentro de México, el problema aquí planteado debe de ser considerado como de capital importancia. Es así como nos permitiremos señalar la gravedad que puede tener no atender a las insuficiencias legislativas a las que hasta aquí nos hemos referido.

La Carta Magna, a partir de la reforma de su artículo 17 con fecha 18 de junio de 2008, introdujo al ordenamiento jurídico nacional los mecanismos alternativos de resolución de conflictos y los configuró como un derecho humano. Es así como la justicia alternativa alcanzó su dignidad más alta en virtud de que la norma constitucional estableció el respeto de esta opción del justiciable como obligatoria para todos los poderes públicos.

Esta reforma, buscó dar inicio a la configuración de un nuevo marco de impartición de justicia que, de alguna manera, hiciera más partícipes a los ciudadanos de la misma y los empoderara, al tiempo que los concienciara sobre la existencia de fórmulas alternativas para resolver controversias que no implicaran sobrecargar más los ya de por sí sobrecargados poderes judiciales tanto federal como estatales.

Es a raíz de esta decisión que fueron incluyéndose en los distintos ordenamientos de la República la obligatoriedad de acudir a los MASC para resolver conflictos en determinadas materias.

Más allá de la encarnizada discusión doctrinal acerca de la compatibilidad del requisito obligatorio de acudir a procedimientos de mediación o conciliación con la propia naturaleza de los mismos, así como respecto a su encaje constitucional y su relación con la tutela judicial efectiva, parece que los ordenamientos a lo largo del globo han decidido decantarse por los MASC.

La Unión Europea elaboró la Directiva 2008/52/CE, normativa dedicada íntegramente a la mediación en asuntos civiles y mercantiles, por la cual se regulan los aspectos básicos con los que toda mediación de un litigio transfronterizo debe cumplir y se busca conseguir “una equilibrada relación entre mediación y procesos judiciales”.

A raíz de la Directiva, fueron proliferando diversas leyes nacionales de los estados miembros, encaminadas a la implantación obligatoria de los MASC, especialmente de la conciliación y la mediación. Destaca, sin duda, el caso italiano. Tal fue el éxito de la normativa que a pesar de su inicial carácter temporal (puesto que su vigencia iba del 2013 al 2017), el legislador italiano optó por convertir la norma en permanente y definitiva.

La legislación italiana optó en su reforma del año 2013 por una “obligación mitigada” de acudir a la mediación, esto es, una obligación que tienen los sujetos litigantes a asistir a una sesión informativa y exploratoria en los seis meses previos a la interposición de la demanda.

La reforma no sólo traía causa en una declaración de inconstitucionalidad por su Alto Tribunal, sino también en lo que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, la más alta instancia en materia de Derecho Europeo estableció que debería respetarse de forma necesaria en caso de imponer una conciliación como requisito procesal para acceder a la vía jurisdiccional ordinaria, en su Sentencia de 18 de marzo de 2010.

El texto de esa resolución vino a establecer que, para que una mediación, conciliación, o cualquier otro método de justicia alternativa no violente de forma grave y notoria el derecho al acceso a la justicia, este debe cumplir al menos cuatro requisitos: 1) que no sea obligatorio llegar a un acuerdo; 2) que no implique un retraso sustancial a la vía judicial; 3) que suspenda los plazos de prescripción, y 4) que no ocasione gastos, o que sean de escasa entidad.

Estos requisitos son esenciales para garantizar tanto el derecho del justiciable de acceder a la justicia, como los principios rectores de los medios alternativos de solución de disputas, también en México.

En primer lugar, no puede ser obligatorio alcanzar un acuerdo porque se violentaría de forma absoluta la voluntariedad exigida por este tipo de procedimientos; en segundo lugar, no puede generar un retraso sustancial a la vía judicial, porque se estaría lesionando gravemente el derecho que tiene todo ciudadano a que se le imparta justicia en los tribunales, emitiendo éstos “sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial”, como también señala ad litteram el numeral 17 de la Constitución Mexicana; en tercer lugar, la prescripción de la acción ha de interrumpirse, ya que, de no ser así, los derechos o intereses del justiciable se verían lesionados hasta el punto de no poder hacerse efectivos; por último, no pueden generarse costos porque, como de igual forma establece el artículo 17 de la Carta Magna, el servicio de la justicia “será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales”.

No sería de extrañar que, con el mismo ánimo que los citados países han venido introduciendo reformas para promover la mediación, en México viéramos una proliferación de materias en las que se establezca como requisito procesal el haber acudido previamente a los MASC, como ya ocurre en el expuesto ámbito condominal.

Es precisamente por ello que consideramos fundamental atender a los principios señalados por los tribunales extranjeros, así como a los problemas que tenemos hoy en día si queremos avanzar correctamente en la implantación de este tipo de medidas. Imagine el lector lo que supondría la inseguridad jurídica que hoy existe en materia condominal, si se extendiera a un amplio abanico de asuntos civiles y mercantiles.

En Mateos Hoyt + Asociados, hemos planteado acciones constitucionales respecto a la normativa condominal neoleonese, de cara a demostrar tanto la indebida aplicación de la ley en esta materia, como la propia constitucionalidad de la remisión obligatoria a los MASC, trayendo a discusión lo argumentado en el resto de los estados americanos o europeos. Lo anterior, con el mero ánimo de conseguir un pronunciamiento judicial que aclare todas las insuficiencias que aquí hemos expuesto.

Sin embargo, creemos que esta no es la vía adecuada para resolver esta situación, y las que puedan venir a futuro, de una forma que sea verdaderamente ajustada al derecho y a la realidad social. La solución correcta debe implicar un diálogo del poder público con los operadores jurídicos y actores sociales implicados, que culmine en una actividad legislativa, que incluso pueda ser ejemplar para otras naciones del ámbito hispanoamericano.

Asimismo, consideramos necesaria una armonización de las legislaciones de las entidades federativas respecto a la implantación de los MASC como requisito procesal para acudir a la justicia formal, pues, reiterando lo ya formulado, si la finalidad de esta medida es construir una nueva conciencia ciudadana y mejorar la efectividad del derecho de acceso a la justicia, es claro que las soluciones no pueden presentar una gran disparidad entre los diferentes estados de la República.

III. Conclusiones

Mediante el presente artículo hemos pretendido señalar sucintamente algunas de las insuficiencias y errores que vemos en la práctica, derivados de una mala praxis legislativa a la hora de implantar los MASC como requisito previo al acceso a la justicia formal.

Reiteramos nuestra invitación al lector a la reflexión en cuanto a los mismos, toda vez que parecemos estar ante la antesala o el ensayo de la implantación de la mediación o conciliación obligatoria en las controversias de una más amplia colección de materias civiles y mercantiles, y hacemos un llamamiento a la comunidad de profesionales vinculados a la resolución de conflictos a trabajar por una adecuada realización de la labor legislativa pertinente, poniéndonos a su entera disposición para colaborar en la consecución de tal fin.

[Descarga de artículo incluyendo citas](#)

Rescisión administrativa en la Ley de Hidrocarburos desde la óptica del capítulo 14 del T-MEC



*Carlos Enrique Guerrero Alarcón.
(con un especial agradecimiento
Gabriela Álvarez Ávila)*

Este trabajo obtuvo recomendación de publicación en el XXXII Diplomado de Arbitraje de ICC México y la Escuela Libre de Derecho.

Carlos Guerrero es asociado en la oficina de DLA Piper México. Él se enfoca en las áreas de arbitraje internacional, resolución de disputas, energía y financiamiento de proyectos. Carlos se tituló de la carrera de derecho con mención honorífica en el ITAM y obtuvo mención especial en el Diplomado de Arbitraje Comercial Internacional de la CCI México y la Escuela Libre de Derecho.

Resumen

En el presente, analizamos la figura de la rescisión administrativa de los contratos de exploración y extracción de hidrocarburos. Asimismo, analizamos la elegibilidad de los contratistas y sus inversiones bajo el Capítulo 14 del T-MEC, y los estándares de protección aplicables. Por último, analizamos una potencial violación al T-MEC en caso de que dicha medida sea aplicada de manera irregular.

Introducción

La cita que antecede corresponde a las palabras del entonces Secretario de Estado estadounidense, Cordell Hull, plasmadas en la carta que envió a su contraparte mexicana ante la expropiación petrolera efectuada por el Presidente Lázaro Cárdenas, mediante Decreto de fecha 18 de marzo de 1938. Dicho suceso tuvo un impacto relevante en el derecho en materia de inversión extranjera, tanto a nivel internacional como nacional.

En el ámbito internacional, el estándar establecido por la carta del Secretario de Estado estadounidense, junto con la resolución del caso *Neer c. México*, detonó el desarrollo del “estándar mínimo de trato” (minimum standard of treatment) respecto a la condición de los extranjeros en el territorio de otro Estado. Conforme a éste, “un extranjero está protegido por las normas de derecho internacional, independientes del derecho local, frente a medidas inaceptables adoptadas por un Estado”; actualmente, el estándar constituye costumbre internacional y ha sido incorporado en múltiples tratados internacionales, como el T-MEC.

En el ámbito local, la expropiación petrolera definió por décadas el rumbo de las políticas del Estado mexicano hacia las actividades de exploración y extracción de hidrocarburos. Éstas fueron reservadas al Estado, al grado en que la prohibición de otorgar concesiones, y, después, la celebración de contratos para la realización de dichas actividades entre el Estado y particulares fue elevada a rango constitucional.

Todo esto cambió a partir de 2013, cuando la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) fue reformada y entró en vigor la legislación reglamentaria que transformó el sector energético mexicano, para permitir inversiones privadas. Particularmente a partir del 20 de diciembre de 2013, fecha en la que se publicó en el DOF el Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en Materia de Energía.

Resulta relevante la adición de un séptimo párrafo al artículo 27 de la CPEUM, el cual reincorporó la posibilidad de que el Estado mexicano celebre con particulares contratos de exploración y extracción de hidrocarburos. Dicha reforma fue codificada en 10 nuevas leyes e implicó la reforma de 12 ya existentes. Entre las leyes adoptadas a raíz de dicha reforma, para el presente estudio, destacan la Ley de Hidrocarburos (LH) y la Ley de los Órganos Reguladores Coordinados en Materia Energética (LORCME).

En la implementación de dicho esquema constitucional y legal en materia energética, México se enfrenta con el reto de encontrar la manera de lograr lo que, en su momento, el TLCAN consiguió con un amplio sector de la economía nacional: “asegurar la transparencia y el cumplimiento de los acuerdos y contratos”. Asimismo, el Estado mexicano debe hacerlo respetando el marco de obligaciones que le imponen los tratados internacionales de los que es parte, como el T-MEC.

El marco jurídico nacional en materia de rescisión administrativa

Para efectos de nuestro estudio, resulta relevante la regulación de la rescisión administrativa (a) en la LH y (b) en la LORCME, así como (c) una serie de criterios judiciales respecto a la (in)constitucionalidad del artículo 27 de la segunda. A continuación, describiremos brevemente dichas normas.

(a) La LH

La LH señala en su artículo 1° que es reglamentaria de los artículos 25, párrafo cuarto; 27, párrafo séptimo y 28, párrafo cuarto de la CPEUM en materia de hidrocarburos. Dicha ley tiene por objeto regular, entre otras, las actividades de reconocimiento y exploración superficial, y la exploración y extracción de hidrocarburos en territorio nacional.

La LH prevé que las actividades de exploración y extracción de hidrocarburos podrán ser llevadas a cabo por medio de dos figuras: (a) asignaciones, otorgadas por la SENER a las empresas productivas del Estado, previa opinión favorable de la CNH; y (b) contratos para la exploración y extracción, adjudicados a contratistas privados por medio de licitaciones y suscritos por la CNH.

El artículo 20 de la LH faculta a la CNH para rescindir administrativamente los contratos de exploración y producción de hidrocarburos únicamente cuando se presente alguna de las causas graves ahí previstas. Dicho artículo prevé que los contratos también establecerán causales de terminación y rescisión. Además, establece un procedimiento previo a la declaración de rescisión administrativa, en el cual los contratistas podrán presentar alegatos y pruebas ante la CNH.

Adicionalmente, el artículo 20 establece que “como consecuencia de la rescisión administrativa, el Contratista transferirá al Estado sin cargo, ni pago, ni indemnización alguna, el Área Contractual” y “se procederá a realizar el finiquito correspondiente”; asimismo, “[e]n cualquier caso, el Contratista mantendrá la propiedad de los bienes e instalaciones que no sean conexos o accesorios exclusivos del área recuperada”. Los contratistas cuyos contratos sean rescindidos administrativamente también deberán resarcir los daños o perjuicios que correspondan. Dichas normas se reglamentan en los artículos 46 a 49 del RLH.

(b) La LORCME

El artículo 27 de la LORCME prevé que los actos u omisiones de la CNH podrán ser impugnados únicamente mediante el “juicio de amparo indirecto” y no serán objeto de suspensión; además, cuando se trate de resoluciones emanadas de un procedimiento seguido en forma de juicio, sólo podrá impugnarse la que ponga fin al mismo por violaciones cometidas en la resolución o durante el procedimiento.

Asimismo, se prevé que, en ningún caso, se admitirán recursos ordinarios o constitucionales contra actos intraprocesales; y, en “las decisiones fundadas y motivadas que sean aprobadas por [la CNH], no podrá alegarse un daño o perjuicio en la esfera económica por aquéllos que realicen las actividades reguladas”.

(c) Criterios judiciales sobre el artículo 27 de la LORCME

AL resolver una serie de juicios de amparo en los cuales los quejosos impugnaron el artículo 27 de la LORCME, la SCJN declaró inconstitucionales algunas de las normas de dicho artículo ya que, de manera indebida, limitan la figura del amparo sin fundamento constitucional.

Por un lado, la jurisprudencia 43/2020 (10a.) de la Segunda Sala de la SCJN estableció que “la señalada porción normativa tiene por objeto establecer una excepción adicional al principio de definitividad que rige en materia de amparo, sin que ésta se encuentre prevista en el artículo 107, fracción IV, de la [CPEUM] o en algún otro de sus preceptos o de los de su ley reglamentaria, lo cual vulnera el diverso principio de supremacía constitucional”.

Asimismo, la Segunda Sala sostuvo que la procedencia del juicio de amparo, así como las excepciones al principio de definitividad que lo rigen, no pueden estar previstas en un ordenamiento normativo distinto de la CPEUM y de la Ley de Amparo (LA); pues, “al tratarse de un medio de defensa extraordinario de carácter constitucional, es indispensable que, para acceder a ese juicio, previamente se agoten los medios de defensa ordinarios que resulten procedentes...”.

En ese contexto, la Segunda Sala determinó que “el medio ordinario de impugnación de esos actos administrativos es el juicio contencioso administrativo federal ante el Tribunal Federal Justicia Administrativa pues se trata de actos de autoridades de la Administración Pública Federal”.

Adicionalmente, la Segunda Sala de la SCJN declaró inconstitucional la pretendida improcedencia de la suspensión en el caso de “normas generales, actos u omisiones de los Órganos Reguladores Coordinados en Materia Energética”. La Segunda Sala sostuvo que “conforme al principio de reserva de ley reglamentaria, todo lo relativo al juicio de amparo debe estar previsto en la [CPEUM] o en la [LA], lo cual impide que pueda ser regulado o limitado en otro tipo de leyes”.

En consecuencia, la Segunda Sala sostuvo que “el artículo 27 de la [LORCME], al establecer que las normas generales, actos u omisiones de [la CNH o la CRE], únicamente podrán ser impugnados mediante el juicio de amparo indirecto y no serán objeto de suspensión, resulta inconstitucional, al tratarse de una excepción a la procedencia de la medida cautelar dentro del juicio de amparo, que nose encuentra en el texto constitucional o en la ley reglamentaria correspondiente”.

Con base en las resoluciones señaladas, bajo derecho mexicano, las limitaciones a la suspensión y del principio de definitividad respecto a las normas generales, actos u omisiones de la CNH o la CRE, previstas en el artículo 27 de la LORCME, implican violaciones a las garantías y derechos fundamentales de los sujetos regulados; como los contratistas que suscribieron contratos de exploración y extracción con la CNH.

El marco jurídico internacional en materia de protección a las inversiones

El arbitraje de inversión bajo tratados es un mecanismo que se ha expandido desde que el primer caso en la materia fue resuelto en 1990, hasta convertirse en el mecanismo más utilizado para la solución de disputas entre inversionistas y Estados.

A la fecha, México ha suscrito más de 30 APPRIs con 33 países. Asimismo, México es parte de tratados regionales que incluyen capítulos en la materia, como el TIPAT, el TLCAN y su sucesor, el T-MEC; por su relevancia actual, estudiaremos las disposiciones del T-MEC. A continuación, analizaremos: (a) la jurisdicción bajo dicho tratado; y (b) los estándares de protección a las inversiones ahí previstos.

(a) Jurisdicción bajo el T-MEC

Para determinar si un inversionista goza de la protección bajo los estándares de derecho internacional, primero, se debe identificar un tratado entre el Estado en el que se realizó la inversión y el Estado de origen del inversionista. Después, es necesario determinar si los inversionistas califican como aquellos elegibles bajo las disposiciones del tratado relevante. Si, en efecto, los inversionistas son elegibles bajo el tratado, se debe analizar si sus inversiones se encuentran o no protegidas por dicho tratado.

1. Tratado aplicable

Tomemos como ejemplo a los inversionistas estadounidenses que inviertan o hayan invertido en México para realizar actividades de exploración y extracción de hidrocarburos, al amparo de contratos celebrados con la CNH. Los países relevantes son: (i) México, el Estado receptor de la inversión; y (ii) los EE. UU., el Estado de origen del inversionista. En ese contexto, el tratado relevante es el T-MEC, ya que, como veremos, resulta el tratado aplicable a las inversiones entre dichos países desde que reemplazó al TLCAN.

2. Inversionistas protegidos

El artículo 14.2.1 del T-MEC prevé que el Capítulo 14 “se aplica a las medidas adoptadas o mantenidas por una Parte relacionadas con: (a) los inversionistas de otra Parte; [y] (b) las inversiones cubiertas” (énfasis añadido). A su vez, el artículo 14.1 define “inversionista de una Parte” como “una Parte, o un nacional o una empresa de una Parte, que pretende realizar, está realizando o ha realizado una inversión en el territorio de otra Parte”

El T-MEC prevé tres esquemas de arbitraje de inversión. Para nuestro estudio, resulta relevante el previsto en Anexo 14-E, aplicable a la solución de controversias de inversión entre inversionistas de los EE. UU. que inviertan en México (y viceversa) que tengan su origen en un “contrato de gobierno cubierto”. Al respecto, el párrafo 1 de dicho Anexo prevé que “[e]l Anexo 14-D [...] aplica, como se modifica por este Anexo, a la solución de una controversia de inversión calificada conforme a este Capítulo en las circunstancias establecidas en el párrafo 2”.

Retomando nuestro ejemplo, los inversionistas estadounidenses que inviertan o hayan invertido en México para llevar a cabo actividades de exploración y extracción de hidrocarburos, al amparo de contratos celebrados con la CNH, se ubican dentro de los supuestos previstos en el Capítulo 14 y el Anexo 14-E. Por lo tanto, México consiente que éstos podrán someter a arbitraje una reclamación en su contra bajo el Capítulo 14 del T-MEC:

(a) Un inversionista estadounidense, o una empresa mexicana de su propiedad, que hubiera celebrado un contrato de exploración y extracción de hidrocarburos con la CNH, en efecto, es parte de un “contrato de gobierno cubierto” en los términos del T-MEC; es decir, dichos contratos constituyen acuerdos por escrito entre la CNH, una autoridad nacional de México, y un inversionista de los EE. UU. o una empresa constituida en México de su propiedad.

Además, dichos contratos otorgan derechos al inversionista estadounidense (o a su empresa) en las actividades de exploración y extracción de petróleo y gas natural, mismas que son controladas por la CNH, la SENER y la SHCP en el ámbito de sus competencias; y, conforme al marco jurídico aplicable, la empresa o el inversionista se basa en éstos para establecer o adquirir una inversión distinta al contrato como tal, y se encuentra obligado a ello.

(b) México es parte de otro tratado que permite a inversionistas iniciar procedimientos de solución de controversias de inversión con un gobierno; a saber, el Convenio CIADI.

(c) Respecto a los requisitos temporales previstos en el párrafo 4 del Anexo 14-E, consideramos que su acatamiento es una cuestión fáctica que tendría que ser analizada caso por caso.

Con base en lo anterior, México consiente que los inversionistas estadounidenses que inviertan o hayan invertido en su territorio, al amparo de contratos celebrados con la CNH, sean elegibles para someter a arbitraje una reclamación bajo el Capítulo 14 del T-MEC.

3. Inversiones protegidas

Como señalamos, el artículo 14.2.1 del T-MEC prevé que el Capítulo 14 “se aplica a las medidas adoptadas o mantenidas por una Parte relacionadas con: (a) los inversionistas de otra Parte; [y] (b) las inversiones cubiertas” (énfasis añadido).

Conforme a nuestro ejemplo, ahora, es necesario determinar qué inversiones propiedad de los inversionistas estadounidenses, o sus empresas se encuentran protegidas por el Capítulo 14 del T-MEC. Para ello, utilizaremos como ejemplo los “bienes e instalaciones” que sean conexos o accesorios exclusivos de un área contractual. Entre tales inversiones, se podrían considerar las siguientes:

- (a) El o los pozos perforados por el inversionista (o sus empresas);
- (b) Motores y equipo de bombeo ubicados en el área contractual;
- (c) Ductos y otras instalaciones de transporte o almacenamiento que sirvan para conducir o almacenar líquidos o gases en el área contractual, o para extraerlos de ella;
- (d) Maquinaria, estructuras y materiales propios de las actividades de exploración y extracción de hidrocarburos;
- (e) En caso de que el inversionista (o su empresa) forme parte de un consorcio, los derechos sobre los porcentajes de participación en los acuerdos de operación conjunta;
- (f) Para el caso de las áreas contractuales off-shore, embarcaciones y artefactos navales de los inversionistas (o sus empresas), como buque-tanques y plataformas de exploración o perforación;
- (g) Derechos sobre contratos de arrendamiento (o fletamento) de tales equipos, contratos para suconstrucción o contratos de licencia sobre, por ejemplo, software especializado;
- (h) Derechos sobre contratos o instrumentos de financiamiento; y
- (i) Derechos de propiedad intelectual sobre, por ejemplo, sistemas desarrollados por los propios contratistas (o sus empresas).

La lista podría continuar casi indefinidamente, sin embargo, este no es el lugar para ello. Aquí, lo relevante es que dichas inversiones, al encontrarse en el área contractual correspondiente a un contrato celebrado entre el inversionista (o su empresa) y la CNH:

- (a) Se ubicarían en el territorio mexicano, en tanto que las áreas contractuales no pueden ser delimitadas más allá del territorio de México (o su zona económica exclusiva);
- (b) Si fueron realizadas bajo un contrato con la CNH vigente a la fecha de redacción del presente estudio, probablemente ya existen o, en su caso, se establezcan, adquieran o expandan posteriormente;
- (c) En su caso, deberán ser propiedad de un inversionista o controlado por el mismo, directa o indirectamente (por ejemplo, por medio de una empresa);

(d) Las inversiones señaladas cumplen con las características señaladas, ya que implican el compromiso de capital u otros recursos, la expectativa de obtener ganancias o utilidades o la asunción de riesgo; y

(e) Éstas se ubican dentro de las categorías previstas en el artículo 14.1 del T-MEC.

Con base en nuestras conclusiones, los inversionistas estadounidenses que inviertan o hayan invertido en México, al amparo de contratos celebrados con la CNH, sí gozan de la protección de los estándares previstos en el T-MEC: (i) éste, en efecto, es un tratado entre México, el Estado en el que se realizó la inversión, y los EE. UU., el Estado de origen del inversionista; (ii) dichos inversionistas califican como aquellos elegibles bajo las disposiciones del T-MEC; y (iii) sus inversiones se encuentran protegidas por el tratado .

El siguiente “paso” para que un inversionista promueva un arbitraje de inversión en contra de un Estado, consiste en que ambas partes consientan someterse a dicho mecanismo: los Estados otorgan su consentimiento en el texto de los tratados de inversión; y la solicitud de arbitraje presentada por el inversionista debe cumplir con los requisitos previstos en el tratado.

México otorga su consentimiento a arbitrar las “controversias de inversión calificadas” en el artículo 14.D.4 y el párrafo 1° del Anexo 14-E. Por su parte, los inversionistas tendrán que cumplir con lo previsto en el artículo 14.D.3 al presentar a la demandada su notificación de intención de someter una reclamación a arbitraje y la posterior solicitud de arbitraje.

(b) Estándares de protección bajo el T-MEC

En el derecho de protección a las inversiones, el derecho internacional constituye el estándar de referencia para evaluar la licitud de la conducta de un Estado. En consecuencia, distintos tribunales arbitrales han determinado que, “[e]n la medida en que existiera una inconsistencia entre dos sistemas jurídicos, el derecho internacional público debe prevalecer”.

Además, debido a que los tratados son instrumentos de derecho internacional, éste es aplicable en virtud de la CVDT; es decir, al resolver una disputa de inversión, los tribunales arbitrales aplican el derecho internacional y le otorgan un papel directivo. Inclusive, las cláusulas de ley aplicable de los contratos u otros acuerdos que formen parte de la disputa no precluirán la aplicación del derecho internacional.

No obstante, el derecho local también juega un papel en los arbitrajes de inversión: éste puede ser utilizado para determinar si ciertos activos o derechos que se alegan como una inversión existen o no; asimismo, el derecho local suele ser utilizado como material probatorio para evidenciar la ilicitud (o licitud) de los actos o medidas del Estado receptor, que motiven el reclamo por parte de un inversionista. En efecto, diversos tribunales arbitrales han aplicado tanto la ley local como el derecho internacional para resolver cuestiones específicas de las disputas.

En ocasiones, los tratados de inversión no contienen disposiciones específicas sobre el derecho aplicable a las disputas a ser resueltas por tribunales arbitrales; sin embargo, el 1° párrafo del artículo 14.D.9 del T-MEC prevé que “el tribunal decidirá las cuestiones en controversia de conformidad con este Tratado y las normas aplicables del derecho internacional” (énfasis añadido).

Con el objeto de identificar los estándares de protección aplicables a los inversionistas estadounidenses que hayan invertido en México, al amparo de contratos celebrados con la CNH, a continuación, realizaremos una interpretación de dicho artículo conforme a la “regla general” prevista en la CVDT; lo anterior, considerando los criterios de tribunales arbitrales, en la medida en que resulten relevantes para el presente análisis:

Con el objeto de (i) establecer un marco legal y comercial claro, transparente y predecible, y (ii) reconociendo los derechos inherentes de los Estados para establecer prioridades legislativas y regulatorias, México consiente que las reclamaciones relacionadas con contratos de gobierno cubiertos promovidas en su contra por inversionistas estadounidenses, a causa de violaciones a cualesquiera de sus obligaciones bajo el Capítulo 14 y cuya resolución sea encomendada a un tribunal arbitral, serán resueltas de conformidad con el T-MEC y las normas aplicables del derecho internacional. Particularmente, México:

(a) Otorgará a las inversiones cubiertas un trato acorde con el nivel mínimo de derecho internacional consuetudinario para el trato a los extranjeros, incluyendo un trato justo y equitativo (TJE): Lo anterior, entre otras cosas, de conformidad con todos los principios del derecho internacional consuetudinario que protegen las inversiones de los extranjeros.

En consecuencia, enunciativa mas no limitativamente, está obligado a no denegar justicia a los inversionistas (o sus empresas) en procedimientos judiciales penales, civiles o contencioso administrativos de acuerdo con el principio del debido proceso incorporado en los principales sistemas legales del mundo.

(b) No expropiará ni nacionalizará una inversión cubierta, ya sea directa (mediante la transferencia formal del título o del derecho del dominio) o indirectamente (mediante un acto o serie de actos que tengan un efecto equivalente a la expropiación directa, sin la transferencia formal del título o del derecho de dominio), salvo que:

- (i) Sea por causa de utilidad pública;
- (ii) Se realice de una manera no discriminatoria;
- (iii) Sea mediante el pago de una indemnización pronta, adecuada y efectiva; y
- (iv) De conformidad con el debido proceso legal.

Lo anterior, en el entendido que un acto o una serie de actos del gobierno o las autoridades de México constituye(n) una expropiación en la medida en que interfiera(n) con un derecho de propiedad tangible o intangible (cuya existencia se determina con referencia al ordenamiento jurídico mexicano) o con los atributos o facultades esenciales del dominio de una inversión.

Asimismo, México, siempre que respete los estándares de protección a las inversiones previstos en el Capítulo 14 del T-MEC, podrá adoptar cualquier medida que considere apropiada para asegurar que la actividad de inversión en su territorio se realice de una manera sensible al ambiente, salud, seguridad u otros objetivos regulatorios. Lo anterior, considerando que México no formuló reserva alguna en relación con el ámbito de aplicación del Anexo 14-E del T-MEC por lo que respecta a las obligaciones antes señaladas.

¿Una posible violación al T-MEC?

Como resolvió la SCJN, el marco jurídico aplicable a la rescisión administrativa de los contratos de exploración y extracción de hidrocarburos presenta una serie de características que atentan contra los derechos de contratistas. A continuación, analizaremos la interacción entre los estándares de protección a las inversiones previstos en el Capítulo 14 del T-MEC, y la regulación de la rescisión administrativa aplicable a los contratos de exploración y extracción de hidrocarburos.

Para ello, es necesario determinar si su ejecución por la CNH constituiría un hecho atribuible al Estado mexicano que, en su caso y bajo ciertas circunstancias, podría dar lugar a su responsabilidad internacional.

(a) Actos atribuibles al Estado mexicano bajo el derecho internacional

La nota al pie de página no. 4 del Capítulo 14 del T-MEC reconoce la aplicabilidad del Proyecto CDI. Al respecto, el artículo 4° del Proyecto CDI prevé que se considerará hecho del Estado según el derecho internacional “el comportamiento de todo órgano del Estado ya sea que ejerza funciones legislativas, ejecutivas, judiciales o de otra índole”; asimismo, conforme al principio de unidad del Estado bajo el derecho internacional, “virtualmente todo órgano del Estado puede ser la fuente de un hecho de esa naturaleza”.

El Ejecutivo Federal, a través de la CNH, y el Poder Judicial Federal constituyen órganos del Estado mexicano; por lo tanto, el Estado mexicano en su conjunto podría incurrir en responsabilidad internacional a causa de sus actos u omisiones. Vale la pena recordar que, incluso, las disposiciones de la propia CPEUM no podrían ser alegadas por México “con el fin de eludir obligaciones que le incumben en virtud del derecho internacional o de tratados en vigencia”.

A la luz de las disposiciones del Proyecto CDI y la CVDT, las disposiciones del T-MEC constituyen obligaciones internacionales para México; lo anterior, debido a que el T-MEC constituye un tratado internacional en los términos del artículo 2(a) de la CVDT y, por lo tanto, éste es “regido por el derecho internacional”. Además, la CDI reconoció dicho carácter a las disposiciones previstas en los tratados.

(b) ¿La privación de los bienes de los contratistas a causa de una rescisión administrativa irregular podría violar el T-MEC?

La privación por parte del Estado mexicano de los bienes e instalaciones conexos y accesorios exclusivos del área contractual “sin cargo, ni pago, ni indemnización alguna” a los inversionistas, derivada de la rescisión administrativa de un contrato por la CNH en la que no se respete el debido proceso de los inversionistas podría constituir un hecho ilícito internacional. Lo anterior, debido a que violaría los estándares previstos en el Capítulo 14 del T-MEC.

En los términos del artículo 20 de la LH y sus correlativos del RLH, a causa de la rescisión administrativa de su contrato, un inversionista será privado de la propiedad que ejerza sobre las inversiones conexas o accesorias exclusivas del área contractual en cuestión “sin cargo, ni pago, ni indemnización alguna”.

Como vimos, el T-MEC obliga a México a no expropiar ni nacionalizar una inversión cubierta, ya sea directa o indirectamente, salvo que: (i) sea por causa de utilidad pública; (ii) se realice de una manera no discriminatoria; (iii) sea mediante el pago de una indemnización pronta, adecuada y efectiva; y (iv) de conformidad con el debido proceso legal.

En ese sentido, bajo el derecho internacional, por “expropiación” se entiende la privación sustancial de una inversión o los derechos de propiedad sobre la misma por un Estado; es decir, lo relevante es el efecto de la conducta del Estado respecto a los derechos de propiedad de los inversionistas, más no la promulgación de un decreto formal o que el Estado manifieste su voluntad de expropiar.

En los términos del T-MEC, los efectos privativos de la rescisión administrativa de un contrato por la CNH podrían considerarse como actos que “interfieren” con los derechos de propiedad de los inversionistas, y que podrían implicar la privación de la titularidad del derecho de propiedad sobre las inversiones afectadas. Además, los derechos de propiedad de los inversionistas se reconocen bajo derecho mexicano; al conllevar la privación del derecho de propiedad del que son titulares los inversionistas sobre sus inversiones, los atributos o facultades esenciales del dominio se podrían considerar como prácticamente eliminados a causa de una rescisión administrativa bajo la LH.

Por lo tanto, bajo el T-MEC, la “transferencia” de las inversiones de los contratistas, que sean conexas y accesorias exclusivas a un área contractual, por la rescisión administrativa de su contrato por la CNH podría llegar a constituir una expropiación; específicamente, una expropiación directa, ya que podría cumplir con las características previstas en el Capítulo 14 del T-MEC y las que diversos Tribunales Arbitrales han identificado como propias de dicha figura.

Como señaló el Tribunal Arbitral que conoció el caso *Siag c. Egipto*, “la expropiación en sí misma no es un acto ilegítimo” y “[e]s ampliamente aceptado que un Estado tiene el derecho de expropiar bienes propiedad de extranjeros”; sin embargo, “es igualmente aceptado que una expropiación sólo es lícita si ciertas condiciones son cumplidas”, las cuales “son parte del derecho consuetudinario internacional”. En ese contexto, el TBI entre Italia y Egipto, aplicado en el caso de referencia, establece los mismos cuatro requisitos que el Capítulo 14 del T-MEC exige para que una expropiación sea lícita bajo dicho tratado.

Al respecto, el Tribunal Arbitral que resolvió dicho caso estableció que tales requisitos deben ser cumplidos “de manera cumulativa”, por lo que el incumplimiento de alguno de éstos causaría que la acción del Estado sea ilícita. En consecuencia, para que la privación de los bienes de los inversionistas a favor del Estado mexicano por la rescisión administrativa de su contrato por la CNH sea lícita conforme al T-MEC, ésta debe cumplir con los requisitos ahí previstos.

En primer lugar, dicha medida y sus efectos privativos podrían responder a cuestiones que son de utilidad pública para el país, ya que buscan (i) el fortalecimiento del papel del Estado como rector de la industria petrolera, y (ii) velar por la seguridad energética de México. Respecto al segundo requisito, Rodríguez Maldonado resalta el trato preferencial hacia las empresas productivas del Estado por parte de las autoridades mexicanas y, por ende, discriminatorio en perjuicio de los inversionistas. Lo anterior podría dar lugar a una violación al T-MEC; sin embargo, ello implicaría un análisis caso por caso que dependerá de las circunstancias de cada inversionista (mismo que no realizaremos aquí).

Respecto al tercer requisito, en contraste con la obligación del Estado mexicano de pagar una indemnización pronta, adecuada y efectiva a los inversionistas a causa de la privación de sus inversiones, el artículo 20 de la LH prevé expresamente que, a causa de la rescisión administrativa de su contrato, un inversionista será privado de la propiedad que ejerza sobre sus inversiones “sin cargo, ni pago, ni indemnización alguna”.

Sin embargo, los inversionistas, al suscribir con el Estado mexicano contratos de exploración y extracción de hidrocarburos, aceptaron el derecho y la regulación vigentes al momento de invertir, aplicables a dichos actos jurídicos y a la industria de los hidrocarburos en general. Retomando nuestro ejemplo, bajo el derecho internacional, el que un inversionista estadounidense que aceptó invertir bajo cierto marco normativo alegara una violación al T-MEC por un acto que fuera dictado con apego a dichas normas podría resultar una labor cuesta arriba.

Lo anterior ha sido reconocido por diversos autores y Tribunales Arbitrales. Dolzer y Schreuer reconocen que el factor clave para evaluar las expectativas de los inversionistas la ley del Estado receptor vigente al momento de la inversión. Por su parte, McLachlan sostiene que, a falta de una declaración específica por parte del Estado en el sentido contrario, el inversionista está sujeto a las leyes del Estado receptor vigentes a la fecha de la inversión, por lo que no podría reclamar la aplicación de éstas. Tal criterio fue adoptado por los Tribunales en *MTD c. Chile*, *GAMI c. México* por la propia CPJI, al resolver el caso Oscar Chinn.

Sin embargo, a la luz del cuarto requisito para que una medida expropiatoria sea lícita conforme al T-MEC (i.e., que dicha medida respete el debido proceso), ¿qué sucedería en caso de que las autoridades mexicanas rescindieran un contrato de exploración y extracción de manera irregular, bajo el marco jurídico aceptado por el inversionista? Más grave aún, sería el caso en el que las autoridades mexicanas (ya sean administrativas o judiciales) aplicaran normas que ya fueron reconocidas como ilícitas por el propio Poder Judicial mexicano.

Como señalamos, con base en los criterios de la SCJN, las limitaciones a la suspensión y del principio de definitividad en los amparos promovidos en contra de las normas generales, actos u omisiones de la CNH, previstas en el artículo 27 de la LORCME, implican violaciones a las garantías y derechos fundamentales de los sujetos regulados; como los contratistas en nuestro ejemplo.

En consecuencia, en caso de que un inversionista fuera privado de sus “bienes e instalaciones” a causade una rescisión administrativa, en la que dichas limitaciones al juicio de amparo fueron aplicadas por las autoridades judiciales mexicanas en su perjuicio, es razonable sostener que el Tribunal Arbitral que conociera de la controversia de inversión podría al menos considerar las decisiones judiciales como hechos relevantes para su análisis de si tal expropiación directa fue o no ilícita.

Lo anterior cobra relevancia debido a que, como señalamos, el derecho local puede ser utilizado por un Tribunal Arbitral como material probatorio para evidenciar la ilicitud (o licitud) de los actos o medidas del Estado receptor, que motiven el reclamo por parte de un inversionista. Por ejemplo, imaginemos que a un inversionista estadounidense le fueran privados sin indemnización sus bienes e instalaciones, a causa de la rescisión administrativa de su contrato.

Ahora, supongamos que el inversionista impugnara la medida ante el poder judicial mexicano y el (o los) juzgador(es) que conociera(n) dicha impugnación, con fundamento en el artículo 27 de la LORCME, determinara(n) que sólo procede el amparo directo en contra de dicha medida (en violación al principio de definitividad) o negara otorgar la suspensión del acto. Imaginemos que el proceso continuara hasta la última instancia y la resolución en cuestión quedara firme, por lo que el contratista se viera privado de sus bienes e instalaciones sin el pago de indemnización alguna (conforme al artículo 20 de la LH) de manera definitiva.

Dicho inversionista (y sus inversiones), como vimos, sería(n) elegible(s) para promover un arbitraje de inversión en contra de México bajo el Capítulo 14 del T-MEC; específicamente, bajo el Anexo 14-E, por tratarse de una controversia relacionada con un contrato de gobierno cubierto. En ese caso, las Tesis 2a./J. 43/2020 (10a.) y Tesis 2a. CLIX/2017 (10a.) de la Segunda Sala de la SCJN podrían constituir material probatorio a ser considerado por el Tribunal Arbitral al evaluar la licitud (o ilicitud) de la medida expropiatoria en cuestión.

Cabe señalar que otras violaciones al debido proceso por las autoridades judiciales mexicanas podrían también implicar una violación al T-MEC, por tratarse de una expropiación ilícita o ir en contra del estándar de TJE, también previsto en el T-MEC y reconocido por diversos Tribunales Arbitrales. Específicamente, el Tribunal de LCM c. México, tras hacer una revisión de los criterios arbitrales actuales en materia de denegación de justicia, sostuvo lo siguiente:

“En conclusión, el criterio es objetivo: la denegación de justicia requiere la constatación de una conducta procesal impropia y escandalosa por parte de los tribunales locales (sea o no intencionada), que no cumpla con los estándares básicos internacionalmente aceptados de administración de justicia y debido proceso, y que conmocione o sorprenda el sentido de la corrección judicial”.

En ese sentido, dicho Tribunal aclaró que, como sostuvo el Tribunal de Glamis Gold, “la intención deliberada podría ser un elemento accesorio para discernir si hubo denegación de justicia, pero no es un requisito necesario”.

Asimismo, podrían también violarse los estándares de protección a las inversiones previstos en el Capítulo 14 del T-MEC por irregularidades en el proceso ante la propia CNH, una autoridad administrativa del Estado mexicano. En efecto, académicos destacados sostienen que, en general, el principio de denegación de justicia se aplica a las acciones de todas las ramas de un gobierno. Por lo tanto, un inversionista puede presentar una reclamación bajo un tratado de inversión, que se base directamente en alegaciones de conducta administrativa irregular, independientemente de si ha buscado reparación ante los tribunales locales.

En este contexto, la prohibición de denegación de justicia también se ha aplicado por Tribunales Arbitrales a actos de órganos del Estado no judiciales, así como a procedimientos administrativos. Cabe señalar que algunos Tribunales, como el que resolvió el caso Thunderbird c. México, han considerado que el nivel de debido proceso exigido en los procesos administrativos es menor que en los procesos judiciales.

Bajo el derecho internacional, existe una obligación de pagar una indemnización por una expropiación, incluso cuando ésta se hace por causa de utilidad pública. En ese sentido, el Tribunal Arbitral que resolvió el caso Santa Elena c. Costa Rica sostuvo que, en caso de una expropiación sea por una causa pública, “el hecho de que la propiedad haya sido privada por esa razón no afecta ni la naturaleza de la medida ni el monto de la compensación a ser pagado por tal privación”. El Tribunal del caso Tecmed c. México sostuvo un criterio análogo.

Con base en lo anterior, una rescisión administrativa bajo el artículo 20 de la LH, en cuyo proceso de ejecución no se respete cabalmente el derecho aplicable en perjuicio de los inversionistas, podría no estar en conformidad con lo pactado por México en el Capítulo 14 del T-MECM en consecuencia, México se vería obligado a reparar.

Conclusión

Las autoridades mexicanas deben ser conscientes de los costos que las violaciones a las obligaciones internacionales implican para el país. Por un lado, las indemnizaciones ordenadas por los Tribunales Arbitrales pueden alcanzar dimensiones considerables. En ese sentido, como señala Scherer, algunos de los arbitrajes con las sumas reclamadas (y condenadas) más altas de la historia estuvieron relacionados con el sector energético; específicamente, la exploración y extracción de hidrocarburos. En efecto, los proyectos de inversión de esa naturaleza involucran sumas y financiamientos multimillonarios.

Por otro lado, el “riesgo político” para los inversionistas es otro de los costos que implican las potenciales violaciones a las obligaciones internacionales del Estado mexicano. En ese sentido, coincidimos con Rodríguez Maldonado, quien sostiene que el compromiso creíble de un gobierno de no interferir arbitrariamente en los derechos de propiedad privada, “resulta condición necesaria para lograr atraer inversión de capital de largo plazo capaz de detonar el crecimiento económico en cualquier sociedad”. En el caso contrario, el riesgo de una inversión aumentaría a causa de su exposición a las acciones del Estado receptor.

Al aumentar el riesgo de una inversión, las tasas a las que serán otorgados los financiamientos (indispensables para realizar proyectos en la industria de los hidrocarburos) aumentan, por lo que la obtención de los recursos necesarios para la ejecución de este tipo de proyectos se dificulta. Es decir, las instituciones financieras demandarán una prima más alta para compensar el riesgo, encareciendo a su vez las inversiones en el sector upstream mexicano, al grado de reducir su atractivo e, incluso, su rentabilidad.

En consecuencia, el riesgo inherente al actual marco jurídico mexicano en materia de rescisión administrativa de los contratos de exploración y extracción de hidrocarburos podría implicar que las potenciales inversiones se decanten a otras jurisdicciones que representen riesgos menores. En contraste, “si un gobierno logra reducir la incertidumbre política en el país, habrá proyectos que empezarán a ser rentables y se desarrollarán”.

En los términos del Tribunal Arbitral que resolvió el caso ADC c. Hungría, “mientras que un Estado soberano posee un derecho inherente a regular sus asuntos domésticos [...] es otra cosa asumir que el inversionista deba también estar listo para aceptar lo que sea que el Estado receptor decida hacer con él”.

Abreviaturas

- AIE: Agencia Internacional de la Energía
- APPRI: Acuerdo de Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones
- CDI: Comisión de Derecho Internacional de la ONU
- CIADI: Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones
- Convenio del CIADI: Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados
- CNH: Comisión Nacional de Hidrocarburos
- CNUDMI: Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional
- CPA: Corte Permanente de Arbitraje
- CPEUM: Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
- CPJI: Corte Permanente de Justicia Internacional
- TIPAT: Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico
- CVDT: Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados
- DOF: Diario Oficial de la Federación
- TJE: Trato justo equitativo
- LH: Ley de Hidrocarburos
- LIH: Ley de Ingresos sobre Hidrocarburos

- LORCME: Ley de los Órganos Reguladores Coordinados en Materia Energética
- ONU: Organización de las Naciones Unidas
- Proyecto CDI Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos
- RLH: Reglamento de la LH
- SCJN: Suprema Corte de Justicia de la Nación
- SENER: Secretaría de Energía
- SHCP: Secretaría de Hacienda y Crédito Público TBI Tratado Bilateral de Inversión
- TLCAN: Tratado de Libre Comercio para América del Norte
- T-MEC: Tratado entre México, Estados Unidos y Canadá

[Descarga de artículo incluyendo citas](#)

Temis, una odiosa entrometida



Raúl García Herrera

Este trabajo obtuvo recomendación de publicación en el XXXII Diplomado de Arbitraje de ICC México y la Escuela Libre de Derecho.

I. INTRODUCCIÓN.

Temis, según la mitología griega descrita por *Hesiodo* en su conocida *Teogonía*, es la diosa hija de *Gea* y *Urano* cuyo nombre significa “Leyes de la Naturaleza”. Es la diosa que en sí misma representa o encarna la justicia, la equidad, el buen consejo, el orden divino, las leyes y las costumbres, e incluso bajo su denominación de *lcnea*, es quien persigue o rastrea a quienes los transgreden.

En este sentido, parece que la antigua justicia griega, partía (y también compartía y se impartía) de una especie de Derecho Natural que era develado de a poco a la conciencia humana a manera de destino, y que según podemos constatar de los mitos, comedias y tragedias con que al día de hoy contamos, resultaba sujeta a la humana interpretación de pitonisas o de los llamados *themistopoloí*, que no eran otros que los sirvientes de *Temis* a los que hoy denominamos jueces, de donde muchas veces la interpretación del mensaje devenía en incomprensible, parcial, incompleta o errática. Al fin y al cabo, de origen divino o legal, justicia humana.

Muchos libros sagrados también dan testimonio de la imperfección de la justicia humana frente a la divina, e incluso invitan a tratar de evitar su gestión. Por ejemplo, en la Biblia Católica, los apóstoles Mateo y Lucas en sus respectivos Evangelios, nos recomiendan que, si te peleas con tu hermano, tan pronto como te sea posible arréglate con él, aún si vas ya de camino al juez, “no vaya ser que aquél te lleve a juicio y entonces pierdas hasta el manto”, consideración que confirma la visión que desde tiempo inmemoriales se tiene de la acción de la justicia humana, una justicia imperfecta, en la cual es posible recibir en administración de la misma cualquier cosa, justa, equitativa, o no.

El *Mercader de Venecia* de *Shakespeare*, algunos relatos del *Decamerón* de *Boccaccio*, *Robinson Crusoe* de *Defoe*, y muchas otras obras más de la literatura universal, además de entretenernos, nos ilustran a quienes no somos doctos en la ciencia del derecho o dotados del don y el arte de justicia, no sólo de su trascendencia abstracta y teórica, sino también de la importancia de su gestión, de su pragmatismo, de la manera en que se actualizan los conflictos entre hombres de carne y hueso, la verdadera y material gestión y realización del derecho para obtener lo que se cree propio o lo que ha de recaer como sanción resarcitoria o castigo.

Estas historias, además, nos cuentan del loable o perverso ejercicio de la justicia, de los espurios o más nobles instrumentos, medios y fines a ella vinculados, del arte de su invocación e interpretación, de la solución por vía de autocomposición y de la necesidad de un tercero para su resolución, así como finalmente del imprescindible estudio y ciencia en su ejercicio, o cuando menos de su experiencia, se reitera, todo ello de índole humana.

Estando así no muy alentadoras las percepciones y recomendaciones en cuanto a la justicia humana, es que allá por 1787, con motivo de la discusión federalista de los Estados Unidos de América, fue publicada una colección de artículos que a la postre se denominaron en su conjunto como *El Federalista*, artículos en los cuales se discutía sobre los atributos y fundamentos de la nueva Constitución que dicha nación se otorgaba.

De particular interés al trabajo que presento, es el Artículo número 78 escrito por *Alexander Hamilton*, en el cual, si bien se reconoce una entonces imperante debilidad de los “*servientes de Temis*” ~~en~~ a cualquier otro poder público, se vislumbra al Poder Judicial ya como la piedra toral y fundamento de la nueva idea de dicha nación, y a partir de su fortalecimiento como un verdadero poder independiente. Hamilton, concibe a los jueces como un ente impenetrable de cualquier influencia en su gestión, particularmente de cualquier otra rama del poder público e interés propio precario, vinculando el éxito en dicha gestión y expectativa a la permanencia en el puesto de quien lo encarna, para en dicha medida ser no sólo sustento de la enunciada división de poderes y garante de los derechos de la incipiente nación, sino una verdadera dignidad en representación de cada uno de los ciudadanos, y en su conjunto, de la soberanía de dicha nación.

Me atrevo a afirmar que para dicha nación, la meta fue lograda en forma tal que al día de hoy en los Estados Unidos de América, no existe cargo público de mayor respeto y dignidad que los vinculados al poder judicial de dicho país, personas, no dioses, héroes ni titanes, en las cuales reside y se deposita la total y plena confianza no sólo de la nación americana sino de extranjeros que ven en sus cortes un grado tal de certeza en medida tan superior a la que les correspondería en sus respectivas jurisdicciones, que convenientemente sujetan de manera voluntaria a los mismos, la resolución de sus controversias.

Hablemos ahora de la realidad, y para eso me valgo de dos estudios en concreto: Primero al Corruption Perception Index (“IPC”) de 2020 publicado por Transparency International y luego al World Justice Project (“WJP”) Rule of Law Index del año 2021, elaborado por World Justice Project.

El IPC es un índice que clasifica a 180 países y territorios según la percepción del nivel de corrupción en el sector público de cada uno de ellos según la opinión de expertos y empresarios. La escala empleada es de 0 a 100, donde el cero corresponde a corrupción elevada y el cien a corrupción inexistente. Sólo 39 Estados de Mundo de un total de 180 analizados, detentan una percepción de lucha y eficaz control de la corrupción superior a 60 puntos. Estados Unidos de América califica en términos generales con 67 puntos (lugar 25), y México con 31 (lugar 124).

En cuanto al WJP, dicho estudio mide año con año la eficacia y confiabilidad en la administración de justicia basado en la experiencia y percepción del público en general y de personas involucradas a la práctica del derecho en el mundo entero, presentando así un reporte de la administración de justicia en 139 países y jurisdicciones, proveyendo resultados generales y particulares sobre factores tales como ausencia de corrupción, justicia civil y criminal, derechos fundamentales, entre otros. En una escala de 0 a 1 en donde 0 es el mínimo y 1 es el máximo, sólo 44 países contaron con una calificación superior a .60. En el mismo estudio, los Estados Unidos de América fueron clasificados en general con un .69 (lugar 27) y México con .43 (lugar 113).

Evidentemente, el acceso y administración de justicia eficaz, pronta y expedita, es un elemento que incide en ambos índices y estudios, y en mayor o menor medida, se refleja en la calificación general que se comenta.

En este sentido, y como todo parece suceder en la vida según nos explica la novel física cuántica, la percepción de un hecho dependerá del observador, y tal de su particular posición en el espacio, en el tiempo. En sociología, me parece que podríamos hablar de la idiosincrasia, entendida ésta como los rasgos, temperamento, carácter, etcétera, distintivos y propios de un individuo o de una colectividad, se reitera, en un espacio y tiempo definidos.

En el entorno que se comenta, desde los ojos que lo observan y la idiosincrasia que me circunscribe, este trabajo es una respetuosa y personal apreciación sobre la efectiva y necesaria participación e intervención de las cortes, en este caso las mexicanas, supuesta o deseablemente “limitada” o “mínima” en los procedimientos arbitrales, abordando el tema específicamente en cuanto a los aspectos de la ejecución de las resoluciones finales (laudos) dictadas en los mismos, y concretamente cómo es que la facultad de participación en cuanto a la ejecución de los laudos dictados en los arbitrajes se interpreta por éste mismo que escribe, lo anterior a partir de la propia regulación mercantil mexicana (Código de Comercio “CoCo”) y las diversas resoluciones y criterios emitidos respecto de la misma por diversos tribunales mexicanos, todo ello en el entorno de un arbitraje administrado conforme al Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional (“Reglamento CCI”).

Como corolario de todo lo anterior, quiero terminar la introducción a este trabajo afirmando lo siguiente: Hay muchas justificaciones, válidas y críticas todas, para apartarse de la jurisdicción tradicional y optar por el arbitraje, sin embargo, parece que el problema como “perro tras su cola” siempre vuelve al punto de partida, pues si para la resolución de una controversia no fue invitada *Temis* y logró ser evadida, no lo será en condiciones de que la “fiesta” acabe en un desaguado, en el camino no se pongan los ofendidos de acuerdo, y a pesar de contar con una solución proveída *porun* tercero, el más justo y calificado, no se cuente con un cumplimiento voluntario por aquella de las partes que se vea afectado por el mismo, lo que implique necesariamente la ejecución forzosa del laudo y su análisis judicial.

En la fiesta del arbitraje, es posible que siempre haya una diosa entrometida, esa que a veces salva la fiesta y otras que la reduce a cenizas. Esa *Temis* en rostro de *Iknea* que denota su imperio y coercibilidad, es la que hoy en día se antoja imposible de verse evadida en búsqueda de una forzada eficacia arbitral. Es el monopolio por los Estados de la ejecución forzada de la justicia, la que la justifica. Es la que hoy pretendo explicar sin mayor afán.

II. ANÁLISIS.

Los contradictorios entre dos sujetos de derecho son tan antiguos en el mundo como la existencia propia de la humanidad, y la razón de su existencia tan natural, como sus relaciones de alteridad.

La vida en comunidad, incluso de sólo dos individuos, justifica la existencia de las contradicciones entre *el derecho propio y el ajeno*, y a partir de dicha alteridad, la razón de existencia del “*Contrato Social*” para el orden y progreso de la humanidad, acuerdo que implica la realización de una serie de renunciaciones de los individuos a fin de obtener una serie de prerrogativas colectivas que de otra manera no se materializarían.

En mayor o menor medida, los ordenamientos fundamentales del mundo, incluso con efectos programáticos y de interpretación evolutiva, plantean según el interés de cada nación e idea de Estado, una serie de principios básicos fundamentales elaborados a partir de las renunciaciones realizadas, prerrogativas exigidas y expectativas pretendidas por sus individuos, entre las cuales lógicamente se incluye derivado de la expectativa de una debida resolución de las controversias que se susciten en las relaciones de paridad, o de supra o subordinación, los términos y condiciones de la administración de justicia, abarcando el texto fundamental en este aspecto de su provisión, tanto las garantías sustantivas o procesales para su acceso, como sus instrumentos, sus procesos y el modo de su final realización, no sólo declarativa, sino en los casos de ser necesaria, eficazmente material.

En nuestro caso, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (“*CPEUM*”) prevé de manera clara y terminante no sólo el derecho a la propiedad privada, origen y sustento de la mayoría de las controversias mercantiles así como los derechos fundamentales vinculados a la administración de justicia inherentes a cada individuo entendidos como garantías de audiencia y legalidad, sino también la forma en que todos esos derechos sustantivos abstractos se materializarán en la resolución de los conflictos mediante el monopolio de la fuerza, de tal suerte que en el mismo ordenamiento fundamental en cita en su artículo 17, se hace patente tanto el propio monopolio de la fuerza coactiva del Estado, como la garantía de acceso a la jurisdicción de modo gratuito, así como la trascendente garantía de independencia judicial y plena ejecución de sus resoluciones.

En este sentido, la Carta Magna mexicana reconoce en beneficio del pacto estadual, por un lado que es el Estado Mexicano quien no sólo aportará los medios y procesos para la resolución de las controversias, sino quien se encuentra obligado a dar materialidad, en caso de ser ello requerido, al derecho abstracto contenido en una resolución, dado que es de orden público e interés social el cumplimiento de las resoluciones que constituyendo verdad legal (*res iudicata*) en su caso se dicten en resolución de controversias.

En cuanto a temas comerciales, la legislación mercantil por conducto del *CoCo* prevé para el caso de controversias de dicha índole, que la administración de justicia se realizará en los términos y condiciones que fije dicho ordenamiento, y establece que el procedimiento mercantil preferente por el cual se tramitarán dichas controversias será el que libremente convengan las partes, pudiendo ser un procedimiento convencional ante *Tribunales* o un procedimiento arbitral.

Respecto al procedimiento arbitral, el mismo *CoCo* lo incluye en el Libro V denominado “*De los Juicios Mercantiles*” mediante un Título Cuarto denominado a su vez “*Del Arbitraje Comercial*”. En dicho título, el legislador incluyó las disposiciones aplicables al arbitraje comercial nacional y al internacional, cuando el lugar del arbitraje se encuentre en territorio nacional, salvo lo dispuesto en los tratados internacionales de que México sea parte o en otras leyes que establezcan un procedimiento distinto o dispongan que determinadas controversias no sean susceptibles de arbitraje.

De dicha regulación, de particular interés son los artículos 1421 y los contenidos en el Capítulo IX del Libro en comento.

El artículo 1421 en cita, prevé el principio que en doctrina arbitral se conoce como “*Principio de Mínima intervención Judicial en el Arbitraje*”, principio que consiste medularmente en que, salvo disposición en contrario, en los asuntos sujetos a arbitraje, no se requerirá de intervención judicial, y cuando ella sea requerida, esto es casuísticamente y del modo menos invasivo posible, será competente para conocer el juez de primera instancia federal o del orden común del lugar donde se lleve a cabo el arbitraje.

Es el capítulo IX denominado “*Reconocimiento y Ejecución de Laudos*” el que prevé todo lo relativo al caso específico de intervención judicial en el arbitraje del que se pretende ocupar este análisis, y especialmente el artículo 1461 el que marca la pauta de inicio del mismo, pues conforme al principio de intervención judicial por excepción antes comentado, dicho precepto legal prevé expresamente que un laudo arbitral, cualquiera que sea el país en que haya sido dictado, si bien será reconocido como vinculante y ejecutado de conformidad con las disposiciones de dicho capítulo, sólo lo será después de la presentación de una petición por escrito al juez, lo que implica el caso no de mínima intervención durante el arbitraje, principio que se extingue justamente con el dictado del laudo, sino ya de trascendente intervención judicial en su ejecución, aunque siempre bien acotada a los específicos puntos previstos por Ley.

Este categórico que respecto del particular no hace sino evidenciar que la ejecución forzada de un derecho incuestionable por ser una *res iudicata* a favor de su titular, sea cual sea su soporte sólo será posible a partir de la acción coactiva de la fuerza por quien detenta su monopolio en mérito de la renuncia colectiva a la venganza privada realizada por todos los individuos que integran su elemento nacional, nos lleva a concluir en un primer momento que el arbitraje, si bien es una alternativa perfectamente instrumentada, un medio válido y en muchos casos enteramente deseable y justificado en muy diversas razones como vía idónea de evasión de la jurisdicción, y aún y cuando su resultado es equiparado plenamente en sus efectos a una tradicional *res iudicata*, también es cierto que pierde notablemente su alegada mayor eficacia y privilegios frente a los procedimientos jurisdiccionales y su resultado es frustrado, cuando necesariamente por cualquier motivo se ha de requerir no simplemente un efecto declarativo del laudo emitido sino una ejecución material forzada del mismo, incurriendo con ello en el indeseable caso de excepción de tener que acudir a la jurisdicción para lograr dicha materialidad, elemento trascendental y objetivo final de su implementación y existencia.

Los argumentos que se exponen en el párrafo que precede, si bien sustentan algunas de las más reiteradas y tradicionales críticas que al arbitraje se formulan, alegando así como “deficiencia” del proceso arbitral mismo estas condiciones, me parece que objetivamente analizadas no pueden considerarse como justamente formuladas, pues la crítica a la institución arbitral no puede ir más allá de aquello a lo que conforme a su naturaleza le es propio, de tal suerte que la crítica deviene en injusta cuando ella radica en un elemento que no está a su entera disposición y alcance y va más allá de sus atributos y medios.

En otras palabras, si se ha de criticar al arbitraje porque se requiere la ejecución del laudo dictado en el mismo y dicha ejecución es tortuosa, dicha crítica no puede ser exclusiva del indicado medio de resolución de controversias sino ha de ser realizada respecto de cualquier procedimiento previsto para ello en la legislación ordinaria que se desee, justamente por la misma circunstancia, porque todo procedimiento en las mismas condiciones requerirá una ejecución y ha de ser igualmente tortuosa.

En este sentido, en todo caso, la crítica al arbitraje debe radicar en el cuerpo del instrumento propio de la resolución de la controversia, quizá también en su fallo, más no en su ejecución material, pues dicha crítica incide y afecta no sólo la realización del derecho a partir del procedimiento arbitral, sino a partir de cualquier instrumento procesal creado por el hombre para el mismo efecto, y cuyo principal oponente no es otro que la impunidad.

Estando así las cosas, sólo modificando la conciencia colectiva en forma tal que todas las partes de un procedimiento cualquiera acepten su resultado y lo cumplan voluntariamente, o bien, cansados de tanta impunidad, como José Saramago imaginaba en una de sus novelas, alterando el pacto social a fin de derogar por falta de efectividad el monopolio del Estado en cuanto al eficaz ejercicio coactivo de la fuerza y generando en su lugar, en un ejercicio anárquico, medios coercitivos privados con todo lo que ello conlleve, sería en alguna manera posible dotar al procedimiento arbitral de los caninos necesarios que justifiquen una crítica como la que se formula a este medio de resolución de controversias a partir de la ejecución de sus fallos, al tornarlo sólo entonces de un medio alternativo para la resolución de controversias en una verdadera jurisdicción privada sujeta de tan férrea crítica, pero mientras ello no suceda (y esperamos que no lo sea), no podemos continuar intentando resolver el problema que nos ocupa criticando al instrumento, esto es al medio de resolución de la controversia, al ser el mal que se imputa y reconoce, una cuestión que afecta no sólo a éste sino a todos los instrumentos de solución de controversias, de donde habrá que dirigir los esfuerzos si bien públicos y privados por un lado a evitar la impunidad, y por otro, que es el que nos atañe, encaminar los esfuerzos jurídicos a aportar una mejor regulación a aquello que genérica y procesalmente denominamos, “Etapa de Ejecución”, y particularmente en el caso concreto, de los laudos arbitrales, respecto de los cuales, dado su origen diferente se regula de modo distinto al genérico proveniente de un órgano jurisdiccional, a fin de fomentar así una efectiva mancuerna entre arbitraje y jurisdicción.

En estas circunstancias, la crítica que hoy nos ocupa transformada en análisis, intenta no renunciar a aportar ideas para mejorar la eficacia de aquello que está en las manos de quienes estudiamos y participamos de la ciencia jurídica, de tal suerte que lo que se presenta en párrafos subsecuentes es un breve estudio desde el punto de vista de la legislación y de quienes la aplican, de la instrumentación procesal de la vía que legalmente se prevé para la ejecución judicial de un laudo, de tal suerte que una vez expuesta desde la perspectiva individual de quien escribe, finalmente presentar una respetuosa alternativa de interpretación a la regulación específica y en su caso una reforma legal a la misma, a fin de preservar al arbitraje en una posición no sólo privilegiada dependiendo del caso en cuanto al conocimiento de la *litis* y su tramitación, sino también en cuanto a la ejecución de sus fallos frente a los procedimientos jurisdiccionales.

Prevé el artículo 1471 del CoCo que, para el reconocimiento y ejecución de los laudos, no se requiere de homologación y que, salvo cuando se solicite el reconocimiento y ejecución como *defensa* en un juicio u otro procedimiento, el reconocimiento y ejecución se promoverán en el juicio especial a que se refieren los artículos 1472 a 1476.

Conforme al texto genérico de dicho precepto legal, tradicionalmente, para obtener la ejecución de un laudo se procede a implementar el procedimiento que se califica de “especial” previsto en dichos preceptos legales, lo que implica la necesidad de presentar una demanda, cumplir los requisitos de fondo y forma para ello, instaurar la relación jurídico procesal por efecto del emplazamiento del contrario, permitir la contestación de demanda y en su caso reconvenición con su respectiva contestación, permitir la dilación probatoria en caso de ser requerida y fase alegatoria, para finalmente después de todo esto, de ser apegado a derecho, obtener una sentencia que ordene la ejecución del laudo, sentencia que por precepto expreso de Ley, si bien resulta inatacable mediante recurso ordinario es impugnabile por vía de amparo biinstancial, pues según lo que se sostiene por la Primera Sala de nuestro Más Alto Tribunal y se comparte por quien escribe, no en cuanto a la procedencia del juicio de amparo sino en cuanto a su fondo, pues se alega que “... *el laudo arbitral constituye la culminación de un procedimiento seguido en forma de juicio, que vincula a las partes contendientes, quienes se sometieron a la decisión de un tercero en ejercicio de la autonomía de su voluntad, y en el juicio especial de referencia, sólo se dilucida lo atinente a la nulidad del laudo arbitral, o bien, su reconocimiento y ejecución; entonces, la sentencia en el juicio especial, cuya procedencia se limita a cuestiones adjetivas y no sustantivas, que se encuentran establecidas en formalimitativa, y que no tienden a la resolución del fondo de la controversia suscitada por las partes;...*” de donde concluye la Sala en cuestión que dicha sentencia será entonces “... *reclamable a través del juicio de amparo indirecto, de acuerdo con lo previsto en la fracción IV del artículo 107 de la Ley de Amparo, ya que esencialmente se trata de una resolución proveniente de un tribunal materialmente jurisdiccional, dictada en un procedimiento especial seguido después de que concluyó la controversia principal, en el caso, el procedimiento arbitral que resolvió las pretensiones de los interesados.*”, cuestión esta última que no se comparte puesto que ello se parece más a una etapa de ejecución de sentencia o vía de apremio con reglas de procedencia del juicio de amparo más específicas, que a uno de conocimiento.

A todo lo anterior hay que sumar el texto del artículo 1343 del mismo CoCo en cita, en virtud del cual no puede procederse a la ejecución de una sentencia sin que esta haya causado ejecutoria, lo cual sucede sólo cuando la misma no pueda ser recurrida por ningún otro medio ordinario o extraordinario de impugnación, cualquiera que sea el interés que en el litigio se verse, de tal suerte que la verdadera ejecución del laudo no inicia sino hasta que se concluye con este procedimiento especial e incluso la de su juicio constitucional en sus dos instancias caso de haber sido promovido, existiendo además un criterio que prevé que, por más que sea considerado el propio laudo como un título que trae aparejada ejecución en términos del artículo 1391 del CoCo, resulta imposible iniciar el procedimiento especial que se comenta con un aseguramiento precautorio. Por si esto fuera poco, habría que analizar la procedencia de juicios de garantías específicos contra supuestas violaciones incurridas en la etapa ya propia de ejecución del procedimiento especial de ejecución, y en su caso enfrentar los procedimientos de amparo tramitados respecto de dichos supuestos.

Estando así las cosas, y sin hacer mayor hincapié en los polarizados criterios interpretativos que se han emitido por nuestros más altos tribunales respecto de las normas que rigen el particular, pareciera que en la aplicación e interpretación por nuestros tribunales de los artículos antes indicados, no ha podido prevalecer o imperar una clara y homogénea directriz de conocimiento y tratamiento que provoquen una uniformidad de criterio, mucho menos sustentada o conforme al análisis y aplicación de los principios arbitrales *Pro-enforcement bias* y *Pro-arbitraje*, así como los jurisdiccionales *pro actione* y *pro homine*, y de pronta y eficaz administración de justicia.

En mi opinión, la situación que prevalece deberá ser superada bien con el constante y reiterado ejercicio profesional que sustentado en las condiciones imperantes en la actualidad que han fomentado en forma predominante la tramitación de arbitrajes, pudieran llegar a generar criterios novedosos y correctamente aplicados, o bien con una reforma que aclare el particular.

En primer lugar, comenzaré por referirme a la que se considera necesaria y debida vía de tramitación del procedimiento de ejecución del laudo arbitral, la cual se dirige tradicional, directa e indefectiblemente, por vía del procedimiento especial previsto en los artículos 1472 a 1476 del CoCo.

Respecto del particular, según lo dispuesto en el artículo 1471 del CoCo, considero que la tramitación del procedimiento especial sólo es justificada, según el propio artículo lo pondera, cuando se solicite el reconocimiento y ejecución del laudo, pero como defensa en un juicio u otro procedimiento, de donde el reconocimiento y ejecución de un laudo que no tiene tales condiciones por fin, supone por tanto una vía de tramitación distinta, preferente y más idónea a sus fines y objetivos.

En este tenor, si un laudo es inapelable y definitivo y equivalente a una *res iudicata*, y no se requiere homologación para proceder a su ejecución, entonces la gestión de su ejecución forzosa debería ser tramitada en una vía mucho más benéfica y destacada, lo que en términos del artículo 1391 fracción I del CoCo, podría considerarse en mi opinión posible mediante la tramitación de un procedimiento ejecutivo por el que pueda comenzarse desde su inicio con el aseguramiento precautorio del resultado del propio laudo, y contra el cual sólo procedan excepciones limitadas, en la especie, aquellas previstas en el artículo 1403 del *Código de Comercio*, y en su caso, la acción propia de nulidad de laudo arbitral.

A mayor abundamiento, si pudiera fomentarse una reforma a la regulación, probablemente sería deseable contar para la tramitación de la ejecución del laudo arbitral comercial con un procedimiento semejante a la vía de apremio prevista para la ejecución de sentencias arbitrales por el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal (hoy Ciudad de México) por virtud de la cual, según los artículos 504 y 505 de dicho ordenamiento, se procedería directamente a la ejecución de la sentencia arbitral en la vía de apremio o conforme las reglas del juicio ejecutivo, y en contra de su ejecución, sólo serían atendibles las limitadas excepciones previstas en el artículo 635 del mismo ordenamiento. Esto haría más ágil el procedimiento, daría más certeza jurídica a la ejecutante interesada y la percepción de un avance lineal y no en círculos en la materialización de su derecho, considerando al procedimiento de ejecución de laudo arbitral más que como un procedimiento, como una etapa de ejecución.

Esta consideración incide en la visión y regulación del derecho de impugnación en el procedimiento arbitral, respecto del cual la provisión de irrecurribilidad de la sentencia por vía de recurso ordinario es un acierto, sin embargo la consideración de la procedencia del juicio de garantías en contra de la misma a mi parecer deviene en inadecuada, ya porque como hemos dicho, el procedimiento especial no aparece como la vía idónea para todos los casos de ejecución de laudo, y por tanto su procedencia genérica y no sólo para los casos limitativos del artículo 1271 es indebida, sino también por otro, pues también se reitera, si la sentencia arbitral (laudo) es una *res iudicata* y la materia del procedimiento de homologación su ejecución, la procedencia del juicio de garantías ha de estimarse debida contra la última resolución dictada en el mismo, pero no contra las intermedias dictadas en el mismo, de tal suerte que sea procedente el juicio de garantías únicamente en los casos expresamente previstos paratales efectos, a saber la violación a derechos sustantivos de modo predominante e irreparables.

La simple consideración de estas dos cuestiones en las formas apreciadas devolvería a la sentencia arbitral (laudo) la dignidad perdida frente a su homóloga jurisdiccional, y la colocaría en identidad de condiciones, no menoscabadas sino privilegiadas respecto de la ejecución de éstas últimas, lo que fomentaría no sólo el principio de mínima intervención judicial en el proceso arbitral, sino por el contrario, respecto de la ejecución de laudos, ampliaría su espectro de aplicación al suficiente, pertinente, acotado y efectivo auxilio del imperio judicial en la materialización del derecho contenido en los mismos.

III. CONCLUSIONES

PRIMERA. Esos tiempos en que órganos y participantes de la jurisdicción criticaban la institución del arbitraje y sus adeptos, y viceversa, deben necesariamente quedar en el pasado, y mientras el monopolio de la fuerza pública sea un elemento del Estado Moderno, aprender a subsistir en beneficio mutuo.

SEGUNDA. El arbitraje, ya sea comercial e incluso de inversión, si bien especializa, mejora, y hace más eficiente la resolución de una controversia, siempre presenta el problema irresoluto de una imposible ejecución forzosa privada, en la que el poder público por conducto de las Cortes no participe. La reticencia o confianza a la necesaria, limitada, deseable o indeseable participación, nuevamente, dependerá de la circunstancia particular ahora de las partes y su entorno, de donde el arbitraje no es un sistema, ni una solución absoluta, simplemente es una alternativa en la gestión de una controversia que cuenta con ciertos elementos característicos que justifican evitar en mayor o menor medida, circunstancias y riesgos inherentes o conexos a la propia gestión jurisdiccional de la controversia y respecto de partes específica, que las propias partes estiman perjudiciales.

TERCERA. La aseveración “el arbitraje no es para todos”, debe interpretarse en un sentido extensivo a fin de no sólo referirse a sujetos ni a controversias, sino también jurisdicciones, pues además del perfil de las partes y de la controversia, el factor de la jurisdicción natural de la controversia deberá ser determinante, pues en el caso de controversias a las que corresponda naturalmente jurisdicciones con un alto grado de eficacia regulatoria, baja corrupción y baja impunidad, probablemente la justificación del arbitraje sea menor o distinta (por ejemplo, por confidencialidad, especialidad de los resolutores o celeridad del proceso) a jurisdicciones que cuenten con los atributos contrarios, lo que justificará en mayor medida su empleo, y el acotamiento de la participación jurisdiccional al menor grado posible.

CUARTA. Atendiendo al elemento enteramente casuístico que a cada parte, relación comercial, jurisdicción y controversia distingue una de otra, me arriesgo así a ponderar por un lado que, la existencia de controversias entre partes que incluyen en sus políticas empresariales el cumplimiento irrestricto de laudos, jurisdicciones con un ejercicio cuestionable o poca confiabilidad, necesidades particulares de confidencialidad, libre producción de las reglas del procedimiento o especialización en quienes dictan la resolución, y relaciones comerciales que pudieran fomentar controversias que representen cuestiones declarativas, cumplen en mayor o menor medida según se sumen uno a uno los elementos antes indicados, con una perspectiva deseable de sometimiento de las controversias que resulten por Tribunales Arbitrales, en tanto que lo contrario a lo ponderado tendrá que ser sometido a un ejercicio de discernimiento mayor en cuanto a la conveniencia de optar por el arbitraje como una opción eficaz de resolución de controversias, y descartarlo por sistema.

QUINTA. Dada la importancia y trascendencia de la participación jurisdiccional en el Arbitraje, el denominado principio de “Mínima Intervención Judicial en el Arbitraje”, debe ser interpretado en cuanto al acotado y restringido ámbito de intervención, más no de su importancia y trascendencia.

SEXTA. La jurisdicción mexicana interpreta y gestiona activamente al procedimiento de Ejecución de Laudo Arbitral, de manera semejante a un procedimiento de homologación y ejecución de sentencia dictada en el extranjero, esto es como un procedimiento accesorio, no autónomo y sin contenido propio.

SÉPTIMA. A fin de dar eficiencia al procedimiento de ejecución, debe considerarse como procedimiento especial únicamente para el caso específico para el cual es considerado, y tramitarse en una vía privilegiada, que permita asegurar desde un inicio lo que el laudo definitivo concede y enfrentar los menores obstáculos posibles, ya en la tramitación ordinaria (excepciones y recursos) o bien extraordinaria (acotando la procedencia del juicio de amparo a partir de su naturaleza).

[Descarga de artículo incluyendo citas](#)

ARBITRAJE Y PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR: *¿TERTIUM NON DATUR?*



PALABRAS CLAVE: Arbitraje, acuerdo arbitral, *compétence-compétence*, efecto negativo del acuerdo arbitral, efecto negativo de *compétence-compétence*, protección al consumidor, acciones colectivas.

SUMARIO: Las inquietudes suscitadas por acuerdos arbitrales en actos sujetos a la legislación de protección al consumidor y las acciones colectivas han sido enfrentadas por jurisdicciones distintas definiendo cuál prevalece: el derecho arbitral o la protección al consumidor y acciones colectivas. Este ensayo propone que existe una mejor visión: que coexistan. La idea se defiende analizando el estado de la cuestión, y las implicaciones de ambas teorías.

Francisco González de Cossío

SUMMARY: *Arbitration agreements in relations subject to consumer protection law and allowing for class claims provoke a dilemma. Different jurisdictions have tackled the said dilemma by assessing which prevails: arbitration or consumer protection. This essay posits that a better view exists: their coexistence. To defend the view the implications of both theories are assessed.*

I.	ESTADO ACTUAL DE LA CUESTIÓN	177
A. Prevalencia de la Protección al consumidor	177
B. Prevalencia del Derecho Arbitral	178
C. Implicaciones	180
1.	Protección al consumidor	180
2.	Arbitraje	181
3.	Conclusión: en análisis de prevalencia es subóptimo	181
II.	PROPUESTA	181
A.	Protección al Consumidor	182
B.	Acciones colectivas.....	182
C.	Arbitraje.....	183
1.	Derechos distintos	184
2.	Arbitrabilidad	184
3.	Orden público	184
III.	LA TESIS DE COEXISTENCIA ES PREFERIBLE AL ANÁLISIS DE PREVALENCIA	
	185
A. Postulado	185
B. Idea en ciernes en México	186
1.	Caso	186
2.	Criterio de la Primera Sala de la Suprema Corte	187
3.	Comentario	188
C. Deseable	191

El acuerdo arbitral genera dilemas cuando consta en actos jurídicos con implicaciones en derecho de protección al consumidor (incluyendo acciones colectivas). Las soluciones a dichos dilemas han oscilado entre privilegiar ya sea al arbitraje o la protección al consumidor. Este ensayo

propone que existe una mejor visión: su coexistencia. El análisis de prevalencia de una disciplina por encima de otra arroja resultados subóptimos: ponen en tela de juicio los objetivos de una u otra disciplina. Propongo—y someto al mercado de las ideas—que no tiene por qué ser así: existe una tercera vía: que coexistan. Dicha alternativa tiene el mérito que el bien tutelado de cada una es respetado y logrado sin tener que sacrificar los objetivos de cada disciplina. Ello redundaría en más derechos, lo cual es deseable siempre, particularmente cuando ante partes débiles o protegidas (como es el caso del consumidor). Dicha visión no requiere modificación legal alguna, solo un cambio de aproximación. Para explicar cómo lograrlo, a continuación expongo el problema (§I), los resultados observados (§II), para abogar a favor de la tesis de coexistencia (§III).

I. ESTADO ACTUAL DE LA CUESTIÓN

La existencia de acuerdos arbitrales en actos sujetos a la legislación de protección al consumidor y en situaciones que permiten acciones colectivas lleva algunos años suscitando inquietudes. Jurisdicciones distintas han enfrentado el dilema que ello genera y se observa que, al día de hoy, la respuesta ha consistido en analizar cuál prevalece: el derecho arbitral o la protección al consumidor y las acciones colectivas. Y mientras que a veces ha prevalecido una (§A), a veces otra (§B). Ello tiene implicaciones lamentables (§C).

A. Prevalencia de la Protección al consumidor

El derecho de protección al consumidor y las acciones colectivas son importantes. Aunque no es el lugar para agotar su régimen y objetivos, dejar constancia de su importancia es de utilidad para los fines de este ensayo y la idea que defiende.

El derecho de protección al consumidor busca evitar abusos de la clase industrial sobre la clase consumidora. Abusos que no solo son probables, sino frecuentes—y serios: hacer malos productos puede ser muy lucrativo. Y en ausencia de un régimen que permita aglomerar el costo pulverizado que resiente la clase consumidora, el productor de productos malos puede contar en que el costo individual de hacer valer un derecho funcionará a su favor: el consumidor que compre un producto defectuoso encontrará en la practicidad un argumento suficiente para no hacerlo valer. Un ejemplo puede ser ilustrativo.

Imagine el lector que compra una licuadora marca X por la que paga 390 pesos. Al instalarla se percató de que no sirve. Recurre al canal de distribución. Éste le contesta que no es el productor. Que el productor puede encontrarse en cierto sitio, mismo que se ubica en una dirección lejana; que implica un viaje de una hora de distancia. El análisis que necesariamente realizará el consumidor es si vale la pena incurrir en el costo para hacer valer su derecho. Una opción es presentar una reclamación ante las autoridades de protección al consumidor. Pero ello también tiene un costo. Y

ambos costos serán multiplicados por la probabilidad de que arrojen un resultado positivo. De ser efectiva y enérgica la respuesta de las autoridades de protección al consumidor, el deseo de recurrir a ellas será mayor—y viceversa. Si bien existen consecuencias que militan en favor de considerar que no es en el mejor interés del productor incurrir en esa forma de hacer negocios, tanto la experiencia como el análisis conductual enseña sin embargo que ocurren. Y el que el consumidor no esté ávido de incurrir en los costos para hacer valer derechos hace sensata tal estrategia de negocios. Es ante ello que la ingeniería jurídica concibió las acciones colectivas: como un mecanismo para aglutinar un costo otrora disperso. La herramienta de las acciones colectivas, cuando bien diseñada, permite concentrar el costo en *un* frente, permitiendo su adjudicación gracias a que el costo de hacer valer el derecho se individualiza con economías de escala. Ello permite canalizar la asunción de costo a quien lo genera—un disuasivo poderoso de conducta incorrecta.

B. Prevalencia del Derecho Arbitral

El arbitraje es el medio de solución de controversias idóneo y más exitoso para cierto tipo de disputas. Cuando éstas detonan cuestiones de protección al consumidor, surge la duda sobre si éstas serán consideradas por el árbitro—de hecho, si el árbitro debe siquiera considerarlas. Después de todo, el árbitro es el juez del contrato, no el órgano protector del consumidor.

Esta última apreciación invita considerar que de detonar la relación cuestiones de protección al consumidor, deben activarse los recursos que dicha *lex specialis* contempla. Ello sin embargo puede verse obstruido por el efecto negativo del acuerdo arbitral.

El efecto negativo del acuerdo arbitral y el efecto negativo de *compétence-compétence* son la pieza clave de la efectividad del arbitraje. Lo que garantiza que el pacto de arbitrar no será burlado por una parte que demande en un foro diverso o que intente burlar la jurisdicción del tribunal arbitral mediante una de las (diversas) tácticas que la experiencia enseña que las partes recalcitrantes utilizan para intentar frustrar el funcionamiento de acuerdos y procesos arbitrales.

El efecto negativo del acuerdo arbitral detona sin embargo una preocupación en materia de protección al consumidor: denegación de justicia: que el costo del arbitraje tendrá por efecto vedar *de facto* reclamaciones. Y que ello tendrá por efecto restar eficacia a los objetivos del régimen de protección al consumidor. La preocupación es válida: el derecho de protección al consumidor y las acciones colectivas tienen una función que cumplir. Y su burla puede ser extremadamente lucrativa.

Como puede observarse, estamos ante un dilema: ¿cuál debe prevalecer? ¿La protección al consumidor o el arbitraje?

Usando como premisa el efecto negativo de *compétence-compétence* y el principio *favor arbitrandum* casos diversos han sostenido que debe privilegiarse al arbitraje. Por ejemplo, en *ATT*

v Concepcion la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos privilegió el foro arbitral cuando ante una acción colectiva. Sus antecedentes fueron los siguientes. El juez de Distrito y el tribunal de apelación del noveno circuito sostuvieron que el acuerdo arbitral era “*unconscionable*” pues obstruía acciones colectivas. La Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos atrajo el caso y sostuvo que la §2 de la FAA desplazaba dicho *common law*. No hacerlo sería contrario al principio *favor arbitrandum*. Es útil destacar algunas premisas de su razonamiento:

- (1) **El principio a favor del arbitraje:** Sostener lo contrario implicaría ir en contra del principio *favor arbitrandum*, mismo que encuentra apoyo en una estela de casos de dicho alto tribunal que sostienen que:

“courts must place arbitration agreements on an equal footing with other contracts, and enforce them according to their terms”

[“los tribunales deben colocar los acuerdos arbitrales a la par de otros contratos y hacerlos cumplir de acuerdo a sus términos”]

- (2) **Los objetivos del arbitraje:** Que:

“A prime objective of an agreement to arbitrate is to achieve ‘streamlined proceedings and expeditious results’ which objective would be “frustrated” by requiring a dispute to be heard by an agency first.”

[“Un objetivo primordial de un acuerdo arbitral es lograr ‘procedimientos simplificados y resultados expeditos’. Dicho objetivo se “frustraría” al requerir que una disputa sea escuchada primero por una agencia”]

- (3) **La flexibilidad del arbitraje:**

“In bilateral arbitration, parties forgo the procedural rigor and appellate review of the courts in order to realize the benefits of private dispute resolution: lower costs, greater efficiency and speed, and the ability to choose expert adjudicators to resolve specialized disputes.”

[“En el arbitraje bilateral, las partes renuncian al rigor procesal y a la revisión de apelación de los tribunales para aprovechar los beneficios de un procedimiento privado de resolución de controversias: menores costos, mayor eficiencia y rapidez, y la capacidad de elegir árbitros expertos para resolver disputas especializadas”]

Algo semejante ocurrió en Francia. Los casos *Jaguar* y *Rado* decidieron a favor del arbitraje. Mientras que el primero involucró la compraventa de un auto de lujo de serie limitada, el segundo involucró la apertura y mandato de gestión de una cuenta. En el primero se razonó que la cláusula arbitral prevalecía dada su independencia. En el segundo se razonó que, en ausencia de una nulidad manifiesta, la cláusula arbitral debe prevalecer en virtud de su independencia. En ambos se dijo que

los árbitros deben observar el orden público y están bajo el control del juez de nulidad en cuanto a su jurisdicción y la arbitrabilidad de la materia.

Dicha visión recientemente cambió. En *PWC v Lefebvre* la Corte de Casación francesa sostuvo que, aunque el contrato base de la acción haya contenido un acuerdo arbitral, en la medida en que el destinatario de los servicios en Francia era un consumidor, podía presentar su acción ante el juez. En sus palabras:

“La société d’avocats PWC dirigeait son activité professionnelle au-delà de la sphère territoriale ... a une clientèle internationale, domiciliée notamment en France, de sorte qu’en sa qualité de consommateur, Mme Lefebvre, domiciliée en France, pouvait porter son action devant les juridictions françaises...”

[“La sociedad de abogados PWC dirigía su actividad profesional más allá del ámbito territorial... tiene una clientela internacional, domiciliada particularmente en Francia, por lo que en su calidad de consumidora, la Sra. Lefebvre, domiciliada en Francia, podía ejercitar su acción ante los tribunales franceses...”]

Como resultado de ello, la consecuencia es que:

“La règle procédurale de priorité édictée par ce texte ne peut avoir pour effet de rendre impossible, ou excessivement difficile, l’exercice des droits conférés au consommateur par le droit communautaire que les juridictions nationales ont l’obligation de sauvegarder”.

[“La regla procesal de prelación establecida por este texto no puede tener por efecto hacer imposible, o excesivamente difícil, el ejercicio de los derechos conferidos a los consumidores por el derecho comunitario que los tribunales nacionales están obligados a salvaguardar”]

La “regla de prioridad procesal” a la que se refiere tal párrafo es nada más y nada menos que el principio de remisión al arbitraje, que busca hacer cumplir el principio de *compétence-compétence*.

La Corte de Casación confirmó la decisión de la Corte de Apelación en el sentido que dejó de lado la cláusula arbitral por considerarla “abusiva” con miras a asegurar la plena eficacia del derecho comunitario de protección al consumidor (“...il incombe d’assurer la pleine efficacité du droit Communautaire de protection du consommateur”).

C. Implicaciones

Privilegiar una *lex specialis* por encima de otra tiene implicaciones.

1. Protección al consumidor

De optar por privilegiar al derecho de protección al consumidor (incluyendo acciones colectivas) se frustra la voluntad de las partes de encausar vía arbitraje la solución de sus problemas. Se “neutraliza el efecto negativo de *compétence-compétence* a nombre de la protección del consumidor”, como dice Seraglini. La decisión de recurrir al arbitraje suele obedecer a una forma de gestionar el riesgo jurídico. Al dejarla sin efectos—resultado de hacer prevalecer la legislación de protección al consumidor—, se desmorona el acto de gestión, generando incertidumbre jurídica.

2. Arbitraje

Privilegiar el arbitraje por encima del derecho de protección al consumidor tiene por efecto descobijar al consumidor de la protección que le brinda el derecho de protección al consumidor. Ello pues el costo del arbitraje se torna en un disuasivo efectivo de una acción que busque vindicar un derecho del consumidor. Ello frustra los mecanismos que el Derecho ha ideado para atender el interés de la clase consumidora (como las acciones colectivas) cuando ante actividad que la lesiona.

Ello a su vez genera un segundo efecto negativo (que no veo que haya sido citado o explorado pero que como creyente en el arbitraje me preocupa): que el arbitraje sea percibido por la clase consumidora como la forma en que las grandes empresas despojan de efectividad un régimen que les estorba, y que resguarda al consumidor. Que los cuida. Y que dada la forma en que el arbitraje es asimilado en otras áreas, ello lastime un concepto jurídico que tiene mucho valor que brindar.

3. Conclusión: el análisis de prevalencia es subóptimo

Como puede observarse, el análisis de prevalencia es subóptimo. Descuida. Sacrifica. Exige un análisis de superioridad de un interés por encima de otro, lo cual invita debates que son innecesarios y no son constructivos.

El análisis de prevalencia no es obligatorio. Existe una tercera vía. Todo el análisis visible al día de hoy recuerda el principio Aristotélico de tercero excluido: *o es o no es: tertium non datur*. Existen ocasiones en que hay una tercera vía para enfrentar un dilema, en cuyo caso el dilema que se expone es falso. Este es nuestro caso—como a continuación explico.

II. PROPUESTA

Propongo, y someto al mercado de las ideas, que existe una mejor visión. Una que supera los obstáculos inherentes al análisis de prevalencia. Uno que evita las (nefastas) consecuencias descritas: la coexistencia de las disciplinas.

La protección al consumidor, las acciones colectivas y el arbitraje son conceptos jurídicos que tutelan intereses distintos que no tienen por qué enfrentarse, mucho menos supeditarse.

Cuando un acto jurídico las hace aplicables a todas, propongo que se entienda que lo que existe son regímenes *aditivos*, no *excluyentes*, que ofrecen a las partes (particularmente al consumidor) opciones.

Ante una diferencia el consumidor puede recurrir al régimen (incluyendo autoridades, en su caso) de protección al consumidor, puede también ser parte de una acción colectiva (ya sea implícita o explícitamente); puede además vindicar un derecho contractual en arbitraje. ¿Cómo? Aceptando que una cuestión contractual sea encausada en arbitraje sin perjuicio de que, si el contrato detona una arista de protección al consumidor, ésta se ventile ante el régimen de protección al consumidor. Y si ocurre una acción colectiva, que la existencia de una cláusula o proceso arbitral no la impida.

La idea propuesta puede encontrar asidero en el régimen de derecho arbitral que ya existe. No requiere cambio legal alguno, solo una relectura del mismo. Para explicar por qué, detallaré cómo las piezas conceptuales de cada disciplina— consumidor (§A) y acciones colectivas (§B) y arbitral (§C)—permiten justificar el postulado conceptual.

A. Protección al Consumidor

Los regímenes de protección al consumidor incluyen tanto un régimen sustantivo, a veces uno adjetivo, de derechos y obligaciones que resguardan los derechos e intereses del consumidor, como autoridades encomendadas con la misión de cerciorar el respeto de los derechos del consumidor. En el caso mexicano, lo son la Procuraduría Federal del Consumidor y la Secretaría de Economía. La Procuraduría tiene como misión promover y proteger los derechos e intereses del consumidor. Con dicha finalidad, tiene facultades diversas, algunas severas, incluyendo la de dirimir disputas entre los consumidores y proveedores.

Dicha actividad no solo no puede ser realizada por un árbitro comercial, no es propia del árbitro, cuya naturaleza y misión es distinta: ser el juez del contrato; no ejercer *imperium* para cerciorar la observancia de un régimen regulatorio. Ello se contrasta con la naturaleza regulatoria (inclusive punitiva) de una autoridad de consumidor.

Por consiguiente, conforme al derecho de protección al consumidor, su aplicación corresponde a las autoridades a quienes se confía dicha labor, no a un árbitro comercial.

B. Acciones colectivas

Una acción colectiva permite que un “representante” acuda a órganos jurisdiccionales en defensa de derechos o intereses colectivos. El objetivo es obtener reparación de daño mediante indemnización. El régimen en México está disperso en diversos cuerpos normativos: Código Federal de Procedimientos Civiles (“CFPC”), Código Civil Federal (“CCF”), Ley Federal de Competencia Económica (“LFCE”), Ley Federal de Protección al Consumidor (“LFPC”), Ley Orgánica del Poder

Judicial de la Federación (“LOPJ”), Ley General de Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente (“LGEEPA”), Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros (“LPDSF”). El artículo 17 de la Constitución dice:

El Congreso de la Unión expedirá las leyes que regulen las **acciones colectivas**. Tales leyes determinarán las materias de aplicación, los procedimientos judiciales y los mecanismos de reparación del daño. **Los jueces federales conocerán de forma exclusiva** sobre estos procedimientos y mecanismos.

(énfasis añadido)

La fracción VII del artículo 53 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la federación establece que:

Los jueces de distrito civiles federales **conocerán**: ... De las acciones colectivas a que se refiere el Libro Quinto del Código Federal de Procedimientos Civiles ...

(énfasis añadido)

El artículo 578 del CFPC señala:

La defensa y protección de los **derechos e intereses colectivos será** ejercida ante los **Tribunales de la federación** con las modalidades que se señalen en este Título, y sólo podrán promoverse en materia de relaciones de consumo de bienes o servicios públicos o privados y medio ambiente.

(énfasis añadido)

Como puede observarse, en México, las acciones colectivas son de competencia *exclusiva* de tribunales judiciales federales.

El objetivo de las acciones colectivas es tutelar derechos e intereses difusos; colectivos. Derechos que de otra manera quedarían excluidos del sistema de justicia. Dicho objetivo no tiene por qué ser supeditado o anesthesiado por la existencia de un acuerdo arbitral. De ocurrir, se privaría al consumidor de una herramienta que le tutela. Y lo inverso es igualmente cierto: la existencia de una acción colectiva no debe tener por efecto que el acuerdo arbitral quede sin efectos: el derecho a encausar al arbitraje una diferencia derivada de un acto jurídico que podría dar el derecho al consumidor a ser parte de una clase en una acción colectiva no es motivo para privarle de la (valiosa) posibilidad de recurrir al arbitraje para encausar su disputa. Tomar esta postura adolecería de concluir algo que no es obligado, restando un derecho por la existencia de otro. Lo único que merece atención es la posibilidad de doble cobro—lo cual quedará atendido con las medidas que se proponen en §III.A *infra*.

C. Arbitraje

La aplicabilidad del derecho de protección al consumidor, incluyendo acciones colectivas, no tiene por efecto el que el acuerdo arbitral no arroje consecuencias jurídicas. Ello pues se trata de materias distintas, que no tienen por qué mezclarse (§1), una de las cuales es inarbitrable (§2), sin que sea necesario abordar la cuestión del orden público (§3).

1. Derechos distintos

El derecho a la protección al consumidor es diverso al derecho aplicable al acto jurídico. Se trata de una capa regulatoria que rige por encima del derecho que nutre la existencia, validez, cumplimiento y otros aspectos del acto jurídico del cual es parte el consumidor. Mientras que el derecho de la protección al consumidor está o puede estar sujeto a una jurisdicción exclusiva (y por ende fuera del alcance de la jurisdicción del árbitro), el derecho sustantivo está claramente dentro de la jurisdicción del árbitro. Mientras que la autoridad de protección al consumidor se circunscribirá a aplicar el derecho de la protección al consumidor, el árbitro aplicará el resto del derecho aplicable.

2. Arbitrabilidad

El derecho de protección al consumidor está *in natura* fuera del alcance del acuerdo arbitral por el hecho que versa sobre un régimen no contractual sino regulatorio que brinda derechos al consumidor que tienen como origen una fuente diversa al contrato: en el caso mexicano, la Ley Federal de Protección al Consumidor. Por consiguiente, *no es arbitrable*. Si no es arbitrable, una cláusula arbitral no tiene por qué vedar una acción que hace valer un derecho de protección al consumidor. Conforme a derecho arbitral, el radio de acción de un acuerdo arbitral no alcanza las materias no arbitrables.

3. Orden público

Existe espacio para argumentar que el orden público, como causal de nulidad o no ejecución de laudos, es relevante para la cuestión que analizamos. Que el juez de nulidad, como controlador de la regularidad del laudo en el contexto de su inserción en el orden jurídico mexicano, verifique que no se burla u ofende el orden público mexicano.

Ello no es evidente, sin embargo. El orden público está conformado por las nociones más elementales de justicia y moralidad. La Suprema Corte de Justicia Mexicana lo ha definido como: “las instituciones jurídicas del Estado, principios, normas e instituciones que lo conforman que trascienden a la comunidad por lo ofensivo y grave del yerro cometido en la decisión. El mecanismo a través del cual el Estado impide que ciertos actos particulares afecten intereses fundamentales de la sociedad.”

Como puede observarse, se trata de un estándar alto. Por ende, es cuestionable que el régimen de protección al consumidor actualice dicho concepto jurídico.

Hay quien ha propuesto soluciones al dilema que aquí tocamos que pueden ser citadas en el contexto de orden público. El Profesor Maximin de Fontmichel escribió una obra profunda, inteligente y elegante titulada EL DÉBIL Y EL ARBITRAJE (*Le faible et l'arbitrage*). Su preocupación es la idoneidad del arbitraje en áreas en las que existe una asimetría que pueda propiciar una denegación de justicia. Su postulado: hay pasos que tomar para cerciorar que no ocurren abusos. Uno de ellos es precisamente orden público: matizar el nivel de revisión del laudo como parte del orden público para cerciorar que no se burla el 'orden público de protección', lo cual incluye nuestra materia: protección al consumidor.

La obra de Fontmichel merece ser leída y ponderada. Pero si se acepta la idea propuesta en este ensayo, toda la preocupación de Fontmichel es satisfactoriamente atendida: la coexistencia de regímenes tutela todas las esferas de la relación jurídica. Y si una de ellas tiene un sabor protector—como es el caso de la protección al consumidor y las acciones colectivas—estará adecuadamente amparada por la *lex specialis*. Así, evitamos tener que entrar en discusiones delicadas que pueden detonar otros problemas.

III. LA TESIS DE COEXISTENCIA ES PREFERIBLE AL ANÁLISIS DE PREVALENCIA

El análisis de prevalencia no solo genera problemas, no es obligado. Existe una alternativa—de allí el título de este ensayo. La expongo (§A), haciendo ver cómo la experiencia mexicana puede ser entendida en el sentido que la apoya (§B), para luego explicar por qué es preferible (§C).

A. Postulado

De lege ferenda propongo que se acepte que:

- (1) El derecho de protección al consumidor no deja de aplicar por la existencia de un acuerdo arbitral;
- (2) La acción colectiva no deja de ocurrir cuando ante un acuerdo arbitral, con o sin la participación de la parte obligada conforme a dicho acuerdo arbitral; y
- (3) El acuerdo arbitral no deja de ser válido y eficaz cuando ante una disputa entre las partes (del género que sí está dentro de su jurisdicción) por que existan aristas de protección al consumidor o una acción colectiva.

Ninguna de las disciplinas en juego (arbitraje, consumidor y acción colectiva) prevalece por encima de otra; coexisten. Los tres pueden (deben) arrojar efectos cuando concurren, y ello es beneficioso para todos. La tesis contraria resta derechos cuando podría sumarlos.

Así, cuando ante una acción colectiva, el acuerdo arbitral no deja de surtir efectos: ambas

acciones pueden coexistir. Y permitirlo redundaría en beneficio del consumidor: cuenta con más derechos; con más opciones. Interpretarlo así no es un paso intelectual estirado: Los derechos *individuales* se encausan conforme al mecanismo *individual* pactado. Los derechos *colectivos* se encausan conforme a la legislación de acciones *colectivas* especializada.

La única preocupación que puede suscitar la coexistencia de los tres mecanismos procesales es el peligro de doble cobro. Aunque el peligro existe, es importante no sobre-exponerlo. Una parte que al mismo tiempo sigue un arbitraje, realiza una denuncia de protección al consumidor y acepta ser parte de una acción colectiva podrá obtener fallos que logran cosas distintas. Por ejemplo, multas en la acción de protección al consumidor, una compensación pequeña en una acción colectiva, y órdenes de hacer y no hacer en arbitraje, incluyendo pago. En este último caso, debe tomarse en cuenta el monto obtenido en los demás mecanismos a título de indemnización, y considerarse en el monto cuyo pago se ordene en el último, compensándolo. Así, el peligro descrito se resuelve adoptando la siguiente solución: el fallo posterior compensa todo lo ya indemnizado.

B. Idea en ciernes en México

La idea propuesta puede ser ilustrada, anclada y defendida en base a un caso que se presentó en México, y la (atinada) respuesta judicial.

1. Caso

Sesenta y dos demandantes presentaron una acción colectiva en contra de un Club de Golf demandando (i) el cumplimiento de términos del contrato de membresía, mismos que aducían fueron modificados posterior y unilateralmente por el Club demandado; (ii) la declaración de que el contrato era de adhesión; (iii) la declaración que las cláusulas de modificación unilateral se tengan por no puestas; y (iv) bonificación por servicios deficientemente prestados.

El contrato de membresía contenía un acuerdo arbitral del Centro de Arbitraje de México (CAM).

El juez de primera instancia rechazó la demanda por considerarse incompetente razonando que el acuerdo arbitral le privaba de jurisdicción. Los demandantes apelaron argumentando *inter alia* que las acciones colectivas no son susceptibles de arbitraje. El tribunal de alzada confirmó, sosteniendo que la cláusula arbitral implicaba una renuncia para acudir a la jurisdicción. Razonó que la cláusula compromisoria implica la renuncia a cualquier procedimiento en el cual intervenga un órgano de Estado, tanto individual como colectivo. Fundamentó la conclusión en la contradicción de tesis 51/2005-PS, indicando que la competencia de los árbitros proviene de la autonomía de la voluntad, y que ello no viola el artículo 17 Constitucional pues los derechos pueden ser hechos valer en dicho foro, lo cual está expresamente permitido por el ordenamiento jurídico.

La decisión del juez de alzada constituyó el acto reclamado que dio lugar a un amparo directo que la Suprema Corte de Justicia atrajo por considerar que ello entrañaría fijar un criterio de importancia y trascendencia para el orden jurídico nacional.

Algo digno de mención respecto de la solicitud de atracción es que uno de los ministros hizo la siguiente apreciación:

¿Existen derechos fundamentales de los consumidores, y al ejercicio de las acciones colectivas?

¿Es válida la cláusula arbitral que en contratos de adhesión compromete derechos fundamentales de los consumidores?

¿Las acciones colectivas son competencia de los jueces federales independientemente de que el contrato base de la acción estipule una cláusula arbitral?

El caso fue turnado a la ponencia de Don José Ramón Cossío.

2. Criterio de la Primera Sala de la Suprema Corte

La Primera Sala de la Suprema Corte planteó la cuestión a decidir así:

¿puede la autoridad judicial de primera instancia fundar oficiosamente su incompetencia para no conocer del procedimiento colectivo en la existencia de una cláusula arbitral contenida en el contrato base de la acción?

Dicho planteamiento requería determinar si existe una relación de consumo. Al respecto, se explicó que:

El consumidor se encuentra frente a una diversidad de bienes tan compleja que excede su posibilidad de conocimiento debido a que carece de la información necesaria sobre dos aspectos: las características del bien o servicio que pretende consumir y las obligaciones que asume al suscribir contratos unilateralmente diseñados. Por ello, los principios que imperan en el sistema de libre mercado tales como la autonomía de la voluntad y la libertad de empresa dejan al consumidor en una posición débil frente a las ventajas y el poder económico que poseen los proveedores al momento de intervenir en el mercado.

La Sala determinó que sí se trataba de una relación de consumo. Los integrantes de la demanda son integrantes de una colectividad en una relación que reúne los requisitos que la LFPC define como de consumo. Y su finalidad es “romper la asimetría existente entre proveedores y consumidores”. Hecha esta determinación, pasó a la cuestión nuclear: ¿resta competencia la cláusula arbitral? Sostuvo que no. Ello pues:

- (1) La acción colectiva es el mecanismo idóneo para resolver la controversia entre las partes pues la acción colectiva es:

“por excelencia, el medio para la tutela de los derechos e intereses colectivos por brindar a la colectividad economía procesal y seguridad jurídica, así como por generar un efecto disuasivo ante prácticas económicas abusivas”.

- (2) Considerar que un acuerdo arbitral veda acciones colectivas:

“haría nugatorio los derechos de la colectividad consumidora, toda vez que, en primer término, se estaría obstaculizando su derecho constitucional de organizarse con la finalidad de proteger sus intereses; y segundo se le estaría privando de todas los beneficios que traen aparejados los procedimientos colectivos, tales como la **determinación de los derechos de una forma uniforme**, pues la sentencia que concluye el procedimiento colectivo brinda el mismo estatus al grupo frente al mismo hecho. Esta situación no se podría lograr mediante procedimientos arbitrales independientes, pues los laudos que concluyan dichos procedimientos podrían llegar a ser contradictorios.”

Explicó que los objetivos de las acciones colectivas son: (a) proporcionar economía procesal; (b) garantizar el acceso a la justicia y brindar seguridad jurídica, y (c) generar en la sociedad un efecto disuasivo ante abusos. Y ello se logra al ejercer una acción colectiva: los miembros de la colectividad se agrupan por economía procesal y para dar oportunidad a otros afectados de adherirse a la demanda. Concluyó enfatizando que:

“la cláusula arbitral no puede ser el sustento para que la autoridad jurisdiccional de primera instancia se niegue a conocer de la acción colectiva individual homogénea, toda vez que, en primer término, la aplicación irrestricta de disposiciones civiles y mercantiles desconocería que estamos frente a una relación de consumo regulada en disposiciones constitucionales y legales; en segundo, se estaría privando a la colectividad consumidora del medio idóneo establecido en el texto constitucional para defender sus derechos como consumidores y, finalmente, se estaría contribuyendo a que se acentúe la asimetría existente entre proveedores y consumidores, en la cual este último generalmente es la parte débil.”

3. Comentario

Se trata de una magnífica decisión. Una que sintoniza con el dilema aquí abordado. Una que sigue de premisas correctas algo que podría fácilmente no haber ocurrido, dado el planteamiento inicial de la cuestión al momento de atraerse el caso por la Corte.

“¿Es válida la cláusula arbitral que en contratos de adhesión compromete derechos fundamentales de los consumidores?”

Dicho planteamiento merece crítica: es lo que la teoría de la argumentación llama un

“espantapájaros”: un planteamiento que se expone de una manera que exige una solución predeterminada. Uno que dista de exponer equilibradamente la cuestión. El mérito de la ponencia de Don José Ramón Cossío es haber hecho un planteamiento objetivo, equilibrado, no cargado. Uno que expone la cuestión en forma debida.

La Sentencia generó la siguiente tesis:

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

El criterio es atinado, tanto en conclusión como contenido. Y aunque no se expresa así, propongo que puede ser asidero de la teoría de coexistencia. Desemenucémoslo:

(1) Comencemos con el rubro:

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

El rubro sintetiza el corolario de la cuestión en una oración.

(2) La siguiente oración contiene el corazón de la cuestión:

... las cláusulas arbitrales son suscritas con miras a solucionar las controversias comerciales que puedan suscitarse entre las partes; sin embargo, cuando los consumidores se agrupan y ejercen una acción colectiva, ésta tiene la finalidad de hacer valer derechos que las personas tienen como clase consumidora, y no sólo como partes de una relación mercantil, mediante un procedimiento jurisdiccional de mayor alcance, en cuyo caso las partes no necesariamente deben someterse al arbitraje dada la situación excepcional. ...

La primera oración hace las veces de una aclaración y zanjamiento de la cuestión. La cláusula arbitral abarca las cuestiones que pueden resolverse en arbitraje: lo arbitrable. Si la materia no es arbitrable, *ex hypothesi* no está dentro del radio de acción de la norma consistente en el acuerdo arbitral.

(3) La consecuencia de no seguir esta postura:

... implicaría aplicar rigurosamente disposiciones ordinarias mercantiles y pasar por alto que se está ante una relación de consumo regulada por disposiciones constitucionales y legales de orden público que son irrenunciables; ...

Este párrafo explica con tino la consecuencia de no seguir la teoría de la coexistencia: burlar régimen de orden público (no-renunciable).

(4) Las implicaciones de seguir en análisis de prevalencia en las acciones colectivas:

... se privaría a la colectividad de consumidores de ciertos beneficios en concreto que se buscan con la promoción de una acción colectiva y los cuales no pudieran obtenerse con el trámite de procedimientos individuales, ya sea jurisdiccionales o arbitrales...

(5) El corolario:

“la existencia de una cláusula arbitral en un contrato de adhesión no puede ser el sustento para que la autoridad jurisdiccional de primera instancia declare oficiosamente su incompetencia para conocer de un procedimiento colectivo”.

Tanto la conclusión como las premisas del criterio son atinadas. Cada una es una premisa

válida de la conclusión que arroja, misma que resuelve adecuadamente la problemática enfrentada. Tomaría las mismas como hilo que sirve para tejer el manto de la teoría aquí defendida: la existencia de acuerdos arbitrales no debe vedar ni los recursos del derecho de protección al consumidor, ni la posibilidad de que se entablen acciones colectivas. Sin embargo, ello no significa que quede sin efectos el acuerdo arbitral. Coexisten: El consumidor puede (i) ejercer sus derechos de protección al consumidor no obstante haber pactado un acuerdo arbitral, (ii) ser parte de una acción colectiva, y (iii) comenzar un arbitraje. El motivo: *coexisten*. Se trata de instrumentos *distintos* para cuestiones *distintas* que arrojan remedios *distintos*.

Aplicada al caso que motivó la atracción de la Corte, el socio del club de golf tiene la opción de encausar su problema de formas diversas. Puede presentar una denuncia ante la [Profeco](#), detonar una acción colectiva o activar el acuerdo arbitral. No tiene que renunciar a uno para ejercer el otro. Y aunque la cuantía de la disputa no sea enorme, pueden existir motivos de principio que hagan que el socio desee contar con un tribunal especializado, con un proceso diseñado como traje a la medida del problema, que arroje una decisión revestida de finalidad—los beneficios que arroja el arbitraje.

C. Deseable

Concebir las disciplinas como separadas, concluyendo que no se mezclan ni se supeditan, es deseable. Trae como resultado el que el consumidor cuenta con más opciones: puede encausar su problema de tres maneras diversas:

- (1) *Arbitraje*: Puede activar el acuerdo arbitral, lo cual permitirá contar con un tribunal especializado, siguiendo un proceso como traje a la medida de las necesidades de su problema, arrojando un fallo que es coza juzgada—el valor que da el arbitraje.
- (2) *Protección al consumidor*: Puede denunciar el problema ante las autoridades de protección al consumidor.
- (3) *Acción colectiva*: Puede aceptar ser parte de la clase en una acción colectiva. Dependiendo del régimen, se trataría de una aceptación (*opt in*) o no ejercer sus derecho de separarse (*opt out*).

Resultado: el consumidor tiene más derechos.

La tesis contraria (la de prevalencia) resta derechos. Implica que una de las vertientes descritas prevalecerá, lo cual *ex hypothesi* significa que la otra no. Ergo, el consumidor tendrá menos derechos. Ello, propongo, es lamentable. Dependiendo de las características del problema, bien puede ser el interés de las partes (incluyendo el consumidor) encausar el problema de formas diversas. Es de suponerse por ejemplo que muchos de los problemas que detonen aristas de protección al consumidor sean encausadas a las autoridades de protección al consumidor: el costo

del arbitraje puede hacer dicha opción indeseable. Pero ello no admite generalización. Puede ocurrir que el consumidor prefiera activar un proceso arbitral, y encausar por dicha vía la resolución de su problema.

* * *

Recientemente *The Economist* denunció:

“The problem with the craze for mandatory arbitration (millions of American employees have no recourse to the courts). Kept out of the courthouse; When you cannot sue your employer (over half of non-unionised employees are now covered by mandatory arbitration)”.

[“El problema con la manía por el arbitraje obligatorio (millones de empleados estadounidenses no pueden recurrir a los tribunales). Mantenido fuera de las cortes; Cuando no puede demandar a su empleador (más de la mitad de los empleados no sindicalizados ahora están cubiertos por el arbitraje obligatorio)”]

La denuncia es válida. Lo denunciado proviene de la utilización del arbitraje en áreas en las que no es idóneo, sin confeccionar teorías jurídicas adecuadas que remedien el dilema que ello genera. Ello ocurre con la teoría de la prevalencia, que la tesis de coexistencia remedia.

[Descarga de artículo incluyendo citas](#)

International Chamber of Commerce (ICC)

- La ICC, con sede en París, se fundó en 1919, y hoy comprende una red global de más de 45 millones de empresas, cámaras de comercio y asociaciones empresariales en más de 130 países, generando más de 1,000 millones de empleos. Nuestra visión es lograr un mundo donde la paz, el crecimiento económico sostenible y la prosperidad compartida, se sustenten en comercio justo, basado en reglas, así como inversión sostenible y respetuosa de los derechos humanos
- La International Chamber of Commerce es un organismo consultivo de las Naciones Unidas y somos la única organización empresarial que goza del estatus de observador ante su Asamblea General. Tenemos una estrecha relación con el G20, la OMC, y la OCDE, entre otros organismos.
- La ICC tiene las siguientes funciones principales:
 - Promover el comercio y la inversión libre a través de las fronteras.
 - Identificar mejores prácticas internacionales para el desarrollo de herramientas empresariales.
 - Proveer reglas y estándares para un mejor gobierno y comportamiento más ético de los negocios internacionales
 - Capacitar
 - Solución de Controversias

❖ International Chamber of Commerce México (ICC México)

Desde 1945, en ICC México trabajamos para hacer que las empresas funcionen para todos, todos los días y en todas partes. Nuestro trabajo es autónomo, apartidista y busca incidir en el progreso de México para lograr una nación más justa, competitiva e incluyente, para que las personas y las empresas puedan desarrollar plenamente su potencial.

❖ Misión

Lograr un mundo donde la paz, el crecimiento económico sostenible y la prosperidad compartida, se sustenten en el comercio y la inversión multilateral abierta, basados en reglas.

❖ Visión

Promover la apertura en el comercio y la inversión, basados en normas, un sistema de economía de mercado, el crecimiento económico sostenible, la conducta empresarial responsable y un enfoque global de la regulación. Estos objetivos se persiguen a través de una combinación de promoción de políticas, desarrollo de herramientas prácticas y actividades de creación de reglas por parte de las empresas, incluidos nuestros servicios de resolución de disputas líder en el mercado.

Página web www.iccmex.mx