

REVISTA  
JURÍDICA  
DEL CENTRO DE ARBITRAJE DE MÉXICO

Arbitraje Internacional desde la  
Perspectiva Iberoamericana

---

Número 1  
Agosto 2023

# CENTRO DE ARBITRAJE DE MÉXICO

*Revista Jurídica del Centro de Arbitraje de México*  
Arbitraje Internacional desde la Perspectiva Iberoamericana

## *Miembros del Comité Editorial*

**Frida Paola  
Altamirano Jiménez**

**Ana Sofía  
Vargas Hernández**

**Antonio Ochoa  
Quintana**

**Eduardo Lobatón  
Guzmán**

Torre Vistral Insurgentes  
Av. de los Insurgentes Sur 730 - Piso 2, oficina 210  
Colonia Del Valle Nte., Delegación Benito Juárez, C.P. 03100  
Ciudad de México

**Número 1 - Agosto 2023**

*El contenido de los trabajos es responsabilidad de los autores y no evidencia el punto de vista de sus respectivos lugares de trabajo ni del Centro de Arbitraje de México. Se autoriza la reproducción de los artículos con la condición de citar los trabajos con la finalidad de respetar los derechos de autor. Los editores no aceptan responsabilidad alguna por los actos u omisiones aquí contenidos.*

# REVISTA JURÍDICA

DEL CENTRO DE ARBITRAJE DE MÉXICO

---

## Arbitraje Internacional desde la Perspectiva Iberoamericana

### RECONOCIMIENTOS

El Centro de Arbitraje de México y el Comité Editorial agradecen a los autores y *rapporteurs* por hacer esta primera edición posible.

### AUTORES

Juez Bernardo Sepúlveda Amor | Claudia Frutos-Peterson | Elena Gutiérrez  
Ernest Morales | Federico A. Fragachán | Ina C. Popova  
Julio César Rivera (h) | Pilar Perales Viscasillas | Ricardo Mier y Terán  
Rodrigo Zamora Etcharren | Tomás Geuna

### RAPPORTEURS

Ana Sofía Mosqueda | Andrés Peña Loyo | Anna García Morineau  
Carlos Alvarado Moreno | Galo Márquez | Guillermo Madrigal  
Juan Pablo Véliz | Oziel López | Renata Del Carmen  
Sara Contreras | Sandro Espinoza | Teresa Roldán

## CONTENIDO

<i>Prólogo</i> .....	1
<i>Edgardo Muñoz</i>	

### PRIMERA PARTE

#### DOCTRINA

<b>ARBITRAJE Y RECURSO DE AMPARO CONSTITUCIONAL EN ESPAÑA</b> .....	7
<i>Pilar Perales Viscasillas</i>	
<b>TLCAN Y T-MEC: LAS DIFERENCIAS SUSTANCIALES</b> .....	36
<i>Juez Bernardo Sepúlveda Amor</i>	
<b>¿PREPARADOS? ¿LISTOS? ¡I.A.!: LA CARRERA POR LA IMPLANTACIÓN DE LA INTELIGENCIA</b> .....	41
<b>ARTIFICIAL EN EL ARBITRAJE</b>	
<i>Elena Gutiérrez y Ernest Morales</i>	
<b>EL ARBITRAJE DEPORTIVO EN MÉXICO: ¿UNA OPCIÓN VIABLE PARA LOS DEPORTISTAS</b> .....	71
<b>MEXICANOS?</b>	
<i>Claudia Frutos-Peterson y Ricardo Mier y Terán</i>	
<b>FINANCIACIÓN POR TERCEROS: CRÓNICAS DE SU DISPOSICIÓN INTRA-REGLAMENTOS</b> .....	91
<b>ARBITRALES</b>	
<i>Rodrigo Zamora Etcharren y Tomás Geuna</i>	
<b>DISCOVERY EN LOS ESTADOS UNIDOS: UN PROCEDIMIENTO ÚTIL ANTE CORTES MEXICANAS</b> .....	102
<b>PERO RESTRINGIDO ANTE TRIBUNALES ARBITRALES</b>	
<i>Ina C. Popova y Federico A. Fragachán</i>	
<b>LA CLÁUSULA ARBITRAL INSERTA EN CONTRATOS DE ADHESIÓN: ANÁLISIS CRÍTICO DEL</b> .....	111
<b>SINGULAR ENFOQUE ARGENTINO</b>	
<i>Julio César Rivera (h)</i>	
<b>ARBITRAJE SIMPLIFICADO EN LAS NUEVAS REGLAS DEL CENTRO DE ARBITRAJE DE MÉXICO</b> .....	124
<i>Frida Altamirano Jiménez y Ana Sofía Vargas Hernández</i>	

SEGUNDA PARTE

REPORTES

<b>CORRUPCIÓN EN EL ARBITRAJE</b> .....	<b>131</b>
<i>Sandro Espinoza Quiñones</i>	
<b>GUERRILLA TACTICS: PERSPECTIVAS DE ABOGADOS DE PARTE, ÁRBITROS, INSTITUCIONES Y LA JUDICATURA</b> .....	<b>137</b>
<i>Carlos Alvarado Moreno y Teresa Roldán</i>	
<b>LA ACTUALIDAD DEL ARBITRAJE DE INVERSIÓN EN LATINOAMÉRICA</b> .....	<b>141</b>
<i>Eduardo Lobatón Guzmán y Ana Sofía Vargas Hernández</i>	
<b>ARBITRAJE, ESG Y TRANSICIÓN ENERGÉTICA</b> .....	<b>147</b>
<i>Galo Márquez Ruiz</i>	
<b>IMPACTO DEL USO DE LA TECNOLOGÍA EN LOS PROCEDIMIENTOS ARBITRALES</b> .....	<b>152</b>
<i>Anna García Morineau Olvera</i>	
<b>FORO DE JÓVENES EN ARBITRAJE CAM / CANACO: ¿CÓMO ENTRAR A LA PRÁCTICA ARBITRAL EN MÉXICO? DISTINTAS ALTERNATIVAS</b> .....	<b>157</b>
<i>Ana Sofía Mosqueda Gutiérrez</i>	
<b>MÉXICO A 30 AÑOS DE LA ADOPCIÓN DE LA LEY MODELO DE LA CNUDMI</b> .....	<b>163</b>
<i>Oziel López Garza y Renata Del Carmen Duarte</i>	
<b>¿LOS TRIBUNALES ARBITRALES PUEDEN DICTAR MEDIDAS ORDENANDO A LAS PARTES NO PRESENTAR DEMANDAS EN EL FORO JUDICIAL CUANDO EXISTE UN ACUERDO DE ARBITRAJE?</b> .....	<b>168</b>
<i>Juan Pablo Véliz Escobar</i>	
<b>¿SE DEBERÍA CONSOLIDAR LA PROPUESTA EUROPEA DE ESTABLECER UNA CORTE PERMANENTE DE ARBITRAJE PARA RESOLVER DISPUTAS DE INVERSIÓN?</b> .....	<b>174</b>
<i>Sara Contreras Medrano</i>	
<b>HACIA UNA VERDADERA DIVERSIDAD EN EL ARBITRAJE</b> .....	<b>179</b>
<i>Andrés Peña Loyo</i>	
<b>AMICI CURIAE EN PROCEDIMIENTOS ARBITRALES</b> .....	<b>184</b>
<i>Guillermo Madrigal Monroy</i>	
<b>ARBITRAJE Y JUDICATURA (CONVERSACIÓN CON UN MINISTRO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN)</b> .....	<b>189</b>
<i>Ana Sofía Vargas Hernández y Eduardo Lobatón Guzmán</i>	

## PRÓLOGO

Una revista es un tesoro de horas dedicadas al pensamiento profundo de un tema. Los autores participan en la construcción de un nuevo volumen porque les importa desarrollar conocimiento a través de la investigación y la reflexión plasmada en su escrito (y porque les importa, adquieren ellos la misma importancia). En este caso, se trata del tema del arbitraje: un mecanismo social de gran relevancia. Dentro de la prerrogativa de lo “arbitrable” concedida por los Estados, el arbitraje es la expresión máxima de los principios de autonomía de las partes y subsidiariedad. Con intervención mínima del Estado, el arbitraje ha resuelto guerras internacionales, reclamaciones de inversores y otras controversias de carácter comercial o deportivo. A pesar de la sofisticación adquirida con la venida del nuevo milenio, el arbitraje se ha posicionado como el medio más eficiente y eficaz para pacificar diferentes tipos de disputas alrededor del mundo. Y como otros han señalado, la paz que conseguimos en comunidades humanas que exceden a los cientos de habitantes parece ser el diferenciador clave de nuestra supervivencia y dominación como especie.

El Centro de Arbitraje de México (CAM) es un engranaje del arbitraje que contribuye a dicha paz. Su administración de procedimientos bajo los estándares más altos de ética y profesionalismo tiene un impacto directo en la sociedad. Docenas de arbitrajes son administrados año con año en favor de empresas y particulares. Sin embargo, su misión se expande más allá. El CAM ha gestado una comunidad del conocimiento del arbitraje a su alrededor. Primero, a partir del MOOT México (concurso que brinda a universitarios la oportunidad preparar la defensa de los intereses de un cliente a partir de un caso hipotético ante árbitros expertos). Segundo, por medio del Premio Guillermo Aguilar Álvarez, el cual homenajea al gran arbitralista y fundador de CAM y a la vez premia al mejor trabajo de investigación en materia arbitral. Tercero, a través de los múltiples talleres y conferencias formativos que el CAM organiza anualmente.

Por si lo anterior fuera poco, la comunidad del conocimiento alrededor del CAM posee ahora un espacio más para su florecimiento. La Revista Jurídica del CAM ofrece una “ventana-virtual” en la que, por una de sus caras, los autores plasman horas de pensamiento sobre el arbitraje y, desde el otro lado, el lector se nutre de ese tesoro. La vertiente intelectual del CAM está en el ADN heredado por sus fundadores. No se trata del azar conjurando otro proyecto más para una institución que se encuentra en uno de sus mejores momentos como administradora de procedimientos. Al contrario, desde sus orígenes, la Secretaría General del CAM está personificada por un talento humano inclinado hacia la innovación y la transformación. La Revista Jurídica del CAM es la consecuencia de una preocupación constante por difundir el estado-del-arte del arbitraje y transformar su práctica.

Este primer número de la Revista Jurídica se divide en dos partes. La primera se compone de estudios de doctrina alrededor de arbitraje. La segunda parte contiene los reportes de las exposiciones realizadas por paneles de expertos durante la *Mexico Arbitration Week* organizada por el CAM durante el mes de mayo de 2023. Dentro de su primera parte, el lector encontrará un abanico de temas importantes y novedosos; escritos con plumas llenas de claridad y crítica progresiva. Comenzamos con la profesora **Pilar Perales Viscasillas**, quien en *Arbitraje y Recurso de Amparo Constitucional en España* expone la imposibilidad de interponer el juicio de amparo contra laudos arbitrales emitidos en ese país. Y, con la maestría que la caracteriza, argumenta en favor del importante rol que juega el Tribunal Constitucional al corregir en juicio de amparo los errores de apreciación cometidos por algunos Tribunales Superiores que han anulado laudos arbitrales en el pasado. La interpretación estricta de las causales de nulidad provista por el Tribunal Constitucional ha consolidado a España como una sede de arbitrajes acorde al pensamiento moderno sobre el rol de dicha institución, sugiere la profesora. En su contribución *TLCAN Y T-MEC: Las Diferencias Sustanciales*, el **Dr. Bernardo Sepúlveda Amor** reflexiona sobre la importancia del arbitraje para la protección de

inversiones realizadas conforme a los tratados concluidos por México, Estados Unidos y Canadá. Además de filtrar en favor del lector las diferencias sustanciales entre el cuasi-extinto TLCAN y el T-MEC, el doctor Sepúlveda critica el nuevo sistema de protección de inversiones (el del T-MEC) en el que se otorga mayores protecciones sustantivas y facilidades procesales a inversores de ciertos sectores. Sin embargo, concede en que sólo el tiempo y el flujo futuro de inversores no cubiertos por ciertos beneficios podrán evaluar las virtudes o defectos del nuevo sistema. **Elena Gutiérrez y Ernest Morales** nos deleitan con una visión vanguardista de la llegada inminente de la inteligencia artificial a la práctica arbitral. En su artículo *¿Preparados? ¿Listos? ¡A!*, el lector también encontrará un análisis presente y un pronóstico bastante congruente de la implicación de la inteligencia artificial a lo largo de las diferentes fases de un arbitraje (los reflectores están puestos sobre el “secretario robótico” y su rol dentro del tribunal). Más adelante, **Claudia Frutos-Peterson y Ricardo Mier y Terán** nos comparten su propuesta de *Arbitraje Deportivo en México*. Luego de recorrer el sistema actual mexicano de resolución de disputas deportivas caracterizado por su inercia, los autores proponen la adopción de arbitrajes internos en las federaciones del deporte en este país. La propuesta incluye un rediseño de los estatutos relevantes (incluido aquel de la Comisión de Apelación y Arbitraje Deportivo o “CAAD”), y/o la adopción de un sistema abierto y transparente fundado en los principios modernos del arbitraje comercial. En *Financiación por Terceros: Crónicas de su Disposición Intra-Reglamentos Arbitrales*, **Rodrigo Zamora Etcharren y Tomás Geuna** analizan el tratamiento diverso otorgado por algunos reglamentos de arbitraje al financiamiento de reclamaciones por terceros. En lo particular, los autores revelan las problemáticas y soluciones al potencial conflicto de intereses que afecta a los árbitros en estos casos. También discuten la postura adoptada a ese respecto por las Reglas de Arbitraje del CAM emitidas recientemente. En *Discovery en los Estados Unidos*, **Ina C. Popova y Federico A. Fragachán** exponen los factores de evaluación considerados por las cortes federales de EE.UU. para coadyuvar en una solicitud de *discovery* procedente de un juicio entablado ante un tribunal internacional o

extranjero conforme a la sección 1782 del CFPC. Los autores descifran la reciente jurisprudencia de Suprema Corte de los EE.UU. respecto de la categorización o no de ciertos tribunales arbitrales para efectos de la sección 1782. Su análisis es una llave para acceder a importantes pruebas localizadas en EE.UU. que podrían ser relevantes para ciertos arbitrajes con sede allende de sus fronteras. Por su parte, **Julio Cesar Rivera (h)** explora la arbitrabilidad objetiva de reclamaciones derivadas una *Cláusula Arbitral Inserta En Contratos De Adhesión* en Argentina. Como el autor señala, la inoperatividad de una cláusula arbitral en un contrato de adhesión bajo la causal de falta de arbitrabilidad choca con el objetivo natural de dicha causal plasmado en la Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y Ejecución de Laudos. Más importante, esta contribución nos muestra un posible camino para driblar dicho obstáculo a partir del principio *favori arbitrii* en la misma convención. Finalmente, en *Arbitraje simplificado en las nuevas Reglas del Centro de Arbitraje de México*, **Frida Paola Altamirano Jiménez** y **Ana Sofía Vargas Hernández** nos introducen al mundo del arbitraje expedito administrado por el CAM. Este artículo aborda el ámbito de aplicación de las reglas aplicables al arbitraje simplificado, la reducción de etapas procesales que consigue, al prescindir del Acta de Misión, por ejemplo, así como ciertas recomendaciones de la Secretaría General para sacar el mejor provecho de este tipo de procedimiento.

Los reportes contenidos la segunda parte de este número constituyen un exquisito catálogo de síntesis realizadas por jóvenes talentos: **Eduardo Lobatón Guzmán**, **Ana Sofía Vargas Hernández**, **Galo Márquez**, **Anna García Morineau Olvera**, **Ana Sofía Mosqueda**, **Oziel López**, **Renata Del Carmen**, **Juan Pablo Véliz**, **Sara Contreras**, **Carlos Alvarado Moreno**, **Teresa Roldán**, **Andrés Peña Loyo**, **Sandro Espinoza**, **Guillermo Madrigal Monroy**. Estos abogados representan el *mejor* futuro del arbitraje para México y más allá. El prologuista se disculpa de antemano por omitir comentar cada uno de estos preciosos informes de las conferencias sostenidas durante la *Arbitration Week* organizada por el CAM en el mes de mayo de 2023. Su hesitación no deriva del poco espacio asignado a un prólogo, sino de

un temor fundado a usurparles el rol de cronistas que con tanta dedicación y profesionalismo ellos ya han perfectamente desempeñado. Cualquier intento de mi parte, hubiese parecido una mala copia de sus propias síntesis realizada con la ayuda de ChatGTP.

Enhorabuena a los miembros del Comité Editorial de la Revista Jurídica del CAM por esta aportación a la comunidad del conocimiento arbitral.

Agosto 2023

Dr. Edgardo Muñoz  
*Miembro del Consejo General del CAM*  
*Profesor de la Facultad de Derecho - Universidad Panamericana*

Primera parte

# DOCTRINA

---

REVISTA  
JURÍDICA

---

DEL CENTRO DE ARBITRAJE DE MÉXICO

Arbitraje Internacional desde la  
Perspectiva Iberoamericana

## ARBITRAJE Y RECURSO DE AMPARO CONSTITUCIONAL EN ESPAÑA

Pilar Perales Viscasillas\*

### I. Introducción

Para una persona ajena al mundo arbitral, quizá le sorprenda saber que en el arbitraje no existe la posibilidad de recurrir ante una segunda instancia, menos a una tercera ante un laudo arbitral desfavorable. La pregunta que surge inmediatamente es: ¿Puedo hacer algo? La respuesta en líneas generales es NO.<sup>1</sup>

No obstante, esta negativa rotunda ha de matizarse porque frente al laudo existen acciones que pueden interponerse tal y como autoriza la vigente Ley 60/2003, 23 diciembre, de Arbitraje (en adelante, "LA") (*infra* A) y que sirven de pórtico para enmarcar la cuestión que trataremos en este trabajo que pone en relación a la Constitución Española ("CE") y al arbitraje (*infra* B) en lo que se refiere a la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional ("TC") sobre el arbitraje por vía del recurso de amparo constitucional (*infra* II). Son dos cuestiones íntimamente relacionadas las que derivan al analizar el recurso de amparo constitucional: frente a los propios laudos arbitrales (*infra* III) y frente a sentencias judiciales que anulan laudos arbitrales (*infra* IV), ámbito en el que, como se ha indicado, recientemente nuestro TC ha pronunciado importantes decisiones en relación con cuestiones nucleares del arbitraje como son, entre otros, los límites del control judicial en la acción de anulación, el orden público y la motivación de los laudos.

\* Catedrática de Derecho Mercantil en la Universidad Carlos III de Madrid. Trabajo realizado bajo el Proyecto PID2020-114549RB-100

<sup>1</sup> Juan Antonio Xiol Ríos, 'El arbitraje en la Constitución', en 'Veinticinco años en España del Arbitraje.' Libro conmemorativo de la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje ("CIMA"), 2015, Madrid, pág. 53.

### A. Acciones frente a los laudos arbitrales

El laudo produce efectos de cosa juzgada y frente a él sólo cabrá ejercitar la acción de anulación y, en su caso, solicitar la revisión conforme a lo establecido en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (“LEC”) para las sentencias firmes (Artículo 43 LA). Idéntica regla aplica para los casos de laudos parciales, tal y como reconoce la Exposición de Motivos de la LA al señalar que: *“El laudo parcial tiene el mismo valor que el laudo definitivo y, respecto de la cuestión que resuelve, su contenido es invariable.”*

La LA es muy clara al establecer en su Artículo 38.1 que las potestades del árbitro se extinguen una vez emitido el Laudo definitivo sobre el fondo de la controversia. Como excepción a este principio, el Artículo 39.1 LA otorga a las partes la posibilidad de solicitar la corrección, aclaración, complemento del laudo o rectificación de la extralimitación parcial del laudo, limitándose las facultades del árbitro a la resolución de dichas solicitudes. Fuera de los estrechos límites que se indican en el Artículo 39.1 LA, el árbitro –claro también las partes– está vinculado por el principio de invariabilidad del laudo, no pudiendo en ningún caso modificar o reconsiderar el contenido del mismo. Dicho artículo no permite ampliar el fallo ni resolver cuestiones que no fueron decididas en el Laudo final, puesto que, en ese caso, se excede de las facultades reconocidas a los árbitros en este artículo. El TC en Sentencia de 4 de octubre de 1993 (RTC 1993/288, Ponente Excmo. Sr. de la Vega Benayas) ya declaró como la inalterabilidad de las decisiones judiciales firmes es también predicable, en virtud de su configuración legal, de los laudos arbitrales.

Práctica inexistente, al menos de momento, es la posibilidad de que las partes hayan pactado en el convenio arbitral, o posteriormente, la posibilidad de interponer un recurso de impugnación del laudo siempre que lo permita el reglamento aplicable y que se presentará ante el mismo centro. Así sucede por ejemplo bajo el Reglamento de Arbitraje del Centro Internacional de Arbitraje de

Madrid (“CIAM”), siguiendo la estela de otras cortes arbitrales que ya tenían implantado el mecanismo. Se trata de una impugnación concebida generalmente por motivos tasados, por ejemplo, una infracción manifiesta de las normas jurídicas sustantivas aplicables o en un error grosero en la apreciación de los hechos, siempre que una u otro hayan sido determinantes para el fallo.<sup>2</sup>

Centrando la cuestión en los laudos dictados en España, deriven de un arbitraje nacional o internacional, la regla es que el laudo arbitral tiene el valor de una sentencia judicial firme y por ello las cuestiones relativas al fondo del asunto o la aplicación del derecho realizada por el árbitro no son susceptibles de una revisión en segunda instancia. No obstante, existen motivos tasados, generalmente relacionados con el derecho a un proceso debido, que permiten que los jueces encargados del control del laudo arbitral, los Tribunales Superiores de Justicia (“TSJ”), puedan anularlo total o parcialmente.

La impugnación del laudo se habrá de realizar mediante la acción de anulación, que no es un recurso en el sentido técnico-jurídico, y deberá plantearse por alguno de los motivos tasados —sin que quepa la aplicación por analogía—<sup>3</sup> que se señalan en el Artículo 41 LA y no es una segunda instancia.<sup>4</sup> Estos motivos son: que el convenio arbitral no existe o no es válido; que no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos; que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no sometidas a su decisión; y que la designación de los árbitros o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo fuera contrario a una norma imperativa de esta Ley, o, a

---

<sup>2</sup> Art. 56 Reglamento de Arbitraje CIAM que ha regulado el posible acuerdo de las partes en su convenio arbitral, o en cualquier momento posterior, de interponer un recurso de impugnación del laudo ante el mismo Centro.

<sup>3</sup> SAP Madrid, 10 junio 2011 (Sección 28) (RA 256573).

<sup>4</sup> Claramente la Exposición de Motivos LA: “[s]e sigue partiendo de la base de que los motivos de anulación del laudo han de ser tasado y no han de permitir como regla general una revisión del fondo de la decisión de los árbitros” (Apartado VIII). En la jurisprudencia, entre otras muchas tanto antes como después del cambio de competencias de las Audiencias Provinciales a los TSJ: SAP Valencia, 14 julio 2008, SAP Valencia, 7 enero 2010 (RA 744); SAP Madrid, 12 noviembre 2010 (RA 2011/36080); STSJ de Madrid (“STSJM”). Entre las más recientes, por ejemplo: STSJM 13 julio 2022.

falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a lo dispuesto en la LA; la inarbitrabilidad de la controversia, y por último la contravención del orden público.

Como recuerda reciente jurisprudencia, STSJ del País Vasco,<sup>5</sup> 20 julio 2022 al establecer los límites de la actuación de los tribunales en el control de legalidad del laudo arbitral:

“Con carácter previo al examen de la cuestión planteada, ha de hacerse hincapié en que la especial función de la institución arbitral y el efecto negativo del convenio arbitral, vetan por principio la intervención de los órganos jurisdiccionales para articular un sistema de solución de conflictos extrajudicial, quedando limitada la actuación de los tribunales a actuaciones de apoyo o de control expresamente previstas por la ley reguladora de la institución. Por ello, es consustancial al arbitraje la mínima intervención de los órganos jurisdiccionales por virtud y a favor de la autonomía de la voluntad de las partes, limitándose el control a la legalidad del acuerdo de arbitraje, a la arbitrabilidad -entendida en términos de disponibilidad, como precisa la Exposición de Motivos de la Ley 60/2003- de la materia sobre la que ha versado, y a la regularidad del procedimiento de arbitraje (SSTS de 21 de febrero de 2006 y de 15 de septiembre de 2008; y SSTC 62/91, de 22 de marzo y 228/93 de 4 de octubre, 259/93 de 23 de julio, y 176/96 de 11 de noviembre). En el mismo sentido el Tribunal Constitucional (STC 174/1995, de 23 de noviembre), señala que el posible control judicial derivado del artículo 45 de la Ley de Arbitraje -hoy art. 41- está limitado al aspecto externo del laudo y no al fondo de la cuestión sometida al arbitraje, al estar tasadas las causas de revisión previstas y limitarse éstas a las garantías formales; razón por la cual únicamente procede conocer de las causas de nulidad tasadas, que han de ser interpretadas y aplicadas estrictamente a fin de evitar la acusada tendencia de quienes renunciaron a las garantías que les brindaba la severa aplicación del Derecho, de lograr su anulación por los órganos jurisdiccionales de carácter oficial cuando no logran el éxito de sus aspiraciones (STS de 23 de abril de 2001).”

## ***B. La Constitución Española y el arbitraje***

---

<sup>5</sup> STSJ PV 1494/2022. Disponible en: [www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/e7505129da16b6f2a0a8778d75e36f0d/20220830](http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/e7505129da16b6f2a0a8778d75e36f0d/20220830)

Las relaciones entre el arbitraje y la CE pueden adelantarse en el tiempo a nuestra vigente Constitución de 1978. De hecho, ya la Constitución de 1812 se refería al arbitraje para establecer que el arbitraje es un derecho de las partes (Artículo 280 “no se podrá privar a ningún español del derecho de terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros, elegidos por ambas partes”).<sup>6</sup> Curiosamente en Latinoamérica las relaciones entre el arbitraje y las constituciones han discurrido por caminos no siempre coincidentes, resaltando notables diferencias, por ejemplo, en España nunca existió una “Doctrina Calvo” que sí imperó en Latinoamérica durante muchos años, pero que afortunadamente ya ha sido superada.<sup>7</sup> Y más relacionado con nuestro estudio, en España no cabe el recurso de amparo constitucional frente a un laudo arbitral frente a lo que sucede en algunos de los países latinoamericanos.<sup>8</sup>

La vigente CE no menciona al arbitraje, si bien es frecuente que las sentencias del Tribunal Constitucional (“STCs”) –intérprete supremo de la Constitución–<sup>9</sup> hagan referencia y relacionen por lo tanto al arbitraje con algunos preceptos constitucionales, en particular, con algunos derechos o valores superiores del ordenamiento jurídico como el de la libertad (Artículo 1.1 CE) y corolario de éste el de autonomía de la voluntad de las partes para someterse al arbitraje;<sup>10</sup> el derecho a la tutela judicial efectiva (Artículo 24.1 CE), en sus vertientes positiva y negativa: derecho a renunciar a acudir ante la jurisdicción estatal y derecho a acordar el

---

<sup>6</sup> Por su parte el Art. 281 indicaba que: “la sentencia que dieren los árbitros se ejecutará si las partes, al hacer el compromiso, no se hubieren reservado el derecho de apelar”.

<sup>7</sup> Alejandro Follonier-Ayala, ‘Constitucionalización del arbitraje en América Latina’, Revista del Club Español del Arbitraje, 2015, N.º 23, pp. 107-134.

<sup>8</sup> Véase. Referencias a ello en el Informe de la CCI, ‘Las Interferencias de las Constituciones Políticas de los países Iberoamérica en el Desarrollo del Arbitraje Internacional’, 21 marzo 2022. Y en el número monográfico: Arbitraje y Constitución, Revista Alarb, Asociación latinoamericana de arbitraje, 2020, Vol. 1.

<sup>9</sup> Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (“LOTCC”) (Art. 1).

<sup>10</sup> Tangencial a ello, indicar que la STC 46/2020 si bien no se refiere directamente a la naturaleza jurídica del arbitraje lo cierto es que al acoger el amparo de los recurrentes reclama la importancia del principio de autonomía de la voluntad, del principio dispositivo en nuestras normas procesales de la LEC, en tanto que permite a las partes someterse a arbitraje y disponer del proceso civil de anulación del laudo arbitral.

sometimiento al arbitraje;<sup>11</sup> la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad (Artículo 10 CE); y el Artículo 117.3 CE en el sentido de que la exclusividad en la jurisdicción del Estado no afecta a la validez del arbitraje.<sup>12</sup>

La última jurisprudencia del TC entiende en relación a la naturaleza jurídica del arbitraje que éste se basa en el Artículo 10 CE y no en el 24 CE de tal forma que el arbitraje se fundamenta en la dignidad de la persona y la autonomía de la voluntad de las partes, corolario de ello el principio de libertad se erige como valor superior del ordenamiento español, junto con la justicia, la igualdad y el pluralismo político (Artículo 1.1 CE). En este sentido, se ha de resaltar que la jurisprudencia del TC ya se venía refiriendo a la autonomía de la voluntad como soporte del arbitraje como por ejemplo destacaba la STC 174/1995: “*La autonomía de la voluntad de las partes -de todas las partes- constituye la esencia y el fundamento de la institución arbitral*” siendo contrario a la Constitución “*que la ley suprima o prescinda de la voluntad de una de las partes para someter la controversia a arbitraje.*”<sup>13</sup> No obstante, el principio de libertad aparecía mezclado con el derecho a la tutela judicial efectiva del Artículo 24 CE por lo que no resultaba claro el entronque constitucional del arbitraje. Se aclara ahora con la reciente jurisprudencia como resume la STC 50/2022, de 4 de abril.<sup>14</sup>

“Dado que quienes libre, expresa y voluntariamente se someten a un arbitraje ‘*eligen dejar al margen de su controversia las garantías inherentes al art. 24 CE y regirse por las normas establecidas en la Ley de arbitraje*’, las partes del arbitraje tienen derecho a que las actuaciones arbitrales sean controladas judicialmente, pero en el modo previsto en la norma rectora

<sup>11</sup> En la jurisprudencia constitucional con expresa referencia al Art. 24 CE: SSTC 1/2018, 136/2010; 65/2009; 51/2003; 176/1996; 149/1995; 50/1990; 99/1985. Como indica la STC 17/2017: “*En relación con el sometimiento de controversias al arbitraje, este tribunal ha reiterado que, si bien el derecho a la tutela judicial efectiva tiene carácter irrenunciable e indisponible, ello no impide que pueda reputarse constitucionalmente legítima la voluntaria y transitoria renuncia al ejercicio de las acciones en pos de unos beneficios cuyo eventual logro es para el interesado más ventajoso que el que pudiera resultar de aquel ejercicio*» (STC 1/2018, de 11 de enero, FJ 3)”.

<sup>12</sup> STC 1/2018. Como indica la STC 17/2021 apoyándose en la anterior: La exclusividad jurisdiccional a que alude el Art. 117.3 CE no afecta a la validez constitucional del arbitraje, ni vulnera el Art. 24 CE.

<sup>13</sup> También, SSTC 1/2018, 9/2005; 176/1996; 174/1995; 288/1993; 43/1988; 233/1988, 15/1989.

<sup>14</sup> Ponente: Enrique Arnaldo Alcubilla, con voto particular del magistrado Xiol.

del procedimiento arbitral y solo por los motivos de impugnación legalmente admitidos.”

Además, y frente al silencio de la LA vigente, la Exposición de Motivos de la anterior ley española de arbitraje (Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje) se refería al Artículo 9.2 CE<sup>15</sup> y principalmente al principio de libertad. Así señalaba la Exposición de Motivos que: *“Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.”*

## **II. El recurso de amparo**

El Artículo 161.1.b) CE establece la competencia del TC para conocer del recurso de amparo cuando se trate de supuestos de violación de los derechos fundamentales y libertades públicas referidos en el Artículo 53.2 CE, que señala que cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el Artículo 14 (principio de igualdad) y de los derechos fundamentales y libertades públicas ante los Tribunales ordinarios y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el TC. Ello implica que para interponer el recurso de amparo es necesario conforme al Artículo 44 LOTC haber agotado previamente la vía judicial –ya que además a partir de la notificación de la resolución comienza el plazo para interponer el recurso de amparo que es de 30 días– que la violación del derecho o libertad sea imputable de modo inmediato y directo a una acción u omisión del órgano judicial con independencia de los hechos que dieron lugar al proceso en que aquellas se produjeron, acerca de los que, en ningún caso, entrará a conocer el TC, y finalmente que se haya denunciado

---

<sup>15</sup> *“Esta Ley facilitará un cauce sencillo y económico para la eliminación de conflictos mediante el uso de su libertad por parte de los ciudadanos, garantizando, al mismo tiempo, que el sistema que se instaura es igualitario. Se trata, en definitiva, de remover, conforme ordena el artículo 9.º de la Constitución, los obstáculos que dificulten o impidan la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra.”*

formalmente en el proceso, si hubo oportunidad, la vulneración del derecho constitucional tan pronto como, una vez conocida, hubiera lugar para ello.

Además, para que se admita a trámite un recurso de amparo es necesario apreciar que existe *“una especial trascendencia constitucional que se apreciará atendiendo a su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia, y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales”*<sup>16</sup>

En cuanto a los legitimados para interponer el recurso de amparo, el Artículo 46.1 b) LOTC lo cifra en quienes hayan sido parte en el proceso judicial correspondiente, el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal. Este último intervendrá en todos los procesos de amparo, en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la Ley (Artículo 47.2 LOTC).

En todos los recursos de amparo se declaran nulas las sentencias y autos dictados por el órgano jurisdiccional en el proceso de anulación del laudo arbitral y se ordena retrotraer las actuaciones al momento anterior al dictado de la primera resolución anulada para que se resuelva de forma respetuosa con los derechos fundamentales reconocidos. A raíz de ello, la Sala deberá resolver acerca de la nulidad del laudo arbitral.

### ***III. El imposible recurso de amparo frente a laudos arbitrales***

Ligada a la concepción del arbitraje como una institución contractual basada, por lo tanto, en el principio de autonomía de la voluntad de las partes deriva que el TC haya sido constante al considerar que frente a los laudos arbitrales no cabe el recurso de amparo.<sup>17</sup> Ello es así porque el árbitro no es un juez y por lo tanto no ejerce la potestad jurisdiccional. Por ello, siendo estas cuestiones pacíficas en la

---

<sup>16</sup> Art. 50.1 b) LOTC.

<sup>17</sup> STC 9/2005, de 17 de enero.

doctrina,<sup>18</sup> a diferencia de los que sucede en otros ordenamientos,<sup>19</sup> los árbitros tampoco pueden<sup>20</sup> presentar un recurso de inconstitucionalidad ante el TC<sup>21</sup> ni tampoco cuestiones de prejudicialidad ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (“TJUE”).<sup>22</sup>

Evidentemente los árbitros han de aplicar la CE –y seguir la jurisprudencia del TC que la interpreta–<sup>23</sup> como norma jerárquicamente superior del ordenamiento español, pero ni siquiera si los árbitros infringieran la CE en sus laudos podría solicitarse el amparo; la única vía sería la acción de anulación del laudo arbitral por contravención del orden público (Artículo 41.1 f) LA), motivo que es invocable de oficio por el tribunal en sede de anulación (también de *exequátur* por lo que la doctrina del TC debe extenderse también al reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros).<sup>24</sup> Lo anterior tiene especial relevancia si pensamos en la vulneración de los derechos de audiencia, contradicción e igualdad pues el respeto a estos principios emana de la legalidad ordinaria (Artículo 24.1 LA), pero no de la

---

<sup>18</sup> Juan Antonio Xiol Ríos, Art. 41, Motivos. Acción de anulación del laudo. Comentarios a la Ley de Arbitraje. Coordinador: Carlos González-Bueno, Consejo General del Notariado, 2014, pp. 836-837.

<sup>19</sup> No cabe amparo frente al laudo o no resulta claro inclinándose más por la negativa en Argentina, Brasil, Chile, Costa Rica, El Salvador (con cambio reciente en la tendencia jurisprudencial), México, Panamá, República Dominicana, Uruguay. Por el contrario, algunos países sí lo permiten con mayores o menores restricciones como Bolivia, Colombia, Ecuador (donde cabe también la acción extraordinaria de protección), Guatemala y Perú. Mayores detalles, v. Informe CCI en lo que se considera cuando así se permite una interferencia de las partes en el desarrollo del arbitraje.

<sup>20</sup> En la doctrina para ambas: Xiol, Art. 41, p. 836.

<sup>21</sup> Art. 163 CE y Art. 29.1.b LOTC. Entre otros muchos, Auto 259/1993, de 20 de julio: “[L]a función que ejerce el árbitro es parajurisdiccional o cuasijurisdiccional y en ese «casi» está el *quid* de la cuestión. Efectivamente, la inexistencia de jurisdicción en sentido propio se traduce en la carencia de potestas o poder. El árbitro, que no nos puede plantear una cuestión de inconstitucionalidad por estar reservada a los órganos judiciales (art. 163 C.E.), ni tampoco está legitimado para formular cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, por no ser órgano jurisdiccional (art. 177 del Tratado; Sentencia de 23 de marzo de 1982, caso *Nordsee*), necesita además del brazo secular del Juez para dotar de eficacia al laudo mediante la adición o *estrambote* de una decisión judicial que ordene su cumplimiento, en una fase netamente procesal, en un proceso de ejecución, porque sólo a los Jueces corresponde hacer ejecutar lo juzgado (Autos TS, Sala Tercera, 18 de noviembre de 1986 y 2 de marzo de 1987)”.

<sup>22</sup> *Id.*

<sup>23</sup> Jesús Remón, ‘Sobre la anulación del laudo: el marco general y algunos problemas’, *InDret* 3/2007, p. 16.

<sup>24</sup> Así también, Félix J. Montero/Álvaro Villalón, ‘La Sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de febrero de 2021. Orden público y Convenio de Nueva York’, LA LEY Mediación y Arbitraje nº 6. Especial Monográfico ‘Nuevos derroteros del arbitraje en España a la luz de la doctrina reciente del Tribunal Constitucional’, N.º 6, 1 de abril de 2021, pp. 1-6.

CE, sin que se puedan considerar derechos fundamentales, lo que determina que no quepa el recurso de amparo.<sup>25</sup>

Análogamente y por lo que respecta a las cuestiones que se cataloguen de orden público comunitario, los tribunales arbitrales tienen la obligación de aplicar las normas comunitarias, tal y como ya se estableció tempranamente en *Eco Swiss*, (C-126/97, sentencia de 1 de junio de 1999), en relación con las normas de derecho de competencia con idéntica sanción –anulación del laudo o denegación del exequátur– a la infracción de las normas constitucionales.<sup>26</sup>

Directamente, pues, el TC no puede valorar el contenido del laudo arbitral, al no poder recurrirse en amparo según hemos comentado. Sin embargo, el TC realizará un análisis indirecto, que a la postre lo es también de la propia LA,<sup>27</sup> si se le

---

<sup>25</sup> Véase Elena Gutiérrez García de Cortázar, 'Arbitraje y Constitución: España', Revista Alarb, Asociación Latinoamericana de Arbitraje, 2020, vol. 1, p. 229.

<sup>26</sup> En *Ecco Swiss*, STJUE, 1 junio 1999 (v. Benetton): "4 El 14 de julio de 1995, Benetton solicitó al *Rechtbank* la anulación del PFA y del FAA alegando, en particular, que estos laudos arbitrales eran contrarios al orden público debido a la nulidad del contrato de licencia desde el punto de vista del artículo 85 del Tratado, pese a que, en el marco del procedimiento arbitral, ni las partes ni los árbitros se habían referido a la posibilidad de que el contrato de licencia fuera contrario a esta disposición. [...] 32 En primer lugar, procede señalar que si un arbitraje convencional suscitara cuestiones de Derecho comunitario, los órganos jurisdiccionales ordinarios podrían tener que examinar estas cuestiones, especialmente en el marco del control del laudo arbitral, de mayor o menor entidad según el caso, que les corresponde en caso de que se interponga un recurso de apelación, un recurso de oposición, un recurso relativo al exequátur o cualquier otro recurso admitido por la legislación nacional aplicable (sentencia *Nordsee*, antes citada, apartado 14). [...] 37 De ello se deduce que, en la medida en que un órgano jurisdiccional nacional deba, en aplicación de sus normas procesales internas, estimar un recurso de anulación de un laudo arbitral basado en la inobservancia de normas nacionales de orden público, también debe estimar tal recurso basado en la inobservancia de la prohibición impuesta en el apartado 1 del artículo 85 del Tratado. [...] 41 Por consiguiente, procede responder a la segunda cuestión que un órgano jurisdiccional nacional al que se ha presentado un recurso de anulación de un laudo arbitral debe estimarlo cuando considere que el laudo es efectivamente contrario al artículo 85 del Tratado, si conforme a las normas procesales internas debe estimar un recurso de anulación basado en el incumplimiento de normas nacionales de orden público."

<sup>27</sup> Algo que ha sido puesto en valor al provocarse una constitucionalización del arbitraje donde el TS ha sido sustituido por el TC: Luis Felipe Castresana, 'Una reflexión sobre la constitucionalización del arbitraje, a propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de febrero de 2021', LA LEY Mediación y Arbitraje n.º 6. Especial Monográfico 'Nuevos derroteros del arbitraje en España a la luz de la doctrina reciente del Tribunal Constitucional', N.º 6, 1 de abril de 2021, p. 2. Más críticos: Hierro/Gómez, nota 43, y proponiendo (*Id.*, p. 137) por ello dos opciones de *lege ferenda* dirigidas a unificar doctrina: que se atribuya de nuevo la competencia para conocer de la acción de anulación del laudo al TS o que el legislador introduzca un recurso extraordinario en interés de ley con carácter excepcional frente a las decisiones de los TSJ. *Id.*, Urquiola de Palacio, 'El Constitucional rescata la autonomía del arbitraje. El proceso arbitral en España a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional', Coordinador José Carlos Fernández Rozas, CIMA-Wolters

presenta un recurso de amparo frente a una decisión del TSJ que haya conocido de la acción de anulación del laudo arbitral, en el bien entendido que no podrá enjuiciar como tal el laudo sino el amparo que se le solicite por la decisión del órgano judicial del control, esto es, por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (Artículo 24.1 CE).<sup>28</sup> A continuación examinaremos con mayor detalle las recientes decisiones del TC en esta materia.

#### IV. *El recurso de amparo frente a las decisiones del TSJM de anulación de laudos. Las recientes decisiones del Tribunal Constitucional (2020-2022)*

El recurso de amparo constitucional es posible frente a las decisiones de los TSJ en procesos de anulación de laudos al tratarse de un recurso contra un acto de un poder público –una decisión de un juez o tribunal– siempre que lesione los derechos fundamentales de los ciudadanos.<sup>29</sup> En particular, las seis sentencias del TC de los años 2020-2022 resuelven accediendo al recurso de amparo y en consecuencia anulando las sentencias del TSJ, en este período todas son del TSJ de Madrid (“TSJM”) sobre la base de entender vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva (Artículo 24.1 CE) de los recurrentes por el tribunal de control (el TSJM) en su vertiente de derecho a una resolución motivada no incurso en irrazonabilidad, arbitrariedad o error patente. Como un *boomerang* el argumento vuelve en contra del TSJM porque éste emplea precisamente en buena parte de las

---

Kluwer, 2021, p. 102. De acuerdo con la primera: Fernando Castedo, El “orden público” como motivo de anulación del laudo arbitral en la sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de febrero de 2021, LA LEY Mediación y Arbitraje nº 6. Especial Monográfico ‘Nuevos derroteros del arbitraje en España a la luz de la doctrina reciente del Tribunal Constitucional’, N.º 6, 1 de abril de 2021, p. 2. De acuerdo con la última: De los Santos, p. 7, haciendo referencia al Informe de El Club Español del Arbitraje ‘Informe para Promover España como Sede de Arbitraje Internacional’ que así lo propuso en 2019; y Juan Fernández-Armesto/Alba Briones, ‘Reflexiones a raíz de la sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de febrero de 2021’, LA LEY Mediación y Arbitraje nº 6. Especial Monográfico ‘Nuevos derroteros del arbitraje en España a la luz de la doctrina reciente del Tribunal Constitucional’, N.º 6, 1 de abril de 2021, pp. 4-5.

<sup>28</sup> Por todas, STC 9/2005.

<sup>29</sup> Véase Art. 41.2 LOTC: “El recurso de amparo constitucional protege, en los términos que esta ley establece, frente a las violaciones de los derechos y libertades a que se refiere el apartado anterior, originadas por las disposiciones, actos jurídicos, omisiones o simple vía de hecho de los poderes públicos del Estado, las Comunidades Autónomas y demás entes públicos de carácter territorial, corporativo o institucional, así como de sus funcionarios o agentes.”

ocasiones – como fundamento para anular laudos arbitrales objeto del posterior recurso de amparo la irrazonabilidad, arbitrariedad o error patente en la motivación de los laudos por parte de los árbitros.

Conviene comenzar recordando que la acción de anulación de un laudo arbitral no es un recurso contra el fondo del asunto y que además lo es únicamente por los motivos tasados que aparecen en el Artículo 41 LA, en el bien entendido, como se ha indicado oportunamente, que no se entra directamente en el examen del fondo del asunto por el tribunal de control “sino en la medida en que la decisión adoptada sobre el fondo implique una vulneración de garantías fundamentales o de principios que pueden estimarse comprendidos dentro del orden público.”<sup>30</sup> Esta configuración estrecha y limitada de la acción de anulación aparece bien delimitada teóricamente por diversas SSTC, por ejemplo, la STC 1/2018, así como por los diversos TSJ a la hora de enfrentarse a las acciones de nulidad de los laudos arbitrales, que suelen comenzar sus decisiones recordando la teoría ya indicada con profusión.

Sin embargo, el salto de la teoría a la práctica no siempre queda contenido en los estrechos contornos en los que se desenvuelve o debería desarrollarse el escrutinio y control judicial en sede de anulación. El TSJM, en algunas de sus resoluciones, en lo que se ha llamado el “*Quinquenio Aciago*” (2015-2019),<sup>31</sup> ha procedido a anular varios laudos arbitrales entrando en el fondo del asunto sobre la base de cuestionables y exorbitantes interpretaciones del orden público y –anudado a éste– de toda una serie de instituciones o principios como el de autonomía de la voluntad o la motivación de los laudos. Toda esta patología derivada de las resoluciones del TSJM ha ejercido una perniciosa perspectiva sobre el arbitraje

---

<sup>30</sup> Juan Antonio Xiol Ríos, ‘Artículo 40, Acción de anulación del laudo’, Comentarios a la Ley de Arbitraje. Coordinador: Carlos González-Bueno, Consejo General del Notariado, 2014, p. 801.

<sup>31</sup> Manuel Conthe Gutiérrez, Los riesgos de la anulación de laudos y la doctrina del Tribunal Constitucional. Anuario de Arbitraje 2021. Coordinadora María José Menéndez Arias. Civitas: Thomson-Reuters, 2021, pp. 367-368. O seis años como apunta Fernández Rozas, p. 121, explicando la doctrina del TSJM, y la acción y reacción provocada, v. José Carlos Fernández Rozas, ‘El Tribunal Constitucional restablece la ortodoxia en el control judicial de los laudos arbitrales. El proceso arbitral en España a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional’. Coordinador José Carlos Fernández Rozas, CIMA-Wolters Kluwer, 2021, pp. 95-97.

como institución que podría encapsularse en la enfermedad provocada por la judicialización del arbitraje.<sup>32</sup>

La intensidad y vehemencia en los razonamientos empleados por el TJM, la contumacia y persistencia en ellos, junto con la crítica – casi unánime por parte de la doctrina – en cuanto a las desenfocadas decisiones del TSJM en particular respecto al orden público,<sup>33</sup> la prueba y motivación de los laudos, dio pie a que se iniciaran sucesivos recursos de amparo ante el TC frente a varias de las sentencias anulatorias de laudos dictadas por el TSJM.

Han sido seis decisiones del TC – hasta el momento de escribir estas líneas a fin de octubre de 2022 – que por orden cronológico son: STC 15 junio 2020 (Sentencia 46/2020, ponente: M<sup>a</sup> Luisa Balaguer),<sup>34</sup> STC 15 febrero 2021 (Sentencia 17/2021, ponente: M<sup>a</sup> Luisa Balaguer),<sup>35</sup> STC 15 marzo 2021 (Sentencia 55/2021, ponente:

<sup>32</sup> Véase con claridad meridiana Antonio García Paredes, 'El arbitraje, ¿tutela judicial o tutela jurídica?', Revista del Club Español del Arbitraje, 2021, n<sup>o</sup> 41, pp. 9-19.

<sup>33</sup> Sin ánimo exhaustivo, v. Santiago Martínez Lage, 'El sedicente orden público económico en la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid'. Anuario de Arbitraje 2019. Coordinadora María José Menéndez Arias. Civitas: Thomson-Reuters, 2019, pp. 181-200; y María José Menéndez Arias, 'Revisión de la motivación y la valoración de la prueba'. Anuario de Arbitraje 2019. Coordinadora María José Menéndez Arias. Civitas: Thomson-Reuters, 2019, pp. 297-334.

<sup>34</sup> La violación del Art. 24 CE se debe a la negativa del órgano judicial de archivar el procedimiento por pérdida sobrevenida del objeto, una vez que las partes alcanzaron un acuerdo de resolución del conflicto que mantenían durante el proceso de anulación del laudo. Básicamente para el TSJM en la sentencia de anulación de 4 mayo 2017 (ponente Santos Vijande y sala compuesta por los magistrados Vieira y Polo) una vez que el laudo objeto de anulación entra en su esfera de control, el principio dispositivo queda anulado máxime porque se alegaba como causal de anulación la infracción del orden público. Se trataba de un asunto de arrendamiento sometido a un arbitraje de derecho AEADE.

<sup>35</sup> Se alega la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (Art. 24.1 CE), en su vertiente de derecho a una resolución motivada, no incurso en irrazonabilidad, arbitrariedad o error patente, basada en la declaración de nulidad del laudo arbitral por un supuesto déficit de motivación y una errónea valoración de la prueba practicada en el procedimiento arbitral, lo que a juicio del órgano judicial contradiría el orden público contenido en el Art. 41.1 f) LA. El litigio de fondo sometido a arbitraje *ad hoc* de equidad versaba sobre una disputa intra-societaria entre socios familiares. Para el TSJM, en su decisión de 8 enero 2018 (ponente Susana Polo, y sala compuesta por los Magistrados Vieira y Santos Vijande) y como recoge la STC, el hecho de decretar la disolución y liquidación de una sociedad sin causa legal o estatutariamente predeterminada puede suponer una infracción del orden público económico/societario, si con ello se produce una vulneración de normas imperativas que afecten a la esencia del sistema societario. Tal es el motivo – a su juicio – que le obliga de oficio a entrar en el fondo de la demanda de nulidad planteada y a entender que la suficiencia de la motivación del laudo es una cuestión de orden público ex Art. 41 LA. Debe notarse que en este litigio participó como abogado, junto con Javier Juliani y Ángel Tejada, uno de los

Pedro José González-Trevijano),<sup>36</sup> STC 15 marzo 2021 (Sentencia 65/2021, ponente: Antonio Xiol),<sup>37</sup> STC 4 abril 2022 (Sentencia 50/2022, ponente: Enrique Arnaldo Alcubilla, con voto particular del magistrado Xiol)<sup>38</sup> y la última STC 27 junio 2022 (Sentencia 79/2022, ponente María Luisa Balaguer).<sup>39</sup> De especial consideración en esta reciente jurisprudencia es la STC 11 enero 2018 (Sentencia 1/2018, ponente: Encarnación Roca Trías), que sirve de base para contrastar algunas mejoras

---

principales árbitros internacionales, Don Bernardo Cremades en representación del demandante de anulación, quien comentó la sentencia. Véase Bernardo Cremades, 'Firme afianzamiento del arbitraje en la doctrina constitucional española'. Comentarios a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de febrero 2021, LA LEY Mediación y Arbitraje n° 6. Especial Monográfico 'Nuevos derroteros del arbitraje en España a la luz de la doctrina reciente del Tribunal Constitucional', N° 6, 1 de abril de 2021, pp. 1-7. El profesor Cremades concluye señalando la importancia de la doctrina del TC desde el punto de vista sustantivo por su efecto frente a las decisiones del *common law* negatorias del abuso del derecho (Art. 7.2 CC) como fuente de pretensiones y en consecuencia por la influencia que puede tener en Latinoamérica.

<sup>36</sup> El supuesto de hecho es muy parecido al de la STC 46/2020, esto es, negativa del TSJM de no proceder al archivo del procedimiento de anulación del laudo, cuando las partes de común acuerdo así lo solicitan, con el mismo resultado al que se llega en dicha decisión, esto es, la resolución del TSJM es cuando menos, irrazonable y vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión. En este caso se trataba de un arbitraje internacional CCI, partes española y argentina, de derecho, relativo a un contrato de franquicia en exclusiva. La STSJM 13 diciembre 2018 (ponente Santos Vijande, y con la mayoría del magistrado Francisco José Goyena Salgado) es la que anula el laudo y cuenta con el voto Particular del magistrado Vieira Morante.

<sup>37</sup> El supuesto de amparo es parecido en cuanto a su causa al de la STC 17/2021 pues se alega la infracción del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, por haber desarrollado el TSJM un control basado en una interpretación irrazonable acerca del alcance de la causa de nulidad consistente en ser el laudo contrario al orden público previsto en el Art. 41.1 f) LA. En cuanto al caso de fondo, se trata de un contrato Swap entre el Banco Santander y una empresa, Casa Depot, en un arbitraje CAM en equidad. El laudo fue anulado por la STSJM 13 diciembre 2018 (ponente Santos Vijande y con la mayoría del magistrado Francisco José Goyena Salgado). Voto Particular: Vieira Morante.

<sup>38</sup> Como en los casos anteriores se alega infracción del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de derecho a una resolución motivada por infracción del orden público. En el caso en cuestión, el TSJM anuló el laudo por entender que los árbitros debieron imperativamente haber suspendido el procedimiento arbitral por mandato del Art. 40 LEC. El laudo objeto de anulación tuvo por objeto un conflicto derivado de un contrato de obra entre dos empresas en un arbitraje de derecho bajo el reglamento CIMA. La STSJM 4 octubre 2019 anula el laudo arbitral siendo ponente el magistrado Francisco José Goyena Salgado, y compuesto por los magistrados Celso Rodríguez Padrón y Jesús María Santos Vijande.

<sup>39</sup> En la última de las resoluciones de nuestro Alto Tribunal, trata la cuestión relativa a la prejudicialidad penal en un caso muy parecido al de la STC 50/2022 tanto en relación al recurso de amparo como en cuanto al fondo del asunto. La STSJM 8 noviembre 2019 es la que anula el laudo arbitral siendo ponente el magistrado Francisco José Goyena Salgado, y compuesto por los magistrados Celso Rodríguez Padrón y Jesús María Santos Vijande. Un comentario a esta decisión en Marta Cerrada, 'La reciente Sentencia del Tribunal Constitucional de 27 de junio de 2022: luces en el concepto de orden público y sombras en torno a la prejudicialidad penal en el arbitraje.' LA LEY Mediación y Arbitraje n° 6, julio-septiembre 2022, N.º 12, pp. 1-9.

técnicas que clarifican y avanzan en la doctrina constitucional en las seis sentencias ya señaladas.

Común a las sentencias de amparo ante el TC es que se ha establecido un franco y fructífero diálogo, un debate enriquecedor, entre jurisdicción y arbitraje gracias al cual se ha debatido intensamente acerca de cuestiones nucleares en el arbitraje y ha quedado asentada en gran medida la doctrina constitucional del arbitraje en España ofreciendo en conjunto perspectivas muy interesantes en relación a ese diálogo. Muy lejos —y desde luego superada está— aquella concepción rancia y trasnochada acerca del arbitraje como una institución que realizaba una competencia (desleal) al sistema judicial.<sup>40</sup>

La reciente jurisprudencia del TC es una jurisprudencia que permite consolidar el arbitraje dentro y fuera de España y que desde los círculos arbitrales ha sido muy bienvenida viniendo a dar un respiro y un soplo de aire fresco<sup>41</sup> una vuelta a la normalidad<sup>42</sup> frente a decisiones anulatorias de laudos arbitrales de la mano del

---

<sup>40</sup> Véase en la jurisprudencia, voto particular de Xiol a la STC 1/2018: “En mi opinión, sin embargo, en el arbitraje no debe verse una suplantación de las decisiones judiciales, sino una institución de rango fundamental en un sistema jurídico basado en la libertad, con respecto a la cual la actividad judicial aspira a mantener el *mínimum* de protagonismo, solo el necesario para garantizar la resolución pacífica de aquellas situaciones de conflicto jurídico que el propio arbitraje no puede resolver por sí mismo (bien por ser necesaria una actividad ejecutiva de restricción de los derechos de las partes no consentida por estas, bien por faltar presupuestos o requisitos básicos para la existencia o validez del arbitraje)”. En la doctrina, entre otros, José María Alonso, ‘Despejadas las dudas en orden a la seguridad jurídica del arbitraje en España y a su posición como sede internacional.’ LA LEY Mediación y Arbitraje nº 6. Especial Monográfico ‘Nuevos derroteros del arbitraje en España a la luz de la doctrina reciente del Tribunal Constitucional’, Nº 6, 1 de abril de 2021, p. 2, las relaciones son excelentes y buena prueba de ello es que como recuerda Alonso en el año 2006 se constituyó el “Observatorio” sobre el tratamiento judicial del arbitraje con la idea de celebración de un foro anual en dicha materia, Observatorio que bajo el nuevo Convenio suscrito entre el Club Español del Arbitraje y el Consejo General del Poder Judicial el pasado 18 de diciembre de 2020.

<sup>41</sup> Juli de Miquel Berenguer, ‘Un auténtico soplo de aire fresco para el arbitraje.’ El proceso arbitral en España a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional. Coordinador José Carlos Fernández Rozas, CIMA-Wolters Kluwer, 2021, pp. 95-97.

<sup>42</sup> Se ha dicho con acierto que es una vuelta a la normalidad repasando la doctrina del TSJM antes y después de 2015. Véase Carlos de los Santos, ‘Regreso a la normalidad arbitral’, Sentencias del Tribunal Constitucional de 15 de junio de 2020 y de 15 de febrero de 2021, LA LEY Mediación y Arbitraje nº 6. Especial Monográfico ‘Nuevos derroteros del arbitraje en España a la luz de la doctrina reciente del Tribunal Constitucional’, Nº 6, 1 de abril de 2021, p. 2. *Id.*, Pedro Tent Alonso, ‘Satis superque, o del aparente y esperado final de una anomalía arbitral española: la Sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de febrero de 2021’, LA LEY Mediación y Arbitraje nº 6. Especial Monográfico ‘Nuevos derroteros del arbitraje en España a la luz de la doctrina reciente del Tribunal

TSJM —no exentas de polémica interna dentro de la propia Sala como muestran los votos particulares de quien era en aquel momento presidente de la misma, el magistrado Vieira—. Decisiones que crearon no sólo desasosiego entre la comunidad arbitral nacional, sino que trascendió nuestras fronteras poniéndose en tela de juicio los tan importantes principios de previsibilidad y seguridad jurídica que se reclama en el arbitraje<sup>43</sup> y haciendo aparecer nubarrones sobre la elección de España y específicamente Madrid como sede de arbitrajes internacionales, y ello conviene resaltarlo pese a que hay otras muy numerosas sentencias de los restantes TSJ que son impecables como también otras del propio TSJM. Desde esta perspectiva es muy importante destacar que el arbitraje internacional es altamente sensible a los desarrollos normativos y jurisprudenciales que puedan darse en un determinado país por el sistema de malla o red que opera a nivel de la institución y que le dota de uniformidad y globalidad gracias a la Convención de Nueva York y a la Ley Modelo, en la actualidad asimilada en 118 jurisdicciones de todo el mundo.<sup>44</sup>

Ese ansiado deseo de situar a España como referente en el mundo del arbitraje internacional, o en términos futbolísticos de jugar en la primera división del arbitraje internacional, es como se sabe algo que explícitamente declara la propia

---

Constitucional', N.º 6, 1 de abril de 2021, p. 2. Igualmente se ha destacado descriptivamente que: "con dos sentencias, una de 15 de junio de 2020 y la más reciente de 15 de febrero de 2021, nos ha agasajado con la receta del bálsamo de Fierabrás para recuperar una sana simbiosis entre jurisdicción y arbitraje, requisito esencial para que España siga consolidando su atractiva oferta para las empresas, los profesionales y los demás actores del arbitraje internacional". Josep M.ª Julià Insenser, 'Un buen año', LA LEY Mediación y Arbitraje n.º 6. Especial Monográfico 'Nuevos derroteros del arbitraje en España a la luz de la doctrina reciente del Tribunal Constitucional', N.º 6, 1 de abril de 2021, p. 1.

<sup>43</sup> Entre otros, Rafael Hinojosa Segovia, 'Precisiones del Tribunal Constitucional sobre el ámbito de la acción de anulación contra laudos arbitrales. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 17/2021, de 15 de febrero.' *El proceso arbitral en España a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional*. Coordinador José Carlos Fernández Rozas, CIMA-Wolters Kluwer, 2021, pp. 146-150; y Javier Íscar de Hoyos, *Detrás de una gran sentencia siempre hay un gran abogado/a*. 'El proceso arbitral en España a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional', Coordinador José Carlos Fernández Rozas, CIMA-Wolters Kluwer, 2021, pp. 157-160.

<sup>44</sup> Buena prueba del efecto sistémico del arbitraje internacional es que la importante doctrina del TC objeto de este trabajo ha situado a España como merecedora del Premio GAR de Global Arbitration Review, en su edición de 2021, como uno de los países que mayores progresos ha realizado en materia de arbitraje, compartiendo el galardón todo hay que decirlo porque demuestra la importancia de las sinergias y colaboración entre jueces y árbitros con el Centro Internacional de Arbitraje de Madrid ("CIAM").

Exposición de Motivos de la LA. De ahí que se acogiera el importante modelo de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de la CNUDMI, si bien a diferencia de ella con un carácter más amplio dado el carácter monista de nuestra Ley y su aplicación unitaria al arbitraje nacional e internacional, trascendiendo de la mercantilidad también de la relación contractual de base, y estableciendo importantes principios que conforman a la institución arbitral moderna, principalmente y en lo que ahora más nos interesa: la separación o distanciamiento entre las instituciones arbitrales y la función jurisdiccional. Así, las normas procesales contenidas en la LEC no aplican de forma general en el proceso arbitral. Se trata de un esfuerzo que requiere de la colaboración coordinada por parte de todos los operadores jurídicos, y donde la reciente doctrina del TC aporta estabilidad y seguridad jurídica.

La doctrina del TC en menos de un año (desde junio 2020 hasta abril 2021, con las sentencias 46/2020, 17, 55 y 65 de 2021) ha encauzado el debate en torno a importantes cuestiones relacionadas con el arbitraje, su naturaleza jurídica, el alcance de la acción de anulación frente a los laudos, el orden público y el deber de motivación en esas importantes sentencias que reciben además respaldo en líneas generales en la última de la saga, la reciente STC 4 abril 2022 que, sin embargo, deja todavía en el aire algunos nubarrones por mor del voto particular del magistrado Xiol.

Más allá del importante efecto pedagógico que tienen las SSTC,<sup>45</sup> existen algunos aspectos que son comunes a todas ellas:

- i) todas se basan en la infracción del derecho a la tutela judicial efectiva del Artículo 24.1 CE por parte del órgano judicial de control, el TSJM, en su vertiente de derecho a una resolución motivada no incurso en irrazonabilidad o arbitrariedad, ya por la negativa del órgano judicial a

---

<sup>45</sup> Lo reitera en diversas ocasiones comentando las dos primeras en el tiempo (STC 46/2020 y 17/2021). Véase también José Antonio Caínzos, 'Dos sentencias inseparables', LA LEY Mediación y Arbitraje nº6. Especial Monográfico 'Nuevos derroteros del arbitraje en España a la luz de la doctrina reciente del Tribunal Constitucional', N.º 6, 1 de abril de 2021, pp. 1-5.

archivar el procedimiento, una vez que las partes alcanzaron un acuerdo transaccional para poner fin a la acción de anulación,<sup>46</sup> o por un desenfocado concepto de orden público,<sup>47</sup> que lleva al TSJM a sustituir la labor arbitral por su decisión ya sea al analizar la prueba,<sup>48</sup> ya la existencia de prejudicialidad penal,<sup>49</sup>

- ii) de todas ellas se desprende un inequívoco apoyo a la institución del arbitraje;
- iii) unos términos claros y contundentes –mayores en unos casos que en otros– respecto al reproche formal que le merecen las STSJM anulatorias de laudos.<sup>50</sup>

No existe coincidencia –o más bien concurre diversidad– en cuanto a los laudos arbitrales objeto de anulación por lo que dota todavía de mayor importancia a la doctrina asentada por el TC por su efecto generalizador. Se trata de arbitrajes

---

<sup>46</sup> STC 46/2020 y STC 55/2021. Nótese que además la doctrina del TSJM era absolutamente aislada, y además de los votos disidentes del presidente de la Sala, contaba con la jurisprudencia en contra de otros TSJ, como señalan: Alonso/Cantarero, pp. 86-87, considerando además el vuelco radical en el TSJM tras las SSTC (*Id.*, pp. 87-95).

<sup>47</sup> STC 65/2021.

<sup>48</sup> STC 17/2021 y STC 55/2021.

<sup>49</sup> STC 50/2022.

<sup>50</sup> En la doctrina comentando las dos primeras, Francisco G. Prol, 'Las últimas Sentencias del Tribunal Constitucional relativas al orden público: una aproximación general.' LA LEY Mediación y Arbitraje nº 6. Especial Monográfico 'Nuevos derroteros del arbitraje en España a la luz de la doctrina reciente del Tribunal Constitucional,' N.º 6, 1 de abril de 2021, p. 2, lo deja claro: "permítaseme mostrar mi sorpresa por la inusitada dureza en el tono empleado por el TC para manifestar su desacuerdo con las decisiones del TSJ de Madrid. En efecto, en la Sentencia 20 el TC utiliza, para referirse a la decisión del TSJ de Madrid, expresiones (como veremos con posterioridad) tales como «extensiva» e «injustificada» (p. 13 de la Sentencia), «irrazonable» (p. 16 de la Sentencia), etc." Por ejemplo, destaca sutilmente la última de las SSTC, 79/2022, donde el TSJM hizo caso omiso de tres pronunciamientos previos del tribunal arbitral en relación con la prejudicialidad penal, y así indica: "En opinión de este tribunal, a diferencia de lo que sucede en el resto de recursos analizados en anteriores ocasiones, la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid utilizando su competencia de velar por el orden público reexamina el supuesto debatido y concluye sin mayor motivación que el colegio arbitral incurrió en una motivación irrazonable al no suspender el procedimiento a la vista de un auto y de un oficio del Juzgado Central Penal núm. 6 en el que tan solo –a instancias del fiscal– se le requería información sobre si había procedido a suspenderlo." En todo caso, los reproches deben mantenerse dentro de los límites del Art. 54 LOTC: "Cuando la Sala o, en su caso, la Sección conozca del recurso de amparo respecto de decisiones de jueces y tribunales, limitará su función a concretar si se han violado derechos o libertades del demandante y a preservar o restablecer estos derechos o libertades, y se abstendrá de cualquier otra consideración sobre la actuación de los órganos jurisdiccionales."

nacionales (5) y uno internacional (STC 55/2021), tanto de derecho (4)<sup>51</sup> como en equidad (2);<sup>52</sup> coinciden cinco de ellos en que son arbitrajes institucionales sometidos a diversas instituciones arbitrales: CCI (1),<sup>53</sup> AEADE (1),<sup>54</sup> CAM (1)<sup>55</sup> y CIMA (2).<sup>56</sup> Y por lo tanto uno de ellos es un arbitraje *ad hoc* (STC 17/2021).

Igualmente, existe variedad en cuanto a las relaciones jurídicas y sujetos sometidos a los arbitrajes anulados: contrato de arrendamiento de vivienda entre particulares;<sup>57</sup> disputa intra-societaria derivada de un convenio arbitral estatutario entre socios miembros de una misma familia;<sup>58</sup> contrato internacional de franquicia en exclusiva entre dos empresas;<sup>59</sup> contrato *swap* entre un banco y una empresa;<sup>60</sup> y contratos de ejecución de obra entre una empresa estatal y una UTE.<sup>61</sup>

Finalmente, destacar que salvo las dos primeras SSTC (46/2020 y 17/2021) los ponentes son distintos magistrados del TC.<sup>62</sup> Todas las sentencias se emiten por unanimidad salvo como veremos la STC 50/2022 que contiene un voto particular

---

<sup>51</sup> STC 46/2020; STC 55/2021; STC 50/2022 y STC 79/2022.

<sup>52</sup> STC 17/2021 y 65/2021. En una proporción que podría ser semejante a lo que sucede en la práctica española donde es menor el número de arbitrajes en equidad que en derecho. Debe recordarse que el arbitraje en equidad era la regla general bajo la LA de 1988. Véase Con carácter general: Francisco Tusquets Trías de Bes, *Una visión renovada del arbitraje de equidad y sus ventajas. El arbitraje: nueva regulación y práctica arbitral*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, pp. 145-168.

<sup>53</sup> STC 55/2021.

<sup>54</sup> STC 46/2020.

<sup>55</sup> STC 65/2021.

<sup>56</sup> STC 50/2022 y STC 79/2022.

<sup>57</sup> STC 46/2020.

<sup>58</sup> STC 17/2021.

<sup>59</sup> STC 55/2021.

<sup>60</sup> STC 65/2021. Resulta casi imposible que no existiera un contrato *swap* entre el elenco de casos en solicitud de amparo pues precisamente una gran parte de la problemática jurisprudencia del TSJM deriva de este tipo de casos. Me remito a los trabajos previos que he realizado sobre esta cuestión con ulteriores citas. Véase Pilar Perales Viscasillas, 'El arbitraje financiero: el sometimiento a arbitraje'. *Revista del Club Español del Arbitraje/Spain Arbitration Review*, 2015, n° 24, pp. 1-27; 'Contratos de permuta financiera y arbitraje: cuestiones procesales y sustantivas'. *Revista de Derecho del Mercado de Valores* n° 17/2015, pp. 1-57; y 'Los laudos sobre *swaps* en la jurisprudencia del TSJ de Madrid (2011-2015)'. *Diario La Ley*, 11 febrero 2016, pp. 1-5, publicado también en *Revista del Club Español del Arbitraje/Spain Arbitration Review*, 2016, n° 25, pp. 87-96.

<sup>61</sup> STC 50/2022 y STC 79/2022.

<sup>62</sup> STC 46/2020, STC 17/2021 y STC 79/2022, ponente M<sup>a</sup> Luisa Balaguer; STC 55/2021, ponente Pedro José González Trevijano; STC 65/2021, ponente Juan Antonio Xiol, STC 50/2022, ponente Enrique Arnaldo Alcubilla, voto disidente Juan Antonio Xiol.

del magistrado Xiol,<sup>63</sup> a la postre el ponente de la anterior en el tiempo, la STC 65/2021.

Indudablemente, la doctrina del TC sobre el arbitraje no puede restringirse a las sentencias dictadas desde junio 2020 sino que la doctrina del TC ha tenido desde antaño un papel muy destacado, pero sí es cierto que con la última jurisprudencia se ha realizado un esfuerzo por clarificar el rol del arbitraje y por refinar su naturaleza jurídica y entronque constitucional a la par que ha establecido las líneas maestras por las que debe discurrir el control jurisdiccional.<sup>64</sup> Al mismo tiempo, y como es lógico también, en esas sentencias se han reiterado principios largamente acogidos –y también reflejados en las decisiones de las Audiencias Provinciales y posteriormente en las de los TSJ– como *el de la mínima intervención de los órganos jurisdiccionales* en el arbitraje que está contenido en el Artículo 7 LA (STC 46/2020, STC 17/2021, STC 50/2022 y STC 79/2022),<sup>65</sup> o el de la *renuncia expresa y puntual que supone el arbitraje al ejercicio del derecho a la tutela de los jueces y magistrados* (STC 1/2018).<sup>66</sup> Principios que se han traducido dogmáticamente en el llamado principio de deferencia razonable: debe presumirse que los árbitros al resolver las controversias que las partes les someten respetan y aplican el ordenamiento jurídico, incluidas sus normas y principios fundamentales.<sup>67</sup>

<sup>63</sup> Xiol participó en tres de las seis sentencias que comentamos, esto es, en todas salvo en las SSTC 46/2020, 17/2021 y 79/2022.

<sup>64</sup> Sostiene, sin embargo, que estas sentencias no dicen cosas muy diferentes de las resoluciones del Alto Tribunal de los años 90: María José Menéndez Arias, *El orden público material como motivo de anulación de los laudos arbitrales y la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Anuario de Arbitraje 2022. Coordinadora María José Menéndez Arias. Civitas: Thomson-Reuters, 2022, p. 141.

<sup>65</sup> Gonzalo Ardila, 'El Tribunal Constitucional reafirma el principio de mínima intervención de los órganos jurisdiccionales en el arbitraje', LA LEY Mediación y Arbitraje n° 6. Especial Monográfico «Nuevos derroteros del arbitraje en España a la luz de la doctrina reciente del Tribunal Constitucional», N.º 6, 1 de abril de 2021, pp. 1-6 y Pascual Sala Sánchez, 'El principio de mínima intervención judicial en el arbitraje y su terminante reconocimiento en las Sentencias del Tribunal Constitucional 46/2020, de 15 de junio, y 17/2001, de 15 de febrero', LA LEY Mediación y Arbitraje n° 6. Especial Monográfico 'Nuevos derroteros del arbitraje en España a la luz de la doctrina reciente del Tribunal Constitucional', N° 6, 1 de abril de 2021, pp. 1-8.

<sup>66</sup> Véase STC 17/2021.

<sup>67</sup> Jesús Remón, 'El arbitraje en España y su pleno reconocimiento en la doctrina constitucional. A propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional 17/2021, de 15 de febrero', LA LEY Mediación y Arbitraje n° 6. Especial Monográfico 'Nuevos derroteros del arbitraje en España a la luz de la doctrina reciente del Tribunal Constitucional', N° 6, 1 de abril de 2021, n° 20, p. 6.

La doctrina del TC establecida con ocasión de los recursos de amparo ha venido a potenciar la institución arbitral al establecer contornos claros y precisos, pero no son un punto y final. Surgen muchas luces y algunas sombras, cuestiones que pueden ser controvertidas y que comienzan a ser identificadas por la doctrina e incluso por la propia jurisprudencia (*quid non* la del propio TC y -sin que sea una sorpresa- hasta del controvertido TSJM).

La más reciente doctrina del TC sobre el arbitraje ha clarificado la naturaleza jurídica del arbitraje; el debate en torno a la naturaleza jurídica de la institución cobró especial relevancia con la STC 1/2018 (ponente: Encarnación Roca Trías) en relación con la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el TSJ de Cataluña relativa al Artículos 76 e) Ley del Contrato de Seguro (“LCS”) (Seguro de defensa jurídica) por vulnerar los Artículos 24.1 y 117 CE, donde se emitieron cuatro votos particulares. La cuestión nuclear debatida era en qué medida el indicado precepto de la LCS imponía un arbitraje obligatorio por el asegurado a la aseguradora.

Si bien en determinados momentos la Sentencia parece inclinarse por la naturaleza contractual al referirse al principio de autonomía de la voluntad siguiendo la doctrina constitucional sentada en las SSTC 174/1995, de 23 de noviembre y reiterada en la STC 352/2006, de 14 de diciembre: “...*La autonomía de la voluntad de las partes – de todas las partes – constituye la esencia y el fundamento de la institución arbitral, por cuanto que el arbitraje conlleva la exclusión de la vía judicial. Por tanto, resulta contrario a la Constitución que la Ley suprima o prescinda de la voluntad de una de las partes...*” (énfasis propio).

Lo cierto es que parece alinearse con la tesis del equivalente jurisdiccional pues finalmente la inconstitucionalidad del precepto de la LCS se asienta en la contrariedad con lo dispuesto en los Artículos 24.1 y 117. 3 CE, como ya hicieron

por cierto otras decisiones del TC donde la obligatoriedad del arbitraje fue puesta en tela de juicio.<sup>68</sup>

Sea como fuere, la STC 1/2018 resucita el debate al punto de que el magistrado Xiol pronuncia un importante voto particular que no puede ser más contundente y claro:

“1. El arbitraje es un medio alternativo de resolución de controversias, pero no un equivalente jurisdiccional. Estoy en desacuerdo con la naturaleza que la sentencia de la que disiento atribuye a la institución del arbitraje. Parece considerar que es simplemente un sucedáneo del ejercicio de la función jurisdiccional, «un equivalente jurisdiccional», como así lo denomina, cuando, a mi juicio, como medio alternativo de resolución de controversias constituye una institución con contenido propio.”

En consecuencia, el magistrado Xiol entiende que al asumir la STC 11 enero 2018 la tesis jurisdiccional se empaña la aplicación plena de los principios de libertad y autonomía de la voluntad. Entre otras cosas: i) no permite explicar bien el abandono de las facultades inherentes al ejercicio de la jurisdicción, ni la sumisión a la autonomía privada de aspectos relativos a su ejercicio, ni la autonomía de los árbitros para decidir sobre el ámbito de su decisión sin otro control que el limitado a posteriori; ii) se abstiene de considerar la posible influencia de otros principios o valores constitucionalmente protegidos como la defensa de los consumidores. A juicio del magistrado Xiol, con cita de la STC 9/2005, de 17 de enero: “*El arbitraje es un medio heterónomo de arreglo de controversias que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de los sujetos privados, lo que constitucionalmente lo vincula con la libertad como valor superior del ordenamiento...*”

En definitiva, y de conformidad con el voto particular de Xiol, se disiente de la consideración establecida en SSTC reiteradas que el arbitraje es un equivalente jurisdiccional, y muy al contrario se considera que el arbitraje es un medio alternativo de resolución de controversias que tiene contenido propio como tal

---

<sup>68</sup> STC 174/1995: “*Infringe el art. 24 CE porque, aunque es cierto que no impide el acceso a la vía judicial lo condiciona a un pacto expreso, y el derecho a la tutela judicial efectiva no puede quedar condicionado a la obtención del acuerdo o consentimiento de la otra parte.*” Y STC 352/2006, de 14 diciembre 2006.

institución: “institución de rango fundamental en un sistema jurídico basado en la libertad,” así como que el arbitraje no entronca con el Artículo 24 CE sino con el Artículo 10 CE que proclama la dignidad y autonomía de la persona, en relación con otros preceptos en los que se desarrolla este principio (Artículos 33 y 38 CE).<sup>69</sup>

La cuestión se plantea nuevamente en las recientes SSTC de amparo. La STC 17/2021 observa la confusión en la que incurre la doctrina del TSJM y realiza un esfuerzo aclaratorio de más de 30 años,<sup>70</sup> entonando un cierto “*mea culpa*”:

“[L]a confusión puede que haya sido originada por la utilización en nuestros primeros pronunciamientos (SSTC 15/1989, de 26 de enero; 62/1991, de 22 de marzo; 288/1993, de 4 de octubre; 174/1995, de 23 de noviembre, y 176/1996, de 11 de noviembre) –y luego reiterada en posteriores– de la expresión ‘equivalente jurisdiccional’ para referirnos al arbitraje. Si esa fuera la causa, es necesario aclarar desde este momento que tal equivalencia hace referencia especialmente al efecto de cosa juzgada que se produce en ambos tipos de procesos, jurisdiccional y arbitral.”

Como posteriormente apostilla la STC 65/2021 en la que precisamente es ponente el magistrado Xiol:

“[E]xtender la idea del arbitraje como ‘equivalente jurisdiccional’ más allá de su equivalencia en cuanto a sus efectos, es decir, a la cosa juzgada y a su ejecutividad, es tanto como hablar de identidad entre resoluciones judiciales y arbitrales. Esta afirmación es inaceptable, pues ambos tipos de resolución de conflictos descansan sobre preceptos constitucionales distintos [...] La semejanza entre ambos tipos de decisión –judicial y arbitral– no alcanza más allá de aquellos efectos y en que el procedimiento arbitral no se puede ver sometido a las exigencias propias del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), puesto que no es un procedimiento judicial, como tampoco los árbitros ejercen la jurisdicción, cometido de la competencia exclusiva de quienes integran el Poder Judicial (art. 117 CE). Por tanto, no están sujetos a los deberes y garantías que impone el art. 24 CE. Al contrario: cuando las

<sup>69</sup> Digno de mención otras consideraciones como que “*el derecho a la tutela jurisdiccional constituye un derecho fundamental que, como todo derecho, admite modulaciones o limitaciones; que se trata de un derecho de configuración legal subordinado a la efectividad de la protección de los derechos e intereses de las personas y que en el caso del arbitraje su contenido esencial queda garantizado mediante la impugnación del laudo, como el art.53 CE impone a toda medida legislativa reguladora de un derecho fundamental.*”

<sup>70</sup> Como lo recuerda: Antonio Vázquez Guillén, *Qué quería decir el Tribunal Constitucional con el «equivalente jurisdiccional», LA LEY Mediación y Arbitraje n° 6. Especial Monográfico «Nuevos derroteros del arbitraje en España a la luz de la doctrina reciente del Tribunal Constitucional», N° 6, 1 de abril de 2021, p. 2.*

partes de una controversia, en ejercicio de la autonomía de la libertad (art. 10 CE), deciden acudir al procedimiento arbitral, eligen sustraerse de las normas que rigen el procedimiento judicial (art. 24 CE) y también, claro está, al enjuiciamiento y valoración de los órganos judiciales, a quienes desde ese momento les está vedado el conocimiento del asunto.”

Como conclusión destacar como hacen también la STC 65/2021 (FJ 4), a la que sigue la STC 50/2022 (FJ 3) que: *“Quienes se someten libre, expresa y voluntariamente a un arbitraje, como método heterónomo de solución de su conflicto, eligen dejar al margen de su controversia las garantías inherentes al art. 24 CE y regirse por las normas establecidas en la Ley de arbitraje.”* La doctrina reciente del TC tiene el mérito de alcanzar un punto de encuentro entre el arbitraje y la jurisdicción al aclarar el entuerto que su propia doctrina generó y la STC 65/2021, de 15 marzo (Ponente Xiol) reconduce a sus justos términos el concepto de la equivalencia jurisdiccional, en el bien entendido que no implica aplicar el mismo test y principios de control especialmente en la motivación que se debe aplicar a las sentencias judiciales. Como se dice de forma clara y precisa: *“es necesario aclarar desde este momento que tal equivalencia hace referencia especialmente al efecto de cosa juzgada que se produce en ambos tipos de procesos, jurisdiccional y arbitral. Nada más y nada menos.”*

Otro punto importante a destacar de la reciente doctrina del TC es que coadyuva a aportar claridad respecto a la caracterización de la acción de anulación y los límites del órgano jurisdiccional estableciendo claramente las directrices en las que han de moverse los jueces de control, esto es, los TSJ, y que resumidamente son: *“la acción de anulación no es un recurso de apelación y por lo tanto no es una tercera instancia, por lo que no se permite una revisión del fondo de la decisión de los árbitros, al estar tasadas las causas de revisión previstas en el citado art. 45, y limitarse estas a las garantías formales sin poderse pronunciar el órgano judicial sobre el fondo del asunto, nos hallamos frente a un juicio externo”* (STC 46/2020,<sup>71</sup> y en similares términos STC 65/2021, que añade que el juez de control no puede valorar la prueba practicada, los razonamientos jurídicos y las conclusiones alcanzadas por el árbitro, y STC

<sup>71</sup> Con apoyo en SSTC 174/1995, de 23 de noviembre, FJ 3, y 75/1996, de 30 de abril, FJ 2

50/2022). Y *“la finalidad última del arbitraje, que no es otra que la de alcanzar la pronta solución extrajudicial de un conflicto, se vería inevitablemente desnaturalizada ante la eventualidad de que la decisión arbitral pudiera ser objeto de revisión en cuanto al fondo”* (STC 46/2020 y STC 17/2021).<sup>72</sup> Queda fuera pues del posible control la posible justicia del laudo, las deficiencias del fallo o el modo más o menos acertado de resolver la cuestión. En otras palabras, existe un derecho a equivocarse (STC 17/2021 y STC 65/2021).

Punto esencial que se ha de destacar es que la doctrina del TC pone orden y concierto en el rol del orden público como motivo de anulación de los laudos arbitrales. Ha sido un concepto ensanchado de orden público manejado por el TSJM el causante de toda una serie de decisiones anulatorias de laudos arbitrales en la que ese orden público servía para que el TSJM fuese una auténtica segunda instancia.

Ciertamente que nos encontramos ante un concepto que es difuso y poco claro como corresponde a un concepto jurídico indeterminado por lo que se corre el riesgo de que se ensanche en su configuración, y so pretexto del mismo se entre a dilucidar el fondo del asunto, y esto es lo que ha pasado en varias de los casos anulados: el TSJM entró a juzgar como si fuera un árbitro en apelación prácticamente realizando un laudo paralelo y discrepante al laudo emitido por los árbitros. En consecuencia y como sostuvo la STC 17/2021 y repiten las SSTC 65/2021 y 79/2022: el control *“no permite sustituir el criterio alcanzado por el árbitro por parte de los jueces que conocen de la anulación del laudo, así como que la noción de orden público no puede ser tomada como un cajón de sastre o una puerta falsa –en palabras*

---

<sup>72</sup> José Remón, “El arbitraje”, nº 25, p. 9: *“ninguno de los motivos de anulación legalmente tasados ni, singularmente, el orden público, pueden conformarse mediante una automática traslación del contenido constitucionalmente declarado de las garantías que integran el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), precisamente, porque esas garantías constitucionalizadas no pueden proyectarse, con el rango de derechos fundamentales, sobre el procedimiento arbitral que tiene su origen en la opción voluntaria por las partes de renunciar a someterse a la jurisdicción. La infracción del derecho de defensa en el procedimiento arbitral y la incongruencia del laudo no encuentran encaje en la causal de orden público sino en los motivos del artículo 41.1.b) y c) de la Ley 60/2003.”*

*del propio Tribunal Superior de Justicia de Madrid (sentencia de 21 mayo de 2013)– que permita el control de la decisión arbitral.”*

La reciente doctrina del TC ha tenido el mérito de aportar claridad y ha procedido a estrechar los límites del orden público ante lo que ha considerado *“una interpretación extensiva e injustificada”* de ese concepto realizado por el TSJM (STC 46/2020 y STC 55/2021). A decir de la STC 46/2020:

*“El ensanchamiento del concepto de «orden público» que realizan las resoluciones impugnadas para llevar a cabo una revisión de fondo del litigio por el órgano judicial, lo que pertenece en esencia solo a los árbitros, desborda el alcance de la acción de anulación y despreja el poder de disposición o justicia rogada de las partes del proceso.”*<sup>73</sup>

El TC se ha esforzado por definir el orden público tanto material como procesal en un intento de reconducir el concepto a límites estrechos. Así la STC 46/2020 ofrece ambos conceptos en lo que señala es jurisprudencia reiterada del TC. Se entiende por orden público material *“el conjunto de principios jurídicos públicos, privados, políticos, morales y económicos, que son absolutamente obligatorios para la conservación de la sociedad en un pueblo y en una época determinada”* (SSTC 15/1987, de 11 febrero; 116/1988, de 20 junio, y 54/1989, de 23 febrero).<sup>74</sup> Se entiende por orden público procesal: *“el conjunto de formalidades y principios necesarios de nuestro ordenamiento jurídico procesal”, que “comprende los derechos fundamentales y las libertades garantizados por la Constitución, así como otros principios esenciales indisponibles para el legislador por exigencia constitucional o de la aplicación de principios admitidos internacionalmente”*. De esta forma se apunta que: *“solo el arbitraje que contradiga alguno o algunos de tales principios podrá ser tachado de nulo por vulneración del orden público.”*

<sup>73</sup> *Id.*, STC 55/2021 y en términos similares STC 65/2021, STC 50/2022, y STC 79/2022.

<sup>74</sup> Mayores detalles en Menéndez, ‘El orden público material’, pp. 141-162, quien considera que el orden público material recoge dos supuestos: que el laudo carezca de motivación (si bien éste también puede ser calificado como contrario al orden público procesal), y que se hayan infringido normas legales imperativas en el contenido del laudo (no la infracción de normas imperativas de procedimiento).

Las SSTC 17/2021, 65/2021 y 50/2022 repiten ambas nociones, si bien ahonda en las definiciones al dar un paso más la STC 17/2021 –a la que siguen las STC 65/2021 y 50/2022– al indicar que:

“La acción de anulación, por consiguiente, solo puede tener como objeto el análisis de los posibles errores procesales en que haya podido incurrir el proceso arbitral, referidos al cumplimiento de las garantías fundamentales, como lo son, por ejemplo, el derecho de defensa, igualdad, bilateralidad, contradicción y prueba, o cuando el laudo carezca de motivación, sea incongruente, infrinja normas legales imperativas o vulnere la intangibilidad de una resolución firme anterior.”

Respecto a la motivación de los laudos arbitrales, la doctrina anulatoria del TSJM utilizó supuestos fallos, incongruencias o lagunas en la motivación anudada al concepto de orden público para anular algunos laudos arbitrales. La motivación puede alcanzar al orden público material o procesal como acertadamente se ha indicado por la doctrina.<sup>75</sup>

La reciente doctrina del TC ha aclarado muchas de las cuestiones que se cernían en torno al deber de motivación en el arbitraje y en particular desterrar la idea de que el deber de motivación del laudo arbitral está al mismo nivel que el deber de motivación que tienen los órganos jurisdiccionales en sus resoluciones, radicando precisamente ahí el error del TSJM,<sup>76</sup> al equiparar los planos arbitral y jurisdiccional y por lo tanto encajar el deber de motivación en el art. 24.1 CE; a mayor abundamiento, esa doctrina del TSJM –y de otros TSJ– cometía otro error porque en los tres casos donde ha estado en tela de juicio la motivación de los laudos arbitrales (STC 17/2021, STC 65/2021 y STC 50/2022), el TSJM entró como

---

<sup>75</sup> *Ibid.*, pp. 145-147.

<sup>76</sup> Y de otros TSJ, como destaca: Miguel Gómez Jene, ‘Arbitraje Comercial Internacional’. Civitas/Thomson Reuters, 2018, pp. 357-361, quien discrepa o matiza esa línea de los TSJ. Véase también: Alfonso Iglesia/Lucía Montes, El estándar aplicable al deber de motivación del laudo bajo el art.37.4 de la Ley de Arbitraje, a la luz de la STC 15 febrero 2021, ‘El proceso arbitral en España a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional’. Coordinador José Carlos Fernández Rozas, CIMA-Wolters Kluwer, 2021, pp. 151-156.

un elefante en una cacharrería a enjuiciar el fondo del asunto, desvirtuando el carácter del arbitraje como un sistema de “one shot”.<sup>77</sup>

Lo expresa claramente, por ejemplo, la STC 65/2021:

“El tribunal no comparte el criterio de la sentencia, no solo porque aplica las exigencias de motivación propias de las resoluciones judiciales (art. 24.1 CE) a los laudos arbitrales, ensanchando así la noción de orden público del art. 41.1 f) LA -pues como se declara *supra*, unos y otros se asientan en derechos constitucionales diferentes (arts. 10 y 24 CE)-; sino, especialmente, porque entra en el fondo del debate de la cuestión controvertida, en vez de limitar su actuación de fiscalización a comprobar los posibles errores *in procedendo* o a la ausencia de motivación.”

La doctrina reciente del TC al revisar en amparo esta cuestión ha tenido el mérito de aclarar diversos puntos.

En primer lugar, el anclaje de la motivación de los laudos que es legal (Artículo 37.4 LA) y no constitucional (Artículo 24 CE que aplica a las sentencias), por lo que ni está prevista en la CE ni se integra en el derecho fundamental del Artículo 24 CE: “*el deber de motivación del laudo no surge del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), que solo es predicable de las resoluciones emanadas del Poder Judicial, sino de la propia Ley de arbitraje, que en su art. 37.4 así lo exige*” (STC 65/2021 y similarmente STC 17/2021 y STC 50/2022). A continuación, esta misma STC 65/2021 aclara la confusión que puede provocar la redacción del Artículo 37.4 LA que se asemeja a la exigencia del Artículo 120.3 CE respecto a las resoluciones judiciales y que podría hacer pensar que tal deber de motivación del laudo está constitucionalmente garantizado. De ahí se llega a dos conclusiones. La primera es que legalmente se podría prescindir de la motivación (STC 17/2021 y STC 65/2021). La segunda es que las partes pueden pactar si el laudo debe estar motivado (art. 37.4 LA) y en qué términos (STC 65/2021 y STC 50/2022).

---

<sup>77</sup> En palabras de Silvia Barona Vilar, ‘Psicoanálisis del arbitraje en la sociedad digital y líquida del siglo XXI. Entre la deconstrucción y la caquexia’. *Psicoanálisis del arbitraje: solución o problema en el actual paradigma de justicia*. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2020, pp. 44-46.

Termino ya. No estamos ante un punto y final. Resulta preciso seguir avanzando en el debate en torno a las difíciles y espinosas cuestiones que suscita el complejo equilibrio entre el arbitraje y la jurisdicción, pues pese a las muchas luces arrojadas por la reciente doctrina constitucional quedan todavía pendientes algunas sombras, como ha demostrado el voto particular del magistrado Xiol a la STC 50/2022, así como otras cuestiones que hemos ido relatando a lo largo del trabajo y que permiten a la doctrina ir detectando algunas cuestiones objeto de futuros debates.

# TLCAN Y T-MEC: LAS DIFERENCIAS SUSTANCIALES

Bernardo Sepúlveda Amor\*

## I. Introducción

El Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) y el Tratado entre México, Estados Unidos y Canadá (T-MEC) representan un acuerdo fundamental de comercio y arbitraje celebrado entre México, Estados Unidos y Canadá. Dichos Tratados han sido los instrumentos jurídicos que han regido los derechos de inversión relativos a la Solución de Controversias Inversionista – Estado (SCIE), así como las posibles controversias que puedan surgir entre los tres Estados signatarios. La contribución de estos acuerdos ha sido esencial en el desarrollo contemporáneo del arbitraje internacional.

## II. La denominada “Cláusula de Legado”

El 1 de julio de 2020 se puso fin al TLCAN como consecuencia de una controversia política basada en una serie de declaraciones del presidente Trump en las que indicaba que el TLCAN era el peor tratado jamás firmado por Estados Unidos (EE. UU). Sin embargo, si se cumplen ciertos requisitos previstos en el T-MEC, el TLCAN seguirá aplicando más allá de su terminación. Pero sólo se aplicará a los arbitrajes tramitados entre el 1 de julio de 2020 (entrada en vigor del T-MEC) y el 1 de julio de 2023, tres años después de la terminación del TLCAN. Este mecanismo ya se ha invocado en trece casos, nueve contra México, tres contra Canadá y uno contra EE. UU.

---

\* El Juez Sepúlveda Amor es *Of Counsel* de Creel, Garcia-Cuellar, Aiza y Enríquez, S.C. y fundador del área de arbitraje y resolución de controversias de la firma.

El TLCAN y el T-MEC tienen un buen número de similitudes, pero no son idénticos. Existen diferencias sustanciales entre ambos Tratados. El propósito de este documento es identificar las más relevantes.

Es importante tener en cuenta que Canadá ha decidido no formar parte de las disposiciones de SCIE del T-MEC, tal y como se establece en su Anexo 14 D y Anexo E. Estas dos secciones regulan la inversión entre México y EE. UU. y las disputas relacionadas con los contratos gubernamentales cubiertos aplicables a EE. UU. y a México.

### **III. La definición de "inversión"**

El TLCAN no incluía una definición clara de inversión. Los tribunales del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones ("CIADI") se encargaron en su momento de esta tarea. El T-MEC, a diferencia del TLCAN, ofrece una definición muy precisa de inversión, inspirada en cierta medida en las decisiones de los tribunales arbitrales del CIADI. Establece que "inversión" significa:

- a) todo activo de propiedad de un inversionista o controlado por el mismo, directa o indirectamente;
- b) que tenga las características de una inversión, incluidas características tales como el compromiso de capital u otros recursos;
- c) la expectativa de obtener ganancias o utilidades o la asunción de riesgo.

El T-MEC también incluye una larga y detallada lista de elementos que pueden considerarse inversión, similar pero no idéntica a la lista del TLCAN.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Véanse a título comparativo, Art. 1139 del TLCAN y Art. 14.1 del T-MEC.

#### IV. La cuestión de los "sectores cubiertos"

Bajo el T-MEC, un grupo privilegiado de inversionistas estadounidenses o mexicanos que poseen un "contrato de gobierno cubierto" y que operen en un "sector cubierto", gozan de una sólida y amplia protección en términos tanto de procedimiento como de reclamaciones materiales de inversión.<sup>2</sup>

Para pertenecer a este selecto grupo de inversionistas, la inversión debe operar en uno de los cinco sectores cubiertos:

- a) actividades relacionadas con el petróleo y el gas;
- b) servicios de generación de energía;
- c) telecomunicaciones;
- d) servicios de transporte; e
- e) infraestructura.

Un requisito esencial para un inversionista que opere en un sector cubierto es tener un contrato gubernamental cubierto celebrado con una autoridad nacional, lo que significa una autoridad a "nivel central de gobierno", según la definición del T-MEC.

Los inversionistas con contratos de gobierno cubiertos se benefician de una serie de derechos sustantivos y prerrogativas procedimentales, como:

- a) un nivel mínimo de trato, que incluye un trato justo y equitativo y plena protección y seguridad;
- b) protección contra la expropiación directa o indirecta; y
- c) prerrogativa del requisito de agotar los procedimientos judiciales locales como requisito previo para recurrir al arbitraje de inversiones.

---

<sup>2</sup> Ver T-MEC, Anexo 14-E.

Los inversionistas que no pertenezcan al sector cubierto tienen bajo el T-MEC una protección de sus derechos menos amplia que la que tenían en virtud del TLCAN. Sus reclamaciones se limitan a invocar un incumplimiento del trato nacional, recurrir al trato de nación más favorecida y reclamaciones por expropiación. Eso sólo podrá ocurrir después de haber agotado primero con éxito los recursos locales ante las instancias judiciales nacionales como requisito para iniciar el arbitraje de inversiones. Fuera de su alcance legal estará el derecho a reclamar una violación de un trato justo y equitativo o la existencia de una expropiación indirecta.

El T-MEC limita considerablemente el alcance de la noción de “trato nacional” al disponer que para determinar si se concede trato nacional a un inversor extranjero se apliquen “circunstancias similares”, lo que significa que la decisión de conceder el “trato nacional” dependerá de “la totalidad de las circunstancias, incluido si el trato pertinente distingue entre inversionistas o inversiones sobre la base de objetivos legítimos de bienestar público.”<sup>3</sup> Este matiz introduce no poca lasitud en la interpretación de la prescripción.

El T-MEC excluye explícitamente las reclamaciones por expropiación indirecta en el caso de inversionistas no comprendidos en los sectores cubiertos.

## V. *Comentario final*

Después de advertir algunas de las dramáticas diferencias que aparecen en la comparación entre las reglas del TLCAN y las reglas del T-MEC, no es tarea fácil explicar y justificar la introducción de un esquema privilegiado que beneficia sustancialmente a los inversionistas y sus inversiones incluidas en los cinco sectores cubiertos en obvio detrimento de los incentivos y derechos que otros inversionistas que operan en otros sectores del sistema económico podrían tener derecho a reclamar, incentivos y derechos que previamente les otorgaba el TLCAN.

---

<sup>3</sup> Ver T-MEC, Art. 14.4.

No parece encontrarse un precedente en los tratados de arbitraje de inversiones que conceda privilegios a determinados sectores cubiertos y, al mismo tiempo, discrimine a todos los demás inversionistas que operan en sectores ajenos a los cubiertos por el T-MEC.

Aún es muy pronto para evaluar la forma en que los inversionistas reaccionan a este novedoso esquema, ya sean los beneficiarios de las reglas del T-MEC que favorecen a los sectores cubiertos o los excluidos de este sistema privilegiado. El flujo y volumen de la futura inversión extranjera a México al seleccionar su destino a los sectores cubiertos o a los no cubiertos proporcionará una medida de preferencias, una que puede permitir, determinar y evaluar las virtudes, la utilidad y el impacto a la economía en su conjunto de los dos sistemas distintos que el T-MEC ha establecido.

# ¿PREPARADOS? ¿LISTOS? ¡I.A.!: LA CARRERA POR LA IMPLANTACIÓN DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN EL ARBITRAJE

Elena Gutiérrez\*

Ernest Morales\*\*

## I. Introducción

La generación que era adolescente en los años 80 recordará sin duda una famosa película que retrataba un año 2015 futurizado desde la perspectiva de aquella década. En aquella secuela de *"Regreso al Futuro"* todo el mundo circulaba en coches y monopatines voladores, pagaba con la huella del pulgar, hacía videoconferencias, contestaba al teléfono con las gafas y no se agachaba para abrocharse las zapatillas de deporte, porque éstas se abrochaban solas. Con la salvedad de los coches y monopatines voladores y las zapatillas de deporte automáticas (que supusieron una gran decepción para aquella generación), la película acertó bastante en su predicción de cómo sería el mundo en el siglo XXI.

No todas las predicciones cinematográficas del futuro fueron tan amables. Durante los años 70 y 80 Hollywood prestó especial atención a la ciencia ficción, y retrató un futuro altamente tecnificado, en el que robots y computadoras inteligentes (como la célebre HAL 9000 en *"2001: Una Odisea del Espacio"*) se rebelaban contra los humanos e incluso conquistaban el mundo y aniquilaban a la humanidad. Ese futuro ha llegado y se llama inteligencia artificial. Afortunadamente no lo ha hecho en la forma apocalíptica que el séptimo arte imaginó (a pesar de que ese temor sigue muy activo en la mente de muchos), sino más bien en la cotidianidad de nuestro día a día.

---

\*Socia Fundadora de MGC Arbitration.

\*\*Asociado de MGC Arbitration.

Como el amor, que dirían los románticos, la inteligencia artificial está en todas partes. En Estados Unidos, según el informe de Edison Research, en 2022 el 35% de los hogares cuentan con un altavoz inteligente como Google Home o Amazon Echo (la famosa “Alexa”).<sup>1</sup> En medicina, sistemas de inteligencia artificial se utilizan de forma sistemática para diagnosticar enfermedades y personalizar tratamientos. Solo en el año 2022 se estima que se usarán 1,638 robots quirúrgicos en más de un millón de operaciones en todo el mundo, con un porcentaje de éxito del 97%, en un mercado valorado en más de 5 mil millones de dólares.<sup>2</sup>

De este modo, la inteligencia artificial es, sin lugar a dudas, uno de los principales motores del cambio en lo que se ha venido a denominar la cuarta revolución industrial, en la que los avances tecnológicos marcan los tiempos de la evolución. Algunos autores, tales como Eric Brynjolfsson y Andrew McAfee, acuñan el término de la “Segunda Edad de las Máquinas” (*The Second Machine Age*).<sup>3</sup> Los autores sostienen que el desarrollo social de la humanidad ha sido relativamente gradual hasta el momento de la aparición de los desarrollos tecnológicos que se originaron a finales del siglo XVIII, los cuales inclinaron la curva del desarrollo de forma exponencial.

Dicha evolución exponencial en el desarrollo de la tecnología se conoce como la “Ley de Moore”.<sup>4</sup> A tal efecto, Brynjolfsson y McAfee utiliza el siguiente ejemplo: el super-ordenador más rápido del planeta en 1997 tenía un coste de 55 millones de dólares y tenía el tamaño de una pista de tenis. Nueve años después, la Play Station 3, una videoconsola para niños con un valor de 500 dólares tenía la misma capacidad que ese super-ordenador. Así, si el mismo desarrollo tecnológico

---

<sup>1</sup> NPR and Edison Research, ‘The Smart Audio Report’, 2022. Disponible en: <https://www.nationalpublicmedia.com/insights/reports/smart-audio-report/#download>

<sup>2</sup> SM Strategic Market Research, ‘Surgical Robots Market’, 2022. Disponible en: <https://www.strategicmarketresearch.com/market-report/surgical-robots-market#:~:text=How%20big%20is%20the%20surgical,with%20a%20CAGR%20of%2016.84%25>

<sup>3</sup> Eric Brynjolfsson y Andrew McAfee, ‘The Second Machine Age: Work, Progress, and Prosperity in a Time of Brilliant Technologies’, W. W. Norton Company Inc., EEUU, 2014.

<sup>4</sup> *Ibidem*, p. 41.

prosigue, un ordenador de escritorio en 2050 tendrá una capacidad de procesamiento que superará la capacidad de toda la humanidad.<sup>5</sup>

La inversión en inteligencia artificial también es elocuente. Según las últimas previsiones a fecha de firma del presente artículo, el gasto mundial en inteligencia artificial abarcando software, hardware y servicios, alcanzará los 432.800 millones de dólares en 2022, lo que supone al menos un crecimiento del 19% con respecto a 2021. De hecho, este mercado romperá la barrera de los 500 mil millones de dólares en 2023.

Y los ejemplos de su implantación en grandes empresas son múltiples. Spotify y Netflix son expertos en recomendaciones personalizadas. Ambas plataformas buscan comprender los comportamientos e intereses de los usuarios para hacer sugerencias que éstos realmente disfruten. Ello es posible gracias al *Big Data* y a la inteligencia artificial. Alexa de Amazon y Siri de Apple no son solo asistentes virtuales, son interfaces de usuario de voz (“*VUI*”), que utilizan tecnología de inteligencia artificial conversacional. Es decir, no solo interactúan con el usuario basándose en lo que éste dice, sino en cómo lo dice. Uber o Airbnb utilizan lo que se denomina el *smart pricing*, un sistema de inteligencia artificial que fija precios dinámicos, basados en la demanda y la oferta de un producto. Google Ads ofrece el modelo de ofertas inteligentes, las cuales son ofertas automáticas que utilizan el aprendizaje automático para mejorar las conversiones y el valor de conversión en cada subasta de anuncios. Nike adquirió en 2018 una empresa de visión computacional (Invertex) y, en 2019, una compañía de análisis predictivo (Celect). Todo ello a fin de ofrecer a sus clientes una experiencia personalizada de marca. Como se puede ver, las posibilidades son infinitas.

No obstante, algunas de las aplicaciones prácticas que el mundo empresarial ha tratado de dar a la inteligencia artificial no han sido totalmente exitosas y permiten identificar algunos de los retos y limitaciones a los que todavía se

---

<sup>5</sup> Ray Kurzweil, ‘The Age of Spiritual Machines: When Computers Exceed Human Intelligence’, Penguin, Reino Unido, 2000.

enfrenta la inteligencia artificial. Un buen ejemplo es la implementación por Amazon en el año 2018 de una herramienta basada en la inteligencia artificial para “superar” a otras empresas tecnológicas en la carrera por el talento. La empresa entrenó sus modelos para que buscaran los mejores talentos de entre los perfiles que recibían, con la intención, además, de eliminar cualquier sesgo de contratación que pudiera tener su personal de recursos humanos. Los modelos de inteligencia artificial se entrenaron utilizando datos recogidos durante un periodo de 10 años en el que la gran mayoría de los candidatos finalmente seleccionados habían sido hombres. Este hecho sesgó inconscientemente el sistema y tuvo como consecuencia que el algoritmo priorizara los perfiles de candidatos masculinos y otorgara una menor puntuación a los perfiles femeninos. Tras muchos intentos de eliminar el sesgo de género para que el programa fuera neutro, Amazon se dio por vencida y disolvió la herramienta y el equipo.<sup>6</sup>

En el presente artículo, tras realizar una primera aproximación a la implantación de la inteligencia artificial en el mundo de la abogacía (II), pasaremos a analizar las diversas formas en las que la inteligencia artificial está presente en los procedimientos arbitrales (III): antes del inicio del arbitraje (A), en el nombramiento del árbitro (B), durante el procedimiento arbitral (C), y en la fase decisoria (D). Finalmente, pasaremos a extraer nuestras conclusiones sobre el impacto actual y futuro que la inteligencia artificial tiene en el arbitraje internacional (IV).

## II. *La inteligencia artificial en la abogacía*

El sector legal también comienza a incorporar a su práctica sistemas de inteligencia artificial. Así, se estima que el mercado de la tecnología jurídica en

---

<sup>6</sup> Joe McKendrick, Andy Thurai, ‘AI Isn’t Ready to Make Unsupervised Decisions’, Harvard Business Review, 2022. Disponible en: <https://hbr.org/2022/09/ai-isnt-ready-to-make-unsupervised-decisions#:~:text=Today's%20algorithms%20still%20largely%20lack,to%20see%20the%20bigger%20picture.&text=Artificial%20intelligence%20is%20designed%20to,involvement%20are%20beyond%20human%20comprehension>

Estados Unidos crecerá hasta los 55.000 millones de dólares.<sup>7</sup> Pese a que su implantación tiene aún un gran camino por recorrer, su aparición ya ha creado grandes expectativas, puesto que los nuevos clientes de los servicios legales, acostumbrados a un mundo que se mueve a través de aplicaciones y el *e-commerce*, pretenden acudir y “consumir” los servicios legales de la misma manera.<sup>8</sup> Uno de los autores de referencia en lo que a la implantación de la inteligencia artificial en el sector legal se refiere, Richard Susskind, identifica tres vectores de cambio en el mundo de la abogacía: el reto del “más por menos”, por el cual las firmas se ven presionadas a ofrecer mayores servicios a sus clientes por menor contraprestación; la liberalización de las estructuras de negocio, referida a la relajación de la regulación sobre quién puede ofrecer servicios legales; y finalmente la tecnología de la información. El autor sostiene que éste último es el factor del cual se tiene un mayor desconocimiento y sin duda el más infravalorado entre los abogados.<sup>9</sup>

Los ejemplos de su implantación son numerosos: el *chatbox* Do Not Pay,<sup>10</sup> es un abogado robótico creado por un estudiante de la universidad de Stanford de 19 años que recurre multas de tráfico en Londres y Nueva York. Lleva ganados más de 200.000 casos desde el año 2016 y ha devuelto a sus usuarios más de 20 millones de dólares por multas de aparcamiento indebidas. La compañía estuvo recientemente en boca de todos, pues iba a ser el primer sistema de inteligencia artificial de este tipo en ayudar a un acusado a recurrir una multa de tráfico directamente ante un tribunal, diciéndole al acusado lo que debía argumentar en tiempo real a través de unos auriculares. Finalmente, el experimento fue desechado, después de que la fiscalía supuestamente amenazara con penas de cárcel al director general de la empresa en caso de proceder con dicho sistema.<sup>11</sup>

<sup>7</sup> Robert J. Ambrogi Et. Al., ‘Ethics Issues in Lawyers’ Use of Artificial Intelligence’, ABA National Conference on Professional Responsibility, 2018.

<sup>8</sup> Mark Gediman, ‘Artificial Intelligence Not Just Sci-Fi Anymore’, AALL Spectrum, Vol. 21, 2016, pp. 34-37.

<sup>9</sup> Richard Susskind, ‘Tomorrow’s Lawyers: An Introduction to Your Future’, Oxford University Press, Reino Unido, 2013.

<sup>10</sup> Sitio web de Do Not Pay: <https://donotpay.com/>

<sup>11</sup> M. Cerullo, ‘AI-powered “robot” lawyer won’t argue in court after jail threats’, CBS News, 2023.

Ya en el año 2016, la firma estadounidense Baker & Hostetler anunció la “contratación” de Ross,<sup>12</sup> un sistema de inteligencia artificial creado por IBM a partir de su popular plataforma de inteligencia cognitiva Watson, que procesa cientos de bases de datos para dar respuestas a consultas jurídicas. Los llamados *smartcontracts*, o contratos inteligentes, que incorporan la tecnología *blockchain* y se caracterizan por su auto-ejecutabilidad, son ya una realidad en sectores como el energético, el bancario o el de seguros. Finalmente, Luminance es el sistema de inteligencia artificial más avanzado del mundo para la revisión legal de contratos y documentos. En el Reino Unido, entre los clientes de Luminance se encuentran todas las consultoras de las *Big Four*, más de una cuarta parte de los mayores bufetes de abogados del mundo, como White & Case, Holland & Knight y Slaughter & May, así como equipos internos de organizaciones líderes como el supermercado británico Tesco y la empresa mundial de dulces Ferrero.<sup>13</sup>

Bien entendida, la inteligencia artificial abre un nuevo mundo de oportunidades con los que la comunidad jurídica y arbitral puede construir un sistema más eficiente, más eficaz, más preciso y seguramente más justo. Y sin embargo, como sostiene Marc Lauritsen, los abogados virtuosos en inteligencia artificial son tan excepcionales como los carniceros vegetarianos.<sup>14</sup>

### III. *La inteligencia artificial en el arbitraje*

La inteligencia artificial puede definirse como la simulación de procesos de inteligencia humana por máquinas, especialmente ordenadores. Estos procesos incluyen aprendizaje (adquisición de información y reglas para el uso de información), razonamiento (uso de las reglas para llegar a conclusiones aproximadas o finales) y autocorrección. Los sistemas de inteligencia artificial son

---

<sup>12</sup> Sitio web de Ross Intelligence: <https://rossintelligence.com/>

<sup>13</sup> Nota de Prensa de Luminance, ‘Top 20 Global Law Firm Adopts Luminance’s AI for Large Scale Contract Review’, 2022 ([https://www.luminance.com/news/press/20220524\\_top\\_20.html](https://www.luminance.com/news/press/20220524_top_20.html)).

<sup>14</sup> Queen Mary y White & Case, ‘2018 International Arbitration Survey: The Evolution of International Arbitration’, 2018. Disponible en: <http://www.arbitration.qmul.ac.uk/research/2018/>

capaces de procesar grandes cantidades de datos en un tiempo récord y con un margen de error mínimo (*big data*). También pueden identificar patrones y tendencias y formular predicciones de forma automática, con rapidez y recisión.<sup>15</sup> Todas ellas herramientas que, indudablemente, resultan tremendamente útiles en el desarrollo de un procedimiento arbitral.

La gran mayoría de los arbitrajes comerciales tramitados hoy en día se apoyan en mayor o menor medida en la tecnología. Así, es bastante habitual que las partes pacten el uso de medios de comunicación electrónica, la presentación electrónica de escritos y documentos (ya sea a través de *pendrives*, intercambio por correo electrónico, utilización de sistemas tales como Dropbox o We Transfer, o directamente creando un expediente virtual en la nube) o el uso de videoconferencia para interrogar a aquellos testigos y peritos que no pueden acudir presencialmente a la audiencia de prueba, particularmente en la era post-covid.

Si nos centramos en particular en la inteligencia artificial, el Informe “*La Evolución del Arbitraje Internacional*” elaborado por la Universidad Queen Mary en 2018 indicó que el 5% de los encuestados manifestó utilizar algún sistema de inteligencia artificial con frecuencia en la tramitación de sus procedimientos arbitrales, y el 3% afirmó utilizar inteligencia artificial en todos sus arbitrajes. Por otro lado, hasta un 78% de los encuestados indicaron que la inteligencia artificial es una tecnología que merece la pena utilizar más.<sup>16</sup> Si comparamos estos datos con el último informe de Queen Mary de 2021,<sup>17</sup> el porcentaje de encuestados que manifestó utilizar algún sistema de inteligencia artificial con frecuencia subió

<sup>15</sup> Ver Maxi Scherer, 'Chapter V: The Vienna Innovation Propositions, International Arbitration 3.0 – How Artificial Intelligence Will Change Dispute Resolution', en Christian Klausegger *et al.*, Austrian Yearbook on International Arbitration, Vol. 2019, 2019, pp. 503–514.

<sup>16</sup> Queen Mary y White & Case, '2018 International Arbitration Survey: The Evolution of International Arbitration', 2018. Disponible en: <http://www.arbitration.qmul.ac.uk/research/2018/>

<sup>17</sup> Queen Mary y White & Case, '2021 International Arbitration Survey: Adapting arbitration to a changing world', 2021. Disponible en: [https://arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/LON0320037-QMUL-International-Arbitration-Survey-2021\\_19\\_WEB.pdf](https://arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/LON0320037-QMUL-International-Arbitration-Survey-2021_19_WEB.pdf)

hasta el 13%, manteniéndose en un 2% los encuestados que utilizaron inteligencia artificial en todos sus arbitrajes.

Los sistemas de inteligencia artificial más utilizados son los softwares de aprendizaje automático, que son muy útiles para acelerar los procesos de resolución de disputas que involucran grandes volúmenes de datos. De este modo, el análisis de datos y la utilización de herramientas de inteligencia artificial pueden generar ahorros significativos de tiempo y costos para la resolución de disputas de la misma manera que lo hacen en el contexto de las operaciones comerciales.<sup>18</sup> Varias de estas herramientas ya están mejorando los procesos de resolución de disputas, algunas de las cuales se analizan a continuación.

### *A. El uso de la inteligencia artificial antes del arbitraje*

#### *a. En la redacción de contratos*

La inteligencia artificial puede resultar muy útil en la redacción del contrato, y puede hacer recomendaciones de cláusulas cuyo texto evite redacciones que hayan sido problemáticas en el pasado (por dar lugar a interpretaciones diversas) y que hayan derivado en situaciones litigiosas. Así, la inteligencia artificial puede ayudar a los operadores económicos y sus abogados a identificar las debilidades y puntos ciegos del contrato y facilitar que éstos blinden sus intereses con adecuadas fórmulas contractuales “*a prueba de litigio*”.

En el sector de la construcción, existe el Dispute Potential Index, una herramienta elaborada por el Construction Industry Institute<sup>19</sup> que predice la potencial litigiosidad de un proyecto de construcción en función de diversos factores; entre ellos, la forma de redacción del contrato. El objetivo general de esta herramienta

---

<sup>18</sup> Megan Turchi, ‘The future of International Arbitration may not be AI’, 2020. Disponible en: <https://www.thinksetmag.com/issue-7/ai-may-not-be-the-future-of-international-arbitration>.

<sup>19</sup> CII, ‘SP23-3 - Disputes Potential Index, Version 2.0’, 2017. Disponible en: <https://www.construction-institute.org/resources/knowledgebase/best-practices/disputes-prevention-resolution/topics/rt-023/pubs/sp23-3>

predictiva es reducir la incidencia de disputas contractuales que a menudo afectan los proyectos de construcción, lo que resulta en demoras, sobrecostos y litigios. De esta manera, el Dispute Potential Index proporciona a los responsables de proyectos la capacidad de evaluar de forma cuantificable el riesgo del surgimiento de controversias. Además, identifica las debilidades existentes en el proyecto y permite tomar medidas proactivas para evitar disputas desde el principio, y redactar contratos que tomen en consideración esos riesgos.

También en la redacción de la cláusula arbitral la inteligencia artificial puede resultar de utilidad. Los sistemas de inteligencia artificial son capaces de revisar contratos y recomendar la cláusula de arbitraje más adecuada en términos del lugar e idioma del arbitraje, el derecho aplicable o la institución de arbitraje más idónea. Además, el uso de este tipo de software reduciría el número de cláusulas arbitrales patológicas que se “cuelan” en los contratos, evitando así la litigación innecesaria que tantos costes y tiempo pueden generar.

#### *b. Al surgir la disputa*

La sofisticación del análisis de los datos que ofrece la inteligencia artificial, permite a los operadores económicos anticiparse, identificar y abordar problemas relacionados con la ejecución del contrato tan como pronto se produzcan. Una vez surgida la disputa, los sistemas de inteligencia artificial pueden ayudar en la valoración sobre si iniciar o no acciones legales (arbitrales) o buscar un acuerdo con la contraparte.

En particular, el *machine learning* o aprendizaje automático es una rama de la inteligencia artificial que permite el aprendizaje de máquinas sin ser expresamente programadas para ello, utilizando datos y algoritmos con fines de reconocimiento de patrones. Estas máquinas realizan análisis predictivos similares a los que realiza el ser humano cuando hace uso de sus funciones cognitivas. La capacidad de reconocimiento de patrones se basa en estadísticas y cálculos de probabilidad y, de esta forma, el programa calcula para cada factor, o combinación de factores que

analiza, qué probabilidad existe de que conduzca al resultado perseguido. La codificación predictiva puede utilizarse para evaluar las probabilidades de éxito de una parte e identificar los documentos en los que puede basarse una reclamación. Dicho mecanismo no solo facilitaría la tarea de definir la mejor estrategia procesal, sino que podría provocar que determinadas disputas nunca empezaran.<sup>20</sup> En este sentido, la aparición de los financiadores de litigios, cuyo interés en el resultado de un arbitraje es principalmente económico, puede darle un mayor impulso a este tipo de programas.<sup>21</sup>

En 2016, investigadores de la University College London, la Universidad de Pensilvania y la Universidad de Sheffield se propusieron predecir las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos utilizando un software de inteligencia artificial.<sup>22</sup> La metodología utilizada en el estudio se centró en la información textual contenida en las sentencias del Tribunal, utilizando el procesamiento del lenguaje natural y el aprendizaje automático. El software fue “alimentado” con el texto encontrado en las secciones sobre el procedimiento, antecedentes fácticos y argumentos legales, pero no incluía la parte decisoria, que era la que el modelo de inteligencia artificial debía adivinar. El software logró predecir cual fue la decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en un 79% de los casos.

En 2017 se publicó otro estudio que investigaba la predicción de las decisiones del Tribunal Supremo estadounidense.<sup>23</sup> Sobre la base de los avances en el aprendizaje automático y el trabajo previo realizado en la ciencia de la predicción judicial, el modelo analizó 28,000 casos y utilizó solo los datos disponibles antes de la parte dispositiva de la sentencia, siendo capaz de predecir el resultado en un 70% de los

---

<sup>20</sup> Bianca Berardicurti, ‘Artificial Intelligence in International Arbitration: The World is All That is The Case’, en Carlos González-Bueno, ‘40 under 40 International Arbitration’, Dykinson, 2021, pp. 377-392.

<sup>21</sup> K. Maxwell, ‘Computers Says No: Data Analytics in Arbitration’, Practical Law, 2018.

<sup>22</sup> Nikolaos Aletras *et. alt.*, ‘Predicting Judicial Decision of the European Court of Human Rights: A Natural Language Processing Perspective’, PeerJ Computer Science, 2016.

<sup>23</sup> Daniel M. Katz, Michael J. Bommarito II & Josh Blackman, ‘A General Approach for Predicting the Behavior of the Supreme Court of the United States’, PloS One, 2017.

casos. Además, el estudio intentó predecir también el voto de cada magistrado del Tribunal Supremo que había participado en cada expediente judicial, pudiendo hacerlo en un 72% de los casos.

El proyecto Jurimetría<sup>24</sup> de Wolters Kluwer, lanzado en 2017, fue pionero en intentar predecir el resultado de procedimientos todavía no iniciados. Se trata de una herramienta de analítica jurisprudencial que permite definir la estrategia procesal más idónea para el éxito del caso, a través de indicadores gráficos interactivos basados en el análisis cognitivo de millones de decisiones judiciales. El sistema analiza resoluciones judiciales en busca de elementos tales como la duración de los procesos, la argumentación legal del juez y de las partes, la jurisprudencia citada, o si un caso fue o no recurrido. Una vez realizado el análisis, y con ayuda de algoritmos, se establecen patrones que, aplicados al caso concreto, resultan útiles para estimar las probabilidades de éxito de un determinado pleito, su posible duración y su recurribilidad efectiva.

Otro proyecto interesante es Dispute Resolution Data,<sup>25</sup> una base de datos que contiene una gran cantidad de información empírica sobre casos de arbitraje comercial internacional y mediación. Esta base de datos identifica información relevante de cada caso, como la cuantía de la reclamación, la duración del arbitraje, el resultado del procedimiento, la existencia y resultados de medidas cautelares, o las reconvencciones formuladas. También permite filtrar los casos por sector industrial y región. El acceso a estos datos organizados y tratados de forma sistemática y efectiva pueda ayudar a establecer expectativas realistas de los clientes en una amplia variedad de jurisdicciones y sistemas arbitrales.

Jus Mundi es un motor de búsqueda jurídica internacional que utiliza la inteligencia artificial para, según manifiesta, “*hacer que el derecho internacional y el arbitraje sean más transparentes y accesibles en todo el mundo.*” La empresa ha desarrollado su propia tecnología para recopilar y estructurar datos provenientes

<sup>24</sup> Sitio web de Jurimetría: <https://jurimetria.laleynext.es/content/Inicio.aspx>

<sup>25</sup> Sitio web de Dispute Resolution Data: [http://www.disputeresolutiondata.com/about\\_drd](http://www.disputeresolutiondata.com/about_drd)

de laudos arbitrales internacionales, comerciales y de inversión. Jus Mundi también utiliza los algoritmos de aprendizaje automático más sofisticados para aprehender la diversidad y complejidad de los datos procedentes de todo el mundo. En menos de un año, esta revolucionaria herramienta ha atraído a varios gobiernos y a la mayoría de los principales bufetes de abogados del mundo, como DLA Piper, Clifford Chance, Freshfields Bruckhaus Deringer y Eversheds Sutherland.<sup>26</sup>

Finalmente, ArbiLex<sup>27</sup> es una plataforma que utiliza modelos probabilísticos para determinar si un caso resultará favorable para una u otra parte, en base al reconocimiento de patrones que surgen de distintos precedentes arbitrales y jurisprudencia. Así, la compañía ofrece dos productos: por un lado, acceso a una plataforma online de análisis de datos, a través de la cual se puede obtener diversas perspectivas en relación a la solución de determinadas disputas en sólo unos segundos y, por otro lado, la posibilidad de obtener un informe predictivo confeccionado a medida, permitiendo a los usuarios tomar decisiones para su caso con base en los resultados personalizados arrojados por la plataforma. Una de las novedades que ofrece ArbiLex es que utiliza un software de aprendizaje automático bayesiano, que permite corregir las probabilidades iniciales de ocurrencia que se han otorgado a un supuesto concreto con la evidencia del caso concreto. Por lo tanto, la predicción final que proporciona el algoritmo no se basa únicamente en la frecuencia observada de que ocurra un evento, sino que incorpora las características particulares del caso concreto (por ejemplo, elementos correctivos de la predicción inicial que se derivaran de la existencia de un informe de expertos en un caso concreto). Otras herramientas de predicción similares son Premonition, Lex Machina y Blue J L&E.<sup>28</sup>

<sup>26</sup> Sitio web Jus Mundi: <https://jusmundi.com/en>

<sup>27</sup> Sitio web de ArbiLex: <https://www.arbilex.co/welcome>

<sup>28</sup> Maroof Rafique, 'Why Artificial Intelligence Is a Compatible Match for Arbitration', en Stavros Brekoulakis, 'Arbitration: The International Journal of Arbitration', Mediation and Dispute Management, Kluwer Law International, Vol. 88, Núm. 2, pp. 310-320.

Estas aplicaciones basadas en inteligencia artificial que permiten a los usuarios anticipar el potencial resultado de una disputa contribuyen sin lugar a dudas a fomentar una solución temprana, eficiente y eficaz de las controversias. Debe notarse, no obstante, que la capacidad de predicción del criterio de los juzgadores (ya sea árbitros o jueces) por medio de la aplicación de algoritmos a datos públicamente accesibles, ha sido en ocasiones fuertemente criticada por la opacidad de la operativa de los algoritmos. Incluso ha dado lugar a reacciones legislativas en ocasiones radicales. Es el caso de parlamento francés, que en el mes de marzo de 2019 aprobó una reforma legislativa que prohibió la publicación de información estadística sobre las decisiones de los jueces franceses que haya sido obtenida con algoritmos de inteligencia artificial. Dicha conducta se castiga además con una pena de 5 años de prisión.<sup>29</sup>

Yendo un paso más allá, en los últimos años se ha desarrollado una herramienta para la resolución de disputas llamada Kleros, un sistema de justicia descentralizado, basado en la inteligencia artificial y el *blockchain*. Mediante Kleros, una parte tiene la opción de iniciar un reclamo ante el sistema, explicando la controversia en un formulario que se envía con las correspondientes pruebas documentales aseguradas criptográficamente. Una vez recibidos los datos, el sistema nombra un jurado al azar de entre las listas de sus registros, en función del tema específico de la controversia. Tras analizar las pruebas y reunirse con las partes, el jurado seleccionado acepta el encargo y llega a una decisión, que es enviada a los litigantes de forma electrónica.<sup>30</sup>

---

<sup>29</sup> Lei N° 2019-222 del 23 de marzo de 2019 de *Programmation 2018-2022 Et De Réforme Pour La Justice*, Art. 33.

<sup>30</sup> David Molina, '¿Las Nuevas Tecnologías Extinguirán El Sistema Arbitral? Kleros: Una Mirada Al Futuro Del Arbitraje Internacional', Kluwer Arbitration Blog, 2020. Disponible en: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/09/30/las-nuevas-tecnologias-extinguiran-el-sistema-arbitral-kleros-una-mirada-al-futuro-del-arbitraje-internacional/>

### *c. En la elección del equipo legal*

La inteligencia artificial puede ayudar a identificar al equipo jurídico óptimo para la llevanza de un determinado caso. La inteligencia artificial permite a los clientes realizar una evaluación previa de la idoneidad de un equipo legal para un caso particular; por ejemplo, según la tasa de éxito en arbitrajes similares, el grado de experiencia previa o las evaluaciones de los clientes.

De la misma forma, la inteligencia artificial permite a los abogados mejorar significativamente la calidad de los servicios legales que ofrecen al tiempo que facilita la reducción de costes e ineficiencias. Por ello, los abogados de arbitraje internacional, al hacer una oferta o participar en un sistema de selección o *beauty contest*, deberían considerar seriamente mencionar las herramientas de las que disponen como ventaja competitiva. Y los clientes, antes de optar por una u otra firma legal, deberían preguntar por éstas.

### *B. El uso de la inteligencia artificial en el nombramiento del árbitro*

La elección de árbitros constituye sin duda alguna una de las decisiones más estratégicas que una parte realiza en el transcurso de un arbitraje. Y sin embargo, en la gran mayoría de los casos, dicha elección se realiza con poca información, con base en experiencias personales o confiando en el “*boca a boca*”. Incluso las grandes firmas con las mayores redes para recopilar información reconocen que no existe nunca suficiente información sobre un árbitro cuando se valora su nombramiento. Las asesorías jurídicas internas exigen cada vez más algo más que la mera intuición para justificar los nombramientos de árbitros. Quieren datos y análisis específicos, tales como los que sus colegas de otros departamentos utilizan para tomar otras decisiones empresariales, y que necesitarán especialmente si tienen que explicar un resultado inesperado a la dirección.<sup>31</sup>

---

<sup>31</sup> Catherine Rogers, ‘Arbitrator Intelligence: From Intuition to Data in Arbitrator Appointments’, NYSBA New York Dispute Resolution Lawyer, Vol. 11, Núm. 1, 2018, p. 43.

La inteligencia artificial puede ayudar a los usuarios en la difícil tarea de designar al árbitro para un caso concreto contribuyendo a que dicha decisión se realice de forma más informada. Es el caso del software Arbitrator Intelligence<sup>32</sup> que se publicita como una herramienta de “*análisis de vanguardia sobre los árbitros internacionales*” y persigue incentivar que la selección de árbitros se realice de la forma más informada y objetiva posible, y no sobre la base de referencias personales y siempre subjetivas. Arbitrator Intelligence es un agregador de información global que recopila y analiza información crítica sobre la toma de decisiones de un número significativo de árbitros internacionales. A través de cuestionarios que rellenan las partes, los abogados in-house, los abogados externos y también los propios árbitros, se recopila información relevante de cada árbitro. Los cuestionarios cubren aspectos relevantes tales como duración del procedimiento, la habilidad en la gestión y manejo del caso y en la emisión órdenes procesales, las preferencias de cada árbitro en relación con las solicitudes de producción documental, cómo se han resuelto en el pasado cuestiones de jurisdicción y medidas cautelares, el análisis de daños o la metodología legal utilizada por el árbitro.

Es indudable que el acceso y análisis de información sobre el *track record* de los árbitros resulta valiosísima no solo para designar a un árbitro para un determinado caso, sino también para preparar la estrategia con respecto a aquellos árbitros nombrados por la contra parte o por las instituciones arbitrales y sobre cuyo nombramiento no se ha podido influir. En la misma línea, Arbitrator Research Tool<sup>33</sup> de Global Arbitration Review es una base de datos que permite acceder a perfiles de árbitros internacionales elaborados sobre la base de la información facilitada por otros árbitros y proporciona resúmenes de información sobre su trabajo reciente. Este software permite además identificar a los árbitros con los que un determinado profesional ha compartido tribunal arbitral en el pasado, y por lo tanto facilita la labor de encontrar referencias a las que pedir

<sup>32</sup> Sitio web de Arbitrator Intelligence: <https://arbitratorintelligence.com/>

<sup>33</sup> Sitio web de Arbitrator Research Tool: <https://globalarbitrationreview.com/art-subscribe>

opinión sobre su desempeño. Finalmente, también incluye otros recursos como el currículum de los árbitros, sus artículos o publicaciones recientes y noticias relacionadas con ellos.

Otra herramienta útil cuyo uso está cada vez más extendido en la práctica arbitral es el *Conflict Checker* de Jus Mundi,<sup>34</sup> que identifica las relaciones entre individuos, empresas o Estados ayudando así a identificar cualquier potencial conflicto de interés que un candidato a árbitro pueda tener.

Estos sistemas de búsqueda de árbitros no solo facilitan un conocimiento más profundo de los candidatos a proponer para la resolución de un caso, sino que también dan visibilidad a perfiles nuevos, lo que contribuye contar con un panel de árbitros más amplio, diverso y menos endogámico.

Además, el reciente informe de la Comisión de la CCI sobre el “*Uso de la Tecnología para un Procedimiento de Arbitraje Internacional Justo, Eficaz y Eficiente*” (*Leveraging Technology for Fair, Effective and Efficient International Arbitration Proceedings*),<sup>35</sup> concluye que el conocimiento de la tecnología ha crecido como factor relevante de selección cuando las partes en una disputa buscan elegir un árbitro. Así, cada vez más se espera que los árbitros sean capaces de utilizar las herramientas tecnológicas pertinentes adoptadas en un arbitraje determinado, así como que se ocupen de las cuestiones de procedimiento derivadas de la digitalización del arbitraje y, más en general, de la transformación digital del mundo de los negocios. A modo de ejemplo, los árbitros pueden tener que tratar cuestiones de protección de datos o de privacidad derivadas de la presentación de documentos, incluidos los mensajes instantáneos y los metadatos. También pueden tener que dictar

---

<sup>34</sup> Sitio web del Conflict Checker de Jus Mundi: <https://jusmundi.com/en/conflict-checker>

<sup>35</sup> Cámara de Comercio Internacional (CCI), ‘*Leveraging Technology for Fair, Effective and Efficient International Arbitration Proceedings*’, 2022, apartado 2. Disponible en: <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2022/02/icc-arbitration-and-adr-commission-report-on-leveraging-technology-for-fair-effective-and-efficient-international-arbitration-proceedings.pdf>

órdenes relativas al uso de la tecnología, incluida la inteligencia artificial, para la obtención y presentación de pruebas.<sup>36</sup>

### ***C. El uso de inteligencia artificial durante el procedimiento arbitral: especial mención a la fase de exhibición documental***

En los arbitrajes internacionales es muy común que la etapa probatoria del procedimiento incluya una fase de exhibición documental o intercambio de documentos conocida como *document production* o *discovery*. Durante esta fase las partes pueden solicitar a su contrario que aporte documentos o categorías de documentos debidamente identificados y que sean relevantes para la resolución de la disputa. Al respecto de la solicitud exhibición documental, el artículo 3.3 (a) (ii) de las Reglas de la IBA sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional<sup>37</sup> dispone que en el caso de documentos conservados en formato electrónico, la parte solicitante debe identificar “archivos específicos, términos de búsqueda, individuos o cualquier otro medio de búsqueda para esos Documentos en una forma eficiente y económica.”

La industria del *e-discovery* conforma una parte madura del mercado legal de tecnología y ha existido de una forma u otra desde la década de los años 90. Con la incorporación de la inteligencia artificial a los softwares de *e-discovery*, estas herramientas ofrecen ahora una matriz de funciones tecnológicas avanzadas que ayudan en la selección y manejo de volúmenes ingentes de documentos y aceleran el proceso de producción documental electrónica. Ello permite a las partes no solo poder ser más precisas en su solicitud documental, sino también estar mejor preparadas para entregar los documentos que les solicitan y ser conscientes de los riesgos para el caso de los documentos entregados.

Estas mejoras incluyen: (i) la identificación automática de documentos problemáticos clave (los documentos conocidos como “*smoking guns*”); (ii) la

<sup>36</sup> C. Morel de Westgaver, ‘Parties push for tech-savvy arbitrators’, *Global Arbitration Review*, 2023.

<sup>37</sup> Reglas de la IBA (International Bar Association) de 2020 sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional Aprobadas el 17 de diciembre de 2020 por Resolución del Consejo de la IBA.

identificación automática de documentos protegidos por secreto profesional; (ii) la identificación de frases clave dentro de documentos y su interrelación con otros documentos que han sido identificados como clave; (iii) la sugerencia de términos de búsqueda sobre la base de las palabras clave predefinidas; (iv) la transcripción automática de archivos de audio y video; (v) la traducción automática de documentos redactados en idiomas extranjeros; (vi) el tachado automáticos de datos sensibles; o (vii) la posibilidad de que varias personas trabajen sobre el mismo documento en tiempo real.

Por su parte, el Informe de la Comisión de la Cámara de Comercio Internacional (“CCI”) para la Gestión de la Producción de Documentos Electrónicos reconoce que la tecnología ofrece una variedad de herramientas que pueden ayudar al proceso de búsqueda, organización y producción de documentos electrónicos. Expone también que estas herramientas electrónicas permiten la búsqueda y organización automática de volúmenes de materiales para aquellos documentos que satisfacen ciertos parámetros, basándose por ejemplo en palabras clave, rangos de fechas, tipos de archivos o ubicación en un sistema informático.<sup>38</sup>

El informe anteriormente mencionado de la Comisión de la CCI sobre el “*Uso de la Tecnología para un Procedimiento de Arbitraje Internacional Justo, Eficaz y Eficiente*”<sup>39</sup> menciona el uso cada vez más extendido de la codificación predictiva o *predictive coding* en esta fase del procedimiento. La codificación predictiva es una forma de inteligencia artificial de aprendizaje automático supervisado mediante la cual los documentos relevantes o los documentos que responden a una solicitud de documentos o a una orden judicial son identificados por un algoritmo. El algoritmo se entrena mediante la codificación generada por un ser humano o el

<sup>38</sup> Cámara de Comercio Internacional (CCI), ‘Informe de la Comisión de la CCI para la Gestión de la Producción de Documentos Electrónicos’, 2017, apartado 4.11. Disponible en: <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2016/09/GestiC3B3n-de-la-producciC3B3n-de-doc-umentos-electrC3B3nicos.pdf>

<sup>39</sup> Cámara de Comercio Internacional (CCI), ‘Leveraging Technology for Fair, Effective and Efficient International Arbitration Proceedings’, 2022, apartado 5.2. Disponible en: <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2022/02/icc-arbitration-and-adr-commission-report-on-leveraging-technology-for-fair-effective-and-efficient-international-arbitration-proceedings.pdf>

etiquetado de los documentos como pertinentes/no pertinentes o conformes/no conformes. Cuando la precisión se considera adecuada y el riesgo de error estimado es aceptable, el algoritmo se aplica a todo el conjunto de documentos electrónicos. El informe concluye que los beneficios potenciales de la codificación predictiva incluyen tanto el ahorro de costes y de tiempo, como una mayor precisión y transparencia (siempre que el uso de la codificación predictiva y los parámetros relevantes se revelen a las otras partes y al tribunal).<sup>40</sup>

El mencionado informe de la CCI también manifiesta que en la actualidad no existen normas u orientaciones sobre si una parte que pretenda utilizar la codificación predictiva debe revelarlo a las otras partes o al tribunal, o si su uso debe ser acordado por las partes o aprobado por el tribunal. En consecuencia, la recomendación de la CCI es que las partes y los tribunales pueden valorar abordar el uso de la codificación predictiva durante la primera conferencia procesal.<sup>41</sup>

En el caso *Pyrrho Investments Ltd. C. MWB Property Ltd.*, se autorizó por primera vez en el Reino Unido la codificación predictiva para el *e-discovery*, que consiste en clasificar los documentos en función de su relevancia, determinada por los parámetros y criterios establecidos en el protocolo acordado por las partes. En dicho proceso se observó que el coste de la tecnología debe ser proporcional a la cuantía del caso y que la decisión final sobre su conveniencia debe hacerse caso por caso.<sup>42</sup>

#### ***D. El uso de inteligencia artificial en la fase decisoria***

Para evaluar si la inteligencia artificial puede contribuir a la toma de decisiones legales nos debemos plantear inevitablemente la cuestión de cómo los humanos

---

<sup>40</sup> C. Morel de Westgaver, 'Artificial Intelligence, A Diver For Efficiency In International Arbitration-How Predictive Coding Can Change Document Production', Kluwer Arbitration Blog, 2020. Disponible en:

<https://www.kluwerarbitration.com/document/kli-ka-40under40-2021-029-n?q=artificial%20intelligence>

<sup>41</sup> *Ibidem*, § 35.

<sup>42</sup> *Pyrrho Investments Ltd. v. MWB Property Ltd.*, EWHC 256 (Ch), 2016, 33, 34.

toman dichas decisiones. Tal y como concluye Maxi Scherer,<sup>43</sup> el uso de la inteligencia artificial no encaja fácilmente en las teorías legales sobre la toma de decisiones judiciales, ya que los modelos de inteligencia artificial elevan las inferencias probabilísticas a la categoría de principio general, lo cual no solo constituye un cambio de paradigma desde un punto de vista teórico, sino que también plantea serias dudas sobre si avoca a una suerte de determinismo judicial o arbitral.

Consideraciones filosóficas aparte, lo cierto y verdad es que existen ya varios escenarios de toma de decisión legales en los que la inteligencia artificial está jugando un papel determinante.

#### *a. Los asistentes robóticos de los jueces*

En Wisconsin, los jueces tienen un “ayudante” controvertido que les aconseja en la determinación de la duración de la condena que imponen a los condenados por un delito. Este “ayudante” no es humano, es COMPAS (*Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions*),<sup>44</sup> un algoritmo que utiliza varias variables del pasado de cada preso para estimar, entre otras cosas, su peligrosidad y las posibilidades que tiene para reincidir.

El programa COMPAS se hizo famoso cuando el Sr. Eric Loomis recurrió ante el Tribunal Supremo de Wisconsin una sentencia en la que se le condenaba a una pena de 6 años de prisión y otros 5 en régimen de libertad vigilada por varios delitos relacionados con un tiroteo. El Sr. Loomis recurrió la pena que le había sido impuesta por haber sido adoptada sobre la base de la recomendación del software COMPAS, que consideró al Sr. Loomis un “*alto riesgo para la comunidad.*” Los abogados del condenado alegaron que se había vulnerado el derecho del Sr. Loomis a un juicio con todas las garantías, puesto que no pudieron acceder al

<sup>43</sup> Maxi Scherer, ‘Artificial Intelligence and Legal Decision-Making: The Wide Open? Study on the Example of International Arbitration’, Queen Mary University of London, School of Law Legal Studies Research Paper No. 318/2019, 2019.

<sup>44</sup> Ver Tim Brennan, ‘Evaluating the Predictive Validity of the COMPAS Risk and Needs Assessment System’, *Criminal Justice and Behavior*, SAGE, 2009, pp. 21-40.

algoritmo utilizado por COMPAS ni a su metodología, al tratarse de un secreto comercial de la empresa privada que licenciaba al estado de Wisconsin tal tecnología. El Tribunal Supremo de Wisconsin desestimó el recurso interpuesto por entender que toda la información utilizada por COMPAS era información pública y proporcionada por el propio Sr. Loomis. El Tribunal Supremo de los Estados Unidos no admitió a trámite la revisión del caso, por lo que dicha decisión devino firme.<sup>45</sup>

Los asistentes de jueces robóticos tampoco son desconocidos en Colombia. El Sistema con bases de inteligencia artificial para la Resolución de Litigios Societarios (“SIRELIS”), es un robot que desde el año 2018 asesora a la Delegatura para los Procedimientos Mercantiles en la resolución de conflicto societarios. La Delegatura para los Procedimientos Mercantiles es un juzgado especializado en derecho comercial que, desde la implementación de SIRELIS, resuelve pleitos societarios dos veces más rápido que el promedio de los países de la OCDE. La asistencia prestada por el sistema de inteligencia artificial es sencilla: SIRELIS hace varias preguntas al juez sobre los hechos del caso y emite una opinión legal sobre cómo debería resolverse. Además, proporciona jurisprudencia relevante sobre casos similares y cuyo fallo es coincidente con la recomendación realizada. Los usuarios de la Delegatura para los Procedimientos Mercantiles también pueden hacer consultas a SIRELIS desde la página web de la entidad a fin de “testar” su caso con carácter previo a presentarlo.

China lanzó en el año 2019 un sistema de ciber-justicia a través de la aplicación We Chat, que lleva más de 3 millones de casos resueltos. El sistema Dispute Resolution Expert Manager o DRExM se utiliza en Egipto para resolver litigios de construcción, debido a su capacidad para recomendar el método de resolución de

<sup>45</sup> 582 U.S., Tribunal Supremo de los Estados Unidos, 2017. Disponible en: [https://www.supremecourt.gov/orders/courtorders/062617zor\\_8759.pdf](https://www.supremecourt.gov/orders/courtorders/062617zor_8759.pdf)

conflictos, en función de la naturaleza de la disputa, las pruebas y la relación entre las partes.<sup>46</sup>

### b. ¿Sería posible un árbitro robótico?

El test online diseñado por McKinsey llamado “¿Me quitará el trabajo un robot?” permite introducir tu profesión y calcular las posibilidades de ser sustituido por robots. En el caso de los abogados, el resultado es que el 23% de su trabajo puede ser realizado por un robot.<sup>47</sup> El debate sobre si hoy día sería posible nombrar un robot como árbitro se ha planteado en diversos foros.<sup>48</sup>

Una mirada a la legislación vigente en la gran mayoría de los países,<sup>49</sup> incluida la española, parece abocar por una respuesta negativa. En efecto, el artículo 13 de la Ley de Arbitraje española dispone que solo “*pueden ser árbitros las personas naturales que se hallen en el pleno ejercicio de sus derechos civiles.*” Por el contrario, otras legislaciones no se pronuncian específicamente sobre este aspecto, como es el caso de México o la Ley Modelo CNUDMI.

En una resolución de 2017,<sup>50</sup> el Parlamento Europeo instó a la Comisión Europea a proponer lo que llamó la “*personalidad electrónica*” para los robots autónomos dotados software de aprendizaje automático. Dicha propuesta no fue acogida, sin embargo, por la Comisión Europea, ni existe jurisdicción alguna que les haya reconocido este estatus. Por tanto, a día de hoy el escollo de no gozar de

<sup>46</sup> A.A.Elziny, ‘An expert system to manage dispute resolutions in construction projects in Egypt’, *Ain Shams Engineering Journal*, Vol. 7, Núm. 1, 2016, pp. 57-71.

<sup>47</sup> David Johnson, ‘Find out if a Robot Will Take Your Job’, *Time*, 2019. Disponible en: <http://time.com/4742543/robots-jobs-machines-work>

<sup>48</sup> José María de la Jara, Daniela Palma, Alejandra Infantes, ‘Machine Arbitrator: Are We Ready?’, *Kluwer Arbitration Blog*, 2017. Disponible en: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2017/05/04/machine-arbitrator-are-we-ready/>

<sup>49</sup> James Hope, ‘Can a Robot Be an Arbitrator?’, *Stockholm Arbitration Yearbook*, 2018, pp. 104-111. Como referencia, véase Ley de Enjuiciamiento Civil de Francia, Art. 1450; Ley de Enjuiciamiento Civil de Países Bajos, Art. 1023; Ley de Arbitraje de Turquía, Art. 7(B)(1); Ley de Arbitraje de Brasil, Art. 10; Ley de Arbitraje y Mediación de Ecuador, Art. 19; Ley de Arbitraje de Perú, Art. 20; Ley de Arbitraje de Colombia, Art. 7.

<sup>50</sup> Resolución del Parlamento Europeo 2015/2103(INL), 16 de febrero de 2017, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica. Disponible en: [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0051\\_ES.pdf?redirect](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0051_ES.pdf?redirect)

personalidad jurídica sería insoslayable a los efectos del nombrar un robot como árbitro. Quizá la propuesta del Parlamento europeo llegó en un momento poco maduro, pero lo que es evidente es que la proliferación de robots capaces de tomar decisiones autónomas inteligentes e interactuar con terceros de forma independiente representa un desafío jurídico que pudiera en el futuro desembocar en dotar a estos robots de una personalidad jurídica específica a los efectos de que puedan ser considerados responsables a los ojos de la ley.

Pero incluso si se superara el escollo de que el árbitro deba ser una persona física y/o se reconociera el estatus de persona robótica, existen otras limitaciones jurídicas que harían difícil optar por un robot como árbitro. En este sentido, casi todas las legislaciones arbitrales modernas, exigen la motivación de todos los laudos que no sean por acuerdo de las partes.<sup>51</sup> Ello parece eliminar a los softwares de aprendizaje automático como árbitros, ya que estas máquinas –todavía– no son capaces de explicar los factores que han llevado a una decisión, ni el proceso deductivo que se ha seguido a su respecto.

Al menos desde el plano teórico, la elección de un árbitro artificial tiene ventajas indudables. En términos de garantizar la independencia e imparcialidad que tanto preocupa a los usuarios del arbitraje, es evidentemente que un robot es significativamente menos susceptible que un humano de ser parcial o verse afectado por un conflicto de interés. Un robot no tiene prejuicios, ni afinidades, ni *jetlag*, ni prisa por volver a casa, ni un mal día. Asimismo, será un poco menos probable también que en el proceso de toma de decisiones de un árbitro artificial su criterio se vea afectado por sesgos cognitivos o decisiones irracionales o

---

<sup>51</sup> Ver, Ley Modelo CNUDMI, Art. 31.2; Ley de Arbitraje de España, Art. 37.4; Ley inglesa de arbitraje, §52(4); Ley de Enjuiciamiento Civil de Francia, Art. 1482; Ley de Arbitraje de Perú, Art. 56.1; Ley de Arbitraje de Singapur, Art. 38.2; Código de Comercio de México, Art. 1448.

impacientes.<sup>52</sup> Aunque ello dependerá de las fuentes de información de las que se haya surtido y si éstas estaban sesgadas.<sup>53</sup>

Y a pesar de todo ello, al menos hoy día, el nombramiento de un robot no parece ser una decisión acertada en aquellos casos en los que en el establecimiento de los hechos de un arbitraje resulte clave el testimonio de testigos y peritos y el análisis de su credibilidad. Porque los robots siguen siendo máquinas y a la fecha todavía no han conseguido interpretar las emociones con una fiabilidad aceptable.

Lo que sí es ya una realidad son los detectores de mentiras inteligentes, que, por ejemplo, la Unión Europea ya utiliza para su control migratorio,<sup>54</sup> y que, adecuadamente adaptados, podrían ser útiles para asistir a los árbitros en la evaluación de la veracidad de testigos y peritos.

En todo caso, los robots, a día de hoy, carecen de empatía y justicia emocional, dos habilidades cruciales a la hora de arbitrar. Es cierto que existen ya algoritmos de *machine learning* capaces de reconocer algunas señales fisiológicas o conductuales que se asocian con estados emocionales específicos (reconocimiento del tono de voz, postura o expresión facial), pero dichos softwares todavía no consiguen establecer predicciones sofisticadas con base en las emociones. Los estudios más recientes concluyen que la inteligencia artificial fracasa notoriamente a la hora de captar o responder a los factores humanos intangibles que intervienen en la toma de decisiones en la vida real: las consideraciones éticas, morales y de otro tipo que guían el curso de los negocios, la vida y la sociedad en general.<sup>55</sup>

<sup>52</sup> G. Rojas Elgueta, 'Razionalità limitata ed efficienza nel procedimento arbitrale', en Azzali, Morera & Elgueta, 'Errori Cognitivi e Arbitrato', 2019; Ver, Daniel Kahneman, 'Thinking Fast and Slow', Penguin, 2011.

<sup>53</sup> *Ibidem*, 20.

<sup>54</sup> Sitio web de iBorderCtrl: <https://www.iborderctrl.eu/>

<sup>55</sup> Joe McKendrick, Andy Thurai, 'AI Isn't Ready to Make Unsupervised Decisions', Harvard Business Review, 2022. Disponible en:

<https://hbr.org/2022/09/ai-isnt-ready-to-make-unsupervised-decisions#:~:text=Today's%20algorithms%20still%20largely%20lack,to%20see%20the%20bigger%20picture.&text=Artificial%20intelligence%20is%20designed%20to,involved%20are%20beyond%20human%20comprehension>

Junto con todo lo anterior, cabe remarcar que los casos de arbitraje internacional suelen ser complejos, se rigen por diferentes leyes aplicables y su resolución depende muchas veces de los hechos específicos del caso. Ello resulta en una naturaleza no repetitiva de los procedimientos, lo cual no casa bien con la posibilidad de que los programas de inteligencia artificial puedan sustituir a los árbitros internacionales en un futuro próximo.<sup>56</sup> Otra consideración relevante es que la comprensión práctica y el conocimiento del dominio de los expertos en campos especializados no pueden ser sustituidos completamente, ya que las herramientas de inteligencia artificial procesarán la información de una manera más cercana al razonamiento inductivo, en lugar del razonamiento deductivo.<sup>57</sup> En este sentido, hay que tener en cuenta que la fiabilidad de cualquier sistema de inteligencia artificial basado en datos reside en las llamadas cuatro V: volumen (escala de datos), variedad (diferentes formas de datos), velocidad (análisis de datos en flujo) y veracidad (incertidumbre de los datos).<sup>58</sup> La escasez de datos públicos que, aunque cada vez en menor medida, suele ser inherente al arbitraje, afecta materialmente a los valores de las mencionadas V.

En todo caso, por el momento, los robots pueden jugar, como veremos a continuación, un rol importante en asistir al árbitro en la toma de decisiones, pero no parece que en un futuro cercano estén destinados a sustituirlo completamente.<sup>59</sup>

### *c. ¿Asistentes robóticos para el árbitro?*

Si bien, como hemos visto, no existe riesgo, al menos a corto plazo, de que los robots sustituyan a los árbitros, sí existen diversos ámbitos dentro de la labor arbitral en los que la inteligencia artificial puede resultar tremendamente útil y donde ésta puede, al menos parcialmente, sustituir a otros humanos intervinientes

---

<sup>56</sup> Maxi Scherer, 'International Arbitration 3.0 - How Artificial Intelligence Will Change Dispute Resolution', *Austrian Yearbook on International Arbitration*, 2019, p. 509.

<sup>57</sup> E.M. Zorrilla, 'Towards a Credible Future: Uses of Technology in International Commercial Arbitration', *16(2) SchiedsVZ German Arbitration Journal*, 2018, p. 107.

<sup>58</sup> F. Uribarri Soares, 'New Technologies and Arbitration', *Indian Journal of Arbitration*, 2018, p. 84.

<sup>59</sup> *Ídem*.

en el proceso arbitral, particularmente los administradores de casos y los secretarios arbitrales.

Los casos de arbitraje internacional implican la revisión de una gran cantidad de documentos y que los abogados y los árbitros dediquen innumerables horas a la investigación jurídica y revisión de dicha documentación.<sup>60</sup> Es evidentemente que hoy en día ya existen softwares que permiten la gestión digital de dichos expedientes de forma extremadamente eficiente. Un sistema no demasiado sofisticado de inteligencia artificial, adecuadamente alimentado, sería también capaz de redactar borradores de ordenes procesales más o menos adaptadas al caso concreto. En lo que respecta a la redacción del laudo, también existe softwares capaces de redactar borradores de antecedentes procesales y fácticos de un laudo, resumir la posición de las partes, comprobar referencias legales y buscar jurisprudencia. Con ello la inteligencia artificial puede ayudar al árbitro a concentrar sus esfuerzos en la sección decisiva y de argumentación jurídica del laudo, contribuyendo así al uso eficiente de su talento.

Por otro lado, como se recogió en la revista digital mexicana Foro Jurídico, durante el Congreso de la ICCA en 2018, el equipo de trabajo sobre daños de ICCA presentó el prototipo de una aplicación diseñada para proporcionar a los árbitros un enfoque coherente para determinar los daños de un procedimiento arbitral.<sup>61</sup> La aplicación permite a los usuarios navegar entre estos diferentes conceptos de daños y visualizar cómo se vinculan y se relacionan entre sí, sin realizar cálculos: la idea es proporcionar un mapa que ayude a asegurar que los árbitros no pierdan de vista algunos problemas o que tengan los datos que necesitan para proceder.

---

<sup>60</sup> Nairobi Centre for International Arbitration, 'Artificial Intelligence 'AI' in International Arbitration: Machine Arbitration', Corporate Strategy Unit Business Development Department, 2021. Disponible en: <https://ncia.or.ke/wp-content/uploads/2021/08/ARTIFICIAL-INTELLIGENCE-AI-IN-INTERNATIONAL-ARBITRATION.pdf>

<sup>61</sup> Foro Jurídico, '¿Es la inteligencia artificial el futuro del arbitraje internacional?', Revista Foro Jurídico, 2020. Disponible en: [https://forojuridico.mx/es-la-inteligencia-artificial-el-futuro-del-arbitraje-internacional/#\\_ftn1](https://forojuridico.mx/es-la-inteligencia-artificial-el-futuro-del-arbitraje-internacional/#_ftn1)

En este sentido, la aparición de Chat GPT ha cambiado la percepción de muchos respecto a la inteligencia artificial, y su impacto en el futuro del arbitraje también puede ser revolucionario. Este sistema de inteligencia artificial se basa en analizar un gran número de entradas de texto y utilizar esa información para predecir de forma probabilística cuál será la siguiente palabra de una frase. A medida que el sistema analiza más textos, desarrolla un modelo más sofisticado de patrones y estructuras del lenguaje. De este modo, Chat GPT podría ser utilizado por los árbitros para la investigación y análisis jurídicos, dada la capacidad del sistema para comprender y procesar grandes cantidades de información y acceder rápidamente a la jurisprudencia y textos legales relevantes; para automatizar la redacción de documentos y acuerdos legales, reduciendo así el tiempo y los recursos necesarios para estas tareas, agilizando el proceso arbitral y haciéndolo más eficiente, sobre todo en documentos más básicos como las órdenes procesales del tribunal, el resumen de los hechos y los argumentos de las partes u organizar un calendario Redfern; finalmente, Chat GPT también podría predecir, con base en antecedentes similares, las posibilidades de que un laudo sea anule, se deniegue su ejecución o se cumpla voluntariamente, lo que a su vez podría permitir a los árbitros redactar sus laudos de manera que se garantice su ejecutabilidad.<sup>62</sup>

En todo caso, parece que el camino por recorrer es aún largo, debido tanto a la resistencia opuesta por algunos de los árbitros, como al estado todavía incipiente de muchas de estas tecnologías. Como dice Hugh Carlson, CEO del despacho Three Crowns, la integración de la inteligencia artificial en la vida cotidiana de los árbitros llegará cuando uno pudiera decir: “*Alexa, prepárame tres o cuatro párrafos explicando por qué el flujo de caja es una metodología de valoración inapropiada en este caso y envíame los PDFs resaltados de las autoridades en las que te basas*”, y la

---

<sup>62</sup> L. Souza-McMurtrie, ‘Arbitration Tech Toolbox: Will ChatGPT Change International Arbitration as We Know It?’, Kluwer Arbitration Blog, 2023. Disponible en: <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2023/02/26/arbitration-tech-toolbox-will-chatgpt-change-international-arbitration-as-we-know-it/>

inteligencia artificial completaría dicha tarea de forma fiable.<sup>63</sup> No estamos tan lejos como pudiera parecer de esa realidad.

#### a. *La inteligencia artificial en el escrutinio del laudo*

Tras todo lo dicho no es difícil imaginar cómo la inteligencia artificial puede ayudar a mejorar la eficiencia del proceso de escrutinio o revisión formal de los laudos que muchos reglamentos de arbitraje incorporan como un plus de calidad. Los softwares de aprendizaje automático pueden resultar muy útiles a la hora de identificar posibles riesgos en la ejecución o anulación de un determinado laudo, maximizando así las posibilidades de que éste despliegue toda su eficacia y sea plenamente reconocible y ejecutable.

Por ejemplo, la inteligencia artificial puede garantizar que el tribunal arbitral cumpla con el formato procesal requerido por la institución de arbitraje y que generalmente tiende a evitar riesgos procedimentales. La inteligencia artificial también puede verificar que el tribunal arbitral haya tratado todos y solo los pedimientos de las partes, minimizando así el riesgo de dictar un laudo incongruente por *extra* o *infra petita*. Igualmente, puede ayudar a los árbitros a evaluar el cumplimiento del laudo con las normas imperativas y el orden público de la sede del arbitraje. En este sentido, por ejemplo, ya existen algoritmos programados para reconocer las llamadas *red flags* en un contexto de hechos dado, y calcular la probabilidad de que un determinado contrato haya sido obtenido mediando corrupción.

#### IV. *Conclusiones*

Cada vez hay más estudios que advierten de que la toma de decisiones legales por humanos es un proceso relativamente impredecible y definitivamente sujeto a sesgos cognitivos. Además, es intensivo en la utilización de recursos y su duración no siempre es compatible con las necesidades de los usuarios a los que sirve,

---

<sup>63</sup> J. Kalicki, M. Raouf, 'Technology as Facilitation: Transcript of the Session', en J. Kalicki, M. Raouf, 'Evolution and Adaptation: The Future of International Arbitration', 2019, pp. 831-832.

especialmente en el marco del comercio internacional, en el que el arbitraje está llamado a jugar un papel fundamental.

La inteligencia artificial puede ayudar a ofrecer un sistema de resolución de disputas más eficiente, más eficaz y, desde luego, más previsible. Y lo puede hacer desde una perspectiva de 360 grados. Como hemos visto en este artículo, en el inicio del procedimiento arbitral la inteligencia artificial puede ayudar en la toma de decisiones sobre si iniciar o no un procedimiento, valorando las probabilidades de éxito. Durante el transcurso del arbitraje, la inteligencia artificial puede ayudar ahorrar tiempos y costes, asesorar en la elección de los árbitros más idóneos, reducir los sesgos de éstos y contribuir a que los juzgadores tomen en consideración la información clave y los precedentes judiciales o arbitrales relevantes. Y una vez decidida la controversia, la inteligencia artificial puede hacer recomendaciones en la redacción de futuros contratos para evitar que disputas comerciales similares se repitan. En definitiva, la inteligencia artificial resulta clave para dotar al arbitraje de mayor calidad y legitimidad.

Junto a lo anterior, los profesionales del arbitraje no pueden vivir de espaldas a una realidad cada vez más palpable: la inteligencia artificial ya forma parte de nuestro día a día y los usuarios de arbitraje esperan, cada vez más, que el arbitraje entienda y hable el mismo lenguaje tecnológico que está presente en la gran mayoría de sectores económicos. De modo similar, la industria de la tecnología en la abogacía, conformada hace unos años por un grupo reducido de *start-ups* y despachos tremendamente innovadores, hoy se ha convertido en una industria sólida e implantada en el día a día de los profesionales del arbitraje. Por tanto, las cuantías económicas invertidas y los beneficios que estamos experimentando son ya demasiado grandes como para que el proceso pueda detenerse.

Por tanto, no se trata de reducir y sobre simplificar el debate a la elección entre el robot o el humano. El impacto de la inteligencia artificial en el arbitraje requiere de un análisis mucho más sofisticado que debe centrarse en las sinergias entre unos y

otros y operar sobre la premisa de que el robot proponga, pero sea el humano, en este caso el árbitro, el que disponga. Tampoco se trata de encuadrar el debate en términos de la amenaza que puede representar la inteligencia artificial para nuestros trabajos. Si bien es indudable que todas estas herramientas pueden dar respuestas, incluso de forma más eficiente que los humanos, sigue siendo necesario que alguien sepa utilizar la herramienta de adecuada, formular la pregunta correcta o analizar e interpretar los resultados obtenidos.

Ahora bien, si bien la inteligencia artificial tiene el potencial de mejorar el arbitraje internacional, su uso no está exento de riesgos: sesgos en la fase de alimentación de los sistemas, piratería, la amplificación de errores humanos o el impacto medioambiental directo e indirecto que generan los sistemas de IA, por nombrar solo algunos. Por tanto, el foco debe ponerse en que las decisiones de las herramientas de inteligencia artificial puedan llegar a ser explicables y no funcionen como “cajas negras”. Garantizar la legitimidad de las soluciones algorítmicas resulta crucial para que se contamine la legitimidad del procedimiento arbitral.

En definitiva, la inteligencia artificial ha llegado para quedarse y es imparable. Los que más saben dicen que solo hemos visto la punta del iceberg, y que en la siguiente década la inteligencia artificial transformará de forma radical nuestras vidas personales y profesionales. La actitud ante ella no debe ser de temor, sino más bien la de seguir la vieja máxima de “renovarse o morir” que, por otro lado, ha permitido el desarrollo de las civilizaciones durante siglos.

# EL ARBITRAJE DEPORTIVO EN MÉXICO: ¿UNA OPCIÓN VIABLE PARA LOS DEPORTISTAS MEXICANOS?

Claudia Frutos-Peterson\*

Ricardo Mier y Terán\*\*

## I. Introducción

El arbitraje deportivo es, por definición, una institución privada de naturaleza jurídica que tiene como finalidad solucionar, en vía extrajudicial, aquellas controversias que surjan en materia deportiva y respecto a las cuales las partes, ya sean personas físicas o morales, acuerden de manera expresa someterse a la decisión vinculante de un tercero.<sup>1</sup>

Las controversias jurídicas a las que atiende el arbitraje deportivo pueden ser definidas, a grandes rasgos, como aquéllas que versan sobre actos u omisiones que

---

\* La Dra. Claudia Frutos-Peterson es socia del grupo de arbitraje de Curtis, Mallet-Prevost, Colt & Mosle LLP en la oficina de Washington, D.C. en donde se especializa en temas de arbitraje internacional. La Dra. Frutos-Peterson ha actuado como árbitro en diversas disputas comerciales internacionales y ha representado clientes en arbitrajes comerciales y de inversión. Es además Profesora Adjunto de American University Washington College of Law en donde dicta cátedra en temas de arbitraje comercial y de inversión.

\*\* El Lic. Ricardo Mier y Terán es socio del grupo de arbitraje de Curtis, Mallet-Prevost, Colt & Mosle SC en la ciudad de México en donde se especializa en la representación de clientes en temas de arbitraje internacional. Las ideas expresadas en este artículo son exclusivas de los autores y no representan las opiniones del despacho o de sus clientes. Los autores agradecen a Marcelo Abramo y Oscar Figueroa por su excelente contribución y apoyo con este artículo.

<sup>1</sup> Vicente Jovaloyes Sanchis, 'El Régimen Jurídico del Tribunal Arbitral del Deporte', Aranzadi, España, 2014, p. 44. Al ocuparnos en este artículo del arbitraje deportivo, es menester recordar los elementos que configuran el concepto "deporte". De acuerdo con Dolabjian y Schmoisman, el concepto deporte obedece "a un conjunto de tres rasgos distintivos, todos ellos imprescindibles para su definición, a saber: a) Situación motriz: se trata de una actividad corporal, por oposición a situaciones meramente verbales y/o cognitivas; b) Competición reglada: tal actividad se encuentra sujeta a reglas y su desarrollo responde a una lógica competitiva; y c) Institucionalización: la actividad resulta revestida de un reconocimiento institucional a nivel internacional, principalmente, a través de su presencia en campeonatos mundiales o juegos olímpicos." Diego A. Dolabjian y Mario A. Schmoisman, 'Derecho y deporte en Argentina', Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, Vol. 54, El arbitraje deportivo, 2018, Disponible en:

<https://ar.lejister.com/pop.php?option=articulo&Hash=42bef3d807babc5037947410a31b9e4b&control=ef8d837789a97926bd738ec278d4c3b8>.

afecten derechos o prerrogativas de carácter deportivo.<sup>2</sup> En términos generales, el arbitraje deportivo se concentra en resolver controversias que se pueden agrupar en tres grandes categorías: (i) disputas substancialmente deportivas, como por ejemplo la elegibilidad de un atleta a un evento deportivo; (ii) disputas sancionadoras, como aquéllas que versan sobre decisiones y apelaciones relacionadas con cuestiones de antidopaje o la suspensión de un atleta de determinados eventos o ligas deportivas; y (iii) disputas contractuales con trasfondo deportivo, como por ejemplo aquéllas emanadas de un contrato entre un club de fútbol y un jugador.<sup>3</sup>

A pesar de esta amplia gama de disputas que pudieran atenderse a través del arbitraje deportivo, lo cierto es que no todo el ejercicio profesional del deporte ha desarrollado y adoptado una verdadera cultura arbitral en donde el arbitraje sea utilizado como el método de solución de controversias por excelencia. Esto resulta notable, pues uno pudiera esperar que las características intrínsecas del arbitraje —como su agilidad, confidencialidad y flexibilidad— encajarían perfectamente con las necesidades de celeridad y eficiencia de las disputas deportivas.<sup>4</sup>

A nivel internacional y en relación con ciertas organizaciones deportivas de alcance global, el arbitraje internacional ha logrado constituirse como el mecanismo estándar para la resolución de controversias deportivas. Éste ha sido el caso, en particular, de la *Fédération Internationale de Football Association* (“FIFA”), que de la mano con las federaciones nacionales de fútbol ha logrado desarrollar sistemas de arbitraje autocontenidos capaces de dar solución a todo tipo de controversias relacionadas con la práctica profesional del fútbol. En menor medida, el Comité Olímpico Internacional (“COI”), los comités olímpicos

---

<sup>2</sup> V., *Ej.*, Reglamento de la Ley General de Cultura Física y Deporte, última reforma publicada en 2015, México (“Reglamento de la Ley del Deporte Vigente”), Art. 127.

<sup>3</sup> Francisco González de Cossío, ‘Arbitraje Deportivo’, Editorial Porrúa, México, 2006, pp. 49, 71, 81.

<sup>4</sup> Como bien lo dice Francisco González de Cossío, el arbitraje ofrece una serie de importantes ventajas frente a la jurisdicción estatal para la resolución de controversias en materia deportiva, incluyendo evitar recursos ante tribunales estatales, velocidad en la tramitación del proceso, confidencialidad, mecanismos de ejecución internacional a través de la Convención de Nueva York e, incluso, neutralidad geopolítica en controversias mediáticas internacionales. *Ibidem*, pp. 15-17.

nacionales y las federaciones internacionales y nacionales ligadas al COI, por lo menos en México, han logrado desarrollar un sistema de solución de controversias capaz de resolver en forma definitiva controversias derivadas de sanciones impuestas por las autoridades deportivas nacionales e internacionales. Ambos sistemas, el de la FIFA y el del COI, utilizan al Tribunal Arbitral del Deporte (“TAS”, como se le conoce por sus siglas en francés) como el pilar de sus respectivos sistemas de solución de controversias en materia deportiva.<sup>5</sup> En el caso particular de México, como se verá más adelante, los deportes federados a la FIFA y al COI han logrado desarrollar una sólida cultura arbitral. Es quizá por ello que Francisco González de Cossío afirma que en México “*el arbitraje ha sido utilizado en otra rama de controversias que requerían atención eficiente: las controversias en materia deportiva.*”<sup>6</sup>

Sin embargo, el sistema arbitral de la FIFA y del COI en materia de sanciones no están disponibles para una serie de disputas relacionadas con el ejercicio profesional de una gama de deportes que no tienen la relevancia internacional y solidez financiera del fútbol y otros deportes olímpicos populares. Así, el arbitraje de disputas deportivas no relacionadas con el fútbol, de baja cuantía económica y poca importancia mediática pareciera estar estático en México y en América Latina

---

<sup>5</sup> El TAS es una institución dedicada exclusivamente a la resolución de disputas en el ámbito deportivo, creada por el Comité Olímpico Internacional en 1984. Actualmente, el TAS proporciona la infraestructura necesaria y gestiona la conducción de los procedimientos instados para la resolución de controversias deportivas. El TAS está organizado en tres cámaras, cada una dedicada a un tipo especializado de disputas: la cámara de arbitraje ordinario, la cámara de disputas antidopaje y la cámara de arbitraje de apelación de decisiones de federaciones, asociaciones y otras entidades deportivas. Para la resolución de estas disputas, el TAS cuenta con una lista de árbitros que podrán formar parte de los tribunales arbitrales constituidos ante cualquier de las cámaras. Al igual que todo procedimiento arbitral, para someter una disputa al TAS es necesario contar con el consentimiento expreso de las partes, el cual puede constar en un acuerdo arbitral, un contrato con cláusula arbitral o en los estatutos o reglamento de una entidad deportiva. Código de Arbitraje Deportivo del Tribunal Arbitral del Deporte, vigente desde 2020 (“Código del TAS”), Arts. S3, S6(4), S12, S18 y Regla 27; Véase también David Hernández González y Sadara Montenegro González, ‘Justicia Deportiva’, Miguel Ángel Porrúa, México, 2010, p. 31.

<sup>6</sup> Francisco González de Cossío, *Ibidem.* p. 1.

en general.<sup>7</sup> ¿Cuáles son las razones de ello? En este artículo nos enfocaremos a hacer un recuento de la reglamentación del arbitraje deportivo en México, analizando su estado actual y desarrollo, en aras de plantear algunas ideas encaminadas a fomentar el arbitraje como método alternativo de solución de controversias de todo tipo de disputas deportivas en el país.

## II. *El arbitraje deportivo en México*

### A. *La reglamentación del arbitraje deportivo en México*

El sistema legal mexicano contempla una legislación especializada en materia deportiva desde 1990, a través de la Ley de Estímulo y Fomento del Deporte (“Ley del Deporte de 1990”).<sup>8</sup> Desde entonces, la legislación en materia deportiva en México se ha reformado en varias ocasiones, de tal forma que la ley vigente hoy es la Ley General de Cultura Física y Deporte adoptada en 2013 y reformada por última vez en mayo de 2022 (“Ley de Deporte Vigente”).<sup>9</sup>

La Ley del Deporte de 1990 creó el Sistema Nacional del Deporte<sup>10</sup> y, como parte de él, estableció la Comisión de Apelación y Arbitraje Deportivo (“CAAD”) con el propósito de *“atender y resolver administrativamente las inconformidades que los miembros del Sistema Nacional del Deporte presenten en contra de las sanciones que apliquen las autoridades deportivas.”*<sup>11</sup> Si bien desde sus inicios la CAAD tenía una connotación arbitral, las facultades de la CAAD para actuar como tribunal arbitral no estaban particularmente desarrolladas en la Ley del Deporte de 1990. Esto

<sup>7</sup> V., Ej., Adrián Camargo Zamudio, ‘La simulación de la Justicia Deportiva en México’, Asociación Española de Derecho Deportivo, 2017, Disponible en:

<https://aedd.org/noticias-derecho-deportivo/comentarios-de-actualidad-sobre-derecho-deportivo/item/517-la-simulacion-de-la-justicia-deportiva-en-mexico>

<sup>8</sup> Ley de Estímulo y Fomento del Deporte, publicada en 1990, México (“Ley del Deporte de 1990”).

<sup>9</sup> Ley General de Cultura Física y Deporte, última reforma publicada en 2022, México (“Ley del Deporte Vigente”).

<sup>10</sup> Este Sistema Nacional del Deporte fue reemplazado por el Sistema Nacional de Cultura Física y Deporte (“SINADE”), el cual es un órgano colegiado que está *“integrado por las Dependencias, Organismos e Instituciones públicas y privadas, Sociedades, Asociaciones Nacionales y Consejos Nacionales del Deporte”*, cuyo objetivo es promover y estimular el desarrollo de la cultura física y de los deportes, así como diseñar y ejecutar las políticas deportivas para el país, entre otros. Ley del Deporte Vigente, Art. 10.

<sup>11</sup> Ley del Deporte de 1990, Art. 43.

cambió en 2013, cuando la Ley del Deporte Vigente amplió las facultades de la CAAD y, además de mantener sus funciones de órgano administrativo de apelación contra decisiones sancionatorias, facultó expresamente al CAAD para actuar como panel de arbitraje en cualesquiera disputas “*que se susciten o puedan suscitarse entre deportistas, entrenadores, directivos, autoridades, entidades u organismos deportivos, o entre unos y otros.*”<sup>12</sup>

A pesar de haber sido creada desde 1990 y de la reforma de 2013 que amplió sus facultades en materia de arbitraje, la realidad es que la CAAD ha sido poco utilizada para esos fines. Por ejemplo, Norma González Guerrero, quien fungiera como miembro titular de la CAAD de 2010 a 2016, en alguna ocasión afirmó que “*en seis años, en calidad de miembro titular del Pleno de la CAAD, ningún arbitraje se llevó a cabo.*”<sup>13</sup> Entre 2015 y 2021, la CAAD había dictado tan sólo 12 laudos que, sumados a las declaraciones de la señora González Guerrero, resultan en un promedio de casi un laudo por año desde 2010.<sup>14</sup> La siguiente gráfica refleja las resoluciones y laudos emitidos por la CAAD en el periodo comprendido entre 2015 a 2021:

---

<sup>12</sup> Ley del Deporte Vigente, Art. 79, fracción V. Además de estas funciones como panel de arbitraje, la CAAD está facultada para conocer y resolver los recursos de apelación “*en contra de actos, omisiones, decisiones, acuerdos o resoluciones emitidos por las autoridades, entidades u organismos deportivos, que afecten los derechos deportivos*” del apelante. Para cumplir con estas facultades, la CAAD cuenta con importantes herramientas que la hacen, en principio, un mecanismo atractivo para la solución de controversias deportivas que afectan los derechos de los deportistas. Por ejemplo, la CAAD puede decretar la suspensión provisional del acto impugnado durante la tramitación del proceso de apelación y, quizá más importante aún, puede efectuar “*la suplencia de la deficiencia de la queja dentro del trámite del recurso de apelación cuando el impugnante no sea directivo, autoridad, entidad u organismo deportivo*”. Ley del Deporte Vigente, Art. 79, fracciones I, II y III. El Anexo 1 a este artículo muestra el proceso de resolución de controversias deportivas en México conforme a la Ley del Deporte Vigente.

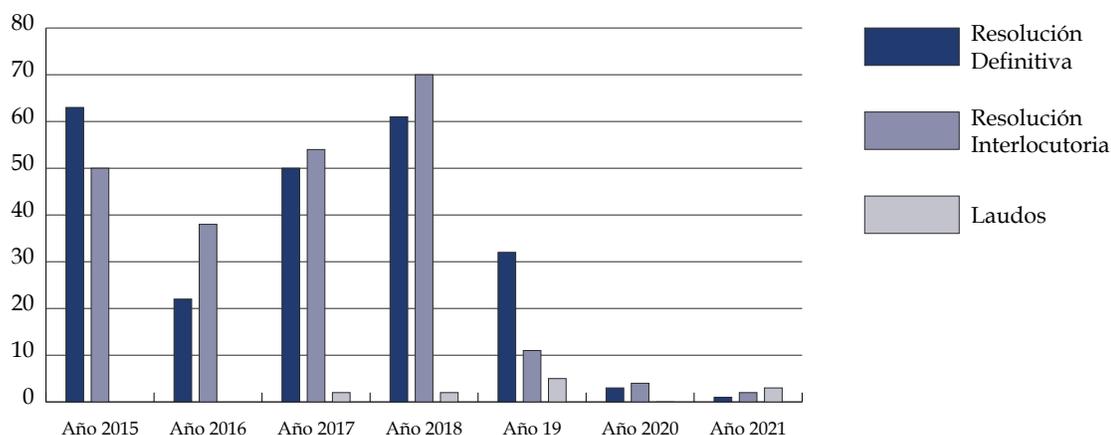
<sup>13</sup> Norma Olivia González Guerrero, ‘Régimen jurídico de la Comisión de Apelación y Arbitraje del Deporte de México y una propuesta de mejora’, Universitat de Lleida, Tesis Doctoral, España, 2018, p. 194, Disponible en:

[www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/666019/Tnogg1de1.pdf?sequence=2&isAllowed=y](http://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/666019/Tnogg1de1.pdf?sequence=2&isAllowed=y)

<sup>14</sup> Secretaría de Educación Pública y Comisión de Apelación y Arbitraje del Deporte, ‘Asuntos tramitados y resueltos 2015 - 2021 (2do trim)’, México, 2021 (“Reporte de Actividades de la CAAD al segundo trimestre de 2021”), p. 7, Disponible en:

[www.caad.sep.gob.mx/work/models/demo/Resource/46/3/images/indicadores\\_anexo3.pdf](http://www.caad.sep.gob.mx/work/models/demo/Resource/46/3/images/indicadores_anexo3.pdf)

### Resoluciones y Laudos emitidos por el Pleno de la CAAD 2015- 2021 (1er semestre)<sup>15</sup>



Esta realidad contrasta con el uso del arbitraje deportivo internacional en deportes asociados a federaciones internacionales como la FIFA o el COI, como veremos a continuación.

#### *B. El desarrollo en México del arbitraje deportivo internacional*

##### *a. El fútbol y su desarrollo en el arbitraje deportivo a nivel internacional y en México*

A nivel mundial, el arbitraje de disputas futbolísticas ha evolucionado durante los últimos años y hoy en día cuenta con un sistema de resolución de controversias que funciona completamente ajeno a cualquier sistema judicial nacional. Lo anterior se debe a que los estatutos de la FIFA (la federación máxima del fútbol a nivel internacional) obligan a todas las federaciones nacionales de fútbol afiliadas a la FIFA a incluir en sus reglamentos una sumisión al arbitraje para los conflictos emanados entre los miembros de esa federación, sus jugadores afiliados, oficiales y

<sup>15</sup> Reporte de Actividades de la CAAD al segundo trimestre de 2021, p. 8, Disponible en: [http://www.caad.sep.gob.mx/work/models/demo/Resource/46/3/images/indicadores\\_anexo3.pdf](http://www.caad.sep.gob.mx/work/models/demo/Resource/46/3/images/indicadores_anexo3.pdf)

agentes con licencia de la FIFA.<sup>16</sup> Los estatutos de la FIFA le permiten a cada federación nacional seleccionar al órgano arbitral que utilizarán para resolver dichos conflictos, siempre y cuando sea “un tribunal de arbitraje independiente, debidamente constituido y reconocido por la reglamentación de la federación o de la confederación.”<sup>17</sup> Las federaciones, además, se obligan a imponer la solución de controversia mediante arbitraje a todos sus afiliados, garantizando así la efectividad del sistema.<sup>18</sup> Además del arbitraje previsto por la federación nacional correspondiente, de conformidad con los estatutos de la FIFA, todo arbitraje conducido conforme a lo recién indicado podrá ser sujeto a un recurso de apelación ante el TAS.<sup>19</sup> Para asegurar el cumplimiento de las resoluciones dictadas por los tribunales arbitrales competentes y, en su caso, por el TAS, la FIFA aplica fuertes sanciones por su incumplimiento, las cuales pueden ir desde multas hasta la prohibición de desarrollar actividades relacionadas con el fútbol.<sup>20</sup>

Este robusto diseño institucional del fútbol a nivel internacional ha tenido como consecuencia que en México, al igual que otros países en el mundo, incluyendo países latinoamericanos, se haya desarrollado el uso del arbitraje para resolver

---

<sup>16</sup> Estatutos de la Fédération Internationale de Football Association, publicados en 2022 (“Estatutos de la FIFA”), Arts. 15(f), 56, 58(1).

<sup>17</sup> Estatutos de la FIFA, Art. 58(3).

<sup>18</sup> *Id.*

<sup>19</sup> Estatutos de la FIFA, Art. 57(1).

<sup>20</sup> Código Disciplinario de la Fédération Internationale de Football Association, publicado en 2019, Art. 15(1), (3): “1. En caso de impago total o parcial de una suma de dinero . . . pese a que el pago haya sido requerido por un órgano, una comisión o una instancia de la FIFA o en virtud de una decisión del TAD (decisión de naturaleza económica), o en caso de incumplimiento de una decisión firme de naturaleza no económica . . . a) se impondrá una multa por haber incumplido la decisión y, además: b) se concederá un plazo de gracia último y definitivo de 30 días para que se abone la cuantía adeudada o, si se trata de una decisión no económica, para que la cumpla; c) en el caso de los clubes, tras el vencimiento del plazo de gracia último y definitivo y en caso de que persista el impago o de incumplimiento total o parcial de la decisión dentro del periodo establecido, se decretará la prohibición de efectuar transferencias hasta el pago de la cantidad total adeudada o, si la decisión no es de naturaleza económica, hasta su cumplimiento . . . ; e) en lo tocante a las personas físicas, tras el vencimiento del plazo de gracia último y definitivo y en caso de que persista el impago o de incumplimiento total o parcial de una decisión dentro del periodo establecido, se les prohibirá ejercer actividades relacionadas con el fútbol durante un periodo determinado . . . 3. Si la persona sancionada no respeta el plazo de gracia último y definitivo, la FIFA y/o la federación correspondiente (en el caso de clubes y personas físicas) deberá aplicar las sanciones impuestas. La prohibición de efectuar transferencias y la de ejercer actividades relacionadas con el fútbol podrán levantarse antes de que se hayan cumplido en su totalidad si se abonan las cantidades adeudadas. En este sentido, queda reservado el derecho a imponer otras medidas disciplinarias.”

disputas relacionadas con el fútbol. Por ejemplo, en el caso de México, la Federación Mexicana de Fútbol (“FMF”), afiliada a la FIFA, contempla a la Comisión de Conciliación y Resolución de Controversias (“CCRC”) como el órgano arbitral para dirimir en primera instancia las disputas entre sus afiliados.<sup>21</sup> En caso de que alguna de las partes de la disputa no esté conforme con la resolución emitida por dicha comisión, la parte disconforme puede acudir al TAS.<sup>22</sup> Así, la FIFA y la FMF han logrado diseñar un régimen de solución de controversias autocontenido en el que todas las disputas deportivas en materia de fútbol profesional en México se resuelven conforme a los mecanismos previstos por la FMF y, en última instancia, por el TAS.

Otros países en América Latina tienen sistemas semejantes para atender disputas futbolísticas. Por ejemplo, en Colombia, en marzo de 2018 la Federación Colombiana de Fútbol (asociada a la FIFA) expidió el reglamento de la Cámara Nacional de Resolución de Disputas de la Federación Colombiana de Fútbol.<sup>23</sup> A través del reglamento, la Federación Colombiana creó un sistema de tribunales de arbitraje *ad hoc* para los conflictos relacionados con la contratación y condiciones laborales de jugadores profesionales de fútbol, clubes deportivos y la federación.<sup>24</sup> Para garantizar la funcionalidad de su arbitraje *ad hoc*, la Federación Colombiana de Fútbol dispuso que el Estatuto General de Arbitraje Nacional e Internacional de Colombia aplicaría para todo aquello que no se encuentre previsto en el

---

<sup>21</sup> Estatuto Social de la Federación Mexicana de Fútbol, publicado en 2021, México (“Estatuto de la FMF”), Arts. 79, 85. La CCRC se conforma por un presidente, un representante de los clubes profesionales que es designado por común acuerdo entre los clubes y un representante de los jugadores designado por una asociación de jugadores. Reglamento de la Comisión de Conciliación y Resolución de Controversias, publicado en 2021, México, Art. 4(1).

<sup>22</sup> Estatuto de la FMF, Art. 86: “El Afiliado, por disposición de la FIFA, podrá interponer recurso de apelación ante el TAS, con sede en Lausana, Suiza, siempre y cuando se hayan agotado todas las instancias jurisdiccionales de LA FEDERACIÓN. Dicho recurso deberá interponerse en un plazo de 21 días naturales tras la notificación de la decisión recurrida.”

<sup>23</sup> Resolución Núm. 3775 de la Federación Colombiana de Fútbol por la cual se expide el nuevo Reglamento de la Cámara Nacional de Resolución de Disputas de la Federación Colombiana de Fútbol, 2018, Colombia (“Reglamento de Resolución de Disputas de la FCF”).

<sup>24</sup> Reglamento de Resolución de Disputas de la FCF, Art. 2.

reglamento.<sup>25</sup> En forma similar, en Argentina, por ejemplo, la Asociación del Fútbol Argentino tiene su propio reglamento para dirimir controversias que, en última instancia, dirige las disputas al TAS.<sup>26</sup>

*b. Los deportes olímpicos: el caso de la natación y el arbitraje deportivo en México*

Los deportes olímpicos siguen, en cierta medida, un modelo similar al de la FIFA, en el que los comités y federaciones internacionales imponen ciertos requisitos a sus afiliadas sobre los mecanismos que serán empleados para resolver determinadas disputas. Los deportes olímpicos tienen un complejo entramado institucional en el que el COI reconoce tanto a los comités olímpicos nacionales como a las federaciones internacionales como miembros del movimiento olímpico.<sup>27</sup> Además de ello, existen federaciones nacionales específicas a cada deporte. Así, en el caso concreto de la natación en México, por ejemplo, un atleta debe estar afiliado a la Federación Mexicana de Natación (“FMN”) que, a su vez, es miembro de la Federación Internacional de Natación (“FINA”) y del Comité Olímpico Mexicano (“COM”), los cuales son reconocidos por el COI.

En materia de solución de controversias, el COI prevé la jurisdicción exclusiva del TAS para cualquier diferencia “*surgida con motivo de los Juegos Olímpicos.*”<sup>28</sup> Por su parte, el COM también prevé la jurisdicción del TAS, pero únicamente para fines del recurso de apelación en contra de sanciones impuestas y ratificadas por el COM.<sup>29</sup> En términos similares, la FINA también prevé la jurisdicción exclusiva del TAS para resolver recursos de apelación en contra de las decisiones sancionatorias adoptadas por la federación, además de prever la posibilidad del arbitraje del

---

<sup>25</sup> Reglamento de Resolución de Disputas de la FCF, Art. 3; V. Ley Núm. 1563 por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones, 2012, Colombia.

<sup>26</sup> Estatuto de la Asociación del Fútbol Argentino, publicado en 2020, Argentina, Art. 70.

<sup>27</sup> Carta Olímpica del Comité Olímpico Internacional, vigente a partir de 2020, Arts. 3, 25 y 27.

<sup>28</sup> Carta Olímpica del Comité Olímpico Internacional, vigente a partir de 2020, Art. 61(1).

<sup>29</sup> Estatuto del Comité Olímpico Mexicano, vigentes a partir de 2015, México (“Estatuto del COM”), Capítulo XIV y Art. 75.

TAS.<sup>30</sup> Por su parte, la FMN también parece haber adoptado la jurisdicción del TAS como última instancia para conocer del recurso de apelación en materia de sanciones, pues la FMN se obliga y obliga a sus afiliados a “*cumplir y hacer cumplir la normatividad y reglamentación que emita la FINA.*”<sup>31</sup>

Como se desprende de lo anterior, el complejo entramado institucional de la natación olímpica en México prevé un mecanismo de solución de controversias en materia de sanciones, cuyo último recurso de apelación está sujeto a la jurisdicción del TAS. Este entramado institucional, sin embargo, no ofrece una clara solución para las controversias deportivas en materias que sean distintas de la aplicación de sanciones. En particular, no existe una solución clara y funcional para disputas de naturaleza económica entre los distintos participantes en el deporte.

Por un lado, la FINA prevé como una alternativa, que no es de jurisdicción exclusiva, el arbitraje ante el TAS.<sup>32</sup> Sin embargo, acudir al TAS para dirimir disputas de naturaleza económica es complejo y oneroso. Las partes en cuestión necesitan de abogados especializados, con el costo que ello implica, y sufragar los costos del procedimiento, que incluyen la tasa de la Secretaría del TAS, los costes administrativos del TAS, los honorarios de los árbitros, los honorarios del secretario del tribunal, los costos de testigos, expertos e intérpretes y una contribución a los gastos del TAS.<sup>33</sup> Todos estos costos pueden ser desproporcionados al monto en disputa en una controversia, por ejemplo, entre una nadadora y su entrenador y, por ende, desincentivar la presentación de la reclamación. A diferencia de los arbitrajes con contenido económico tramitados ante el TAS, los recursos de apelación ante dicho organismo en materia

<sup>30</sup> Estatutos de la Federación Internacional de Natación, publicados en 2021 (“Estatutos FINA”), Arts. C12.13, C26.

<sup>31</sup> Estatuto de la Federación Mexicana de Natación, última reforma publicada en 2014, México (“Estatuto FMN”), Art. 10, fracción III.

<sup>32</sup> Estatutos FINA, Art. C 26. La redacción de este artículo que dispone que una controversia entre los miembros de la FINA “*podrá*” ser referida a arbitraje contrasta con la formulación del artículo C12.13 que, en materia de recursos de apelación a decisiones sancionatorias, prevé que la controversia “*podrá ser únicamente presentada ante el TAS.*” *Ibidem*, Art. C 12.13 (traducción del inglés).

<sup>33</sup> Código del TAS, Reglas 64.1–64.4.

sancionatoria, y que están disponibles para todo el deporte olímpico, no implican el pago de todos estos costos, que —salvo por la tasa administrativa que deberá pagar el apelante y claro está los gastos de representación legal en los que puedan incurrir las partes— son asumidos por completo por el TAS.<sup>34</sup>

Por el otro, en el ámbito nacional, la FMN incentiva al uso del arbitraje CAAD y sus estatutos requieren que todos los atletas y participantes en la natación profesional “*acepten el arbitraje de las diferentes instancias establecidas en la estructura del Deporte Nacional.*”<sup>35</sup> A pesar de ello, como ya vimos, la CAAD no ha logrado cooptar este tipo de disputas y constituirse en un mecanismo atractivo para la solución eficiente de disputas deportivas con un componente económico.

Otros deportes olímpicos en México siguen más o menos el mismo formato y regulan en forma comprensiva y eficiente la solución de controversias derivadas de la imposición de sanciones, pero no ofrecen soluciones claras, efectivas y eficientes para el resto de las disputas deportivas. Éste es el caso, por ejemplo, del voleibol, respecto del cual tanto la Federación Mexicana de Voleibol (“FMV”) como el COM remiten a la jurisdicción del CAAD y en última instancia al TAS para los recursos de apelación en materia de sanciones,<sup>36</sup> mientras que la *Fédération*

---

<sup>34</sup> Código del TAS, Reglas 65.1–65.2.

<sup>35</sup> Estatuto FMN, Art. 140.

<sup>36</sup> Estatuto de la Federación Mexicana de Voleibol, publicado en 2014, México (“Estatuto FMV”), Art. 88; Reglamento del Estatuto de la Federación Mexicana de Voleibol, publicado en 2014, México (“Reglamento del Estatuto FMV”), Art. 128; Estatuto del COM, Capítulo XIV y Art. 75. Al igual que la FMN, la FMV remite expresamente al TAS como una última instancia para los recursos de apelación de las decisiones sancionatorias en forma implícita. La FIVB obliga a las confederaciones y federaciones nacionales a cumplir, implementar y considerar como parte integral de sus estatutos y reglamentos todas las normas de la FIVB, incluyendo con ello la cláusula de arbitraje de apelación TAS. El estatuto de la Confederación de Voleibol para América del Norte, Centroamérica y el Caribe (“NORCECA”) contiene disposiciones similares. Por tanto, la FMV, al ser una federación nacional miembro de la FIVB, del COM y de la NORCECA, ha adoptado la jurisdicción del TAS como última instancia para el recurso de apelación sobre decisiones sancionatorias. Estatuto de la Fédération Internationale de Volleyball, publicado en 2021 (“Estatuto FIVB”), Arts. 2.2.3, 2.7.5; Reglas Generales de la Fédération Internationale de Volleyball, publicadas en 2022, Arts. 1.5.1, 4.3.4; Estatuto del COM, Art. 75; *V. también* Estatuto de la Confederación de Voleibol para América del Norte, Centroamérica y el Caribe, publicado en 2020, Arts. 2.2.4, 2.7.4.

*Internationale de Volleyball* (“FIVB”) ofrece la posibilidad, no exclusiva, del arbitraje TAS.<sup>37</sup>

### **III. *¿Es el arbitraje un mecanismo viable de solución de controversias para los deportistas mexicanos?***

A simple vista, la respuesta rápida a esta pregunta es sí. Hemos visto cómo la práctica del deporte profesional en México a través de instituciones nacionales asociadas a federaciones internacionales tiene a su disposición un robusto mecanismo arbitral para dirimir controversias deportivas, cuyo pilar fundacional es el TAS como última instancia (apelación) para resolver dichas controversias. Ese mecanismo, sin embargo, no está disponible para un cúmulo importante de disputas que pueden surgir en el día a día del deporte mexicano, ya sea porque (i) la federación nacional correspondiente únicamente prevé la jurisdicción del TAS para recursos de apelación pero no para arbitraje de todo tipo de disputas y/o (ii) incluso si existe consentimiento al arbitraje TAS, como es el caso de la FMN, dirimir disputas de naturaleza económica ante el TAS puede ser oneroso y complejo.

En principio, estas disputas que no están sujetas a la jurisdicción TAS o no alcanzan la sofisticación y cuantía para terminar ante el TAS podrían ser resueltas a través de la CAAD, conforme a lo previsto en la Ley del Deporte Vigente. De hecho, algunas federaciones hacen referencia expresa al arbitraje del sistema nacional del deporte como una alternativa viable.<sup>38</sup> Sin embargo, como vimos antes, la CAAD no parece estar cooptando estas disputas y tan sólo ha resultado una decena de arbitrajes. ¿A qué se debe esto?

En primer lugar, a la falta de información clara y concisa sobre la disponibilidad del arbitraje CAAD. Si bien los estatutos, organigramas y reglamentos de los diversos deportes federados en México hacen referencia a la CAAD como el

---

<sup>37</sup> Estatuto FIVB, Art. 2.7.5.

<sup>38</sup> V., *Ej.*, Estatuto FMN, Art. 140.

órgano de apelación para aquellas decisiones sancionatorias,<sup>39</sup> la realidad es que la mayoría de estos documentos no ofrecen la misma claridad respecto de la disponibilidad del arbitraje CAAD para la resolución de todo tipo de disputas deportivas. Por ejemplo, los estatutos tanto de la FMN como de la FMV hacen referencia al “*arbitraje de las instancias establecidas en la estructura del Deporte Nacional*” o Federado.<sup>40</sup> Tras revisar todo el marco normativo a la práctica del deporte profesional en México, incluyendo en particular la Ley del Deporte Vigente y su reglamento, pareciera que esta referencia al arbitraje disponible para el deporte federado en México es la CAAD. Estas referencias indirectas y poco claras al arbitraje CAAD se convierten en una barrera de entrada que transfiere a los participantes del deporte profesional la onerosa carga de descifrar los recursos que tienen a su disposición para dirimir sus controversias.

La formulación equívoca de los estatutos relevantes al “*arbitraje de las instancias establecidas en la estructura del Deporte Nacional*” o Federado no sólo dificulta la identificación del arbitraje CAAD como un mecanismo disponible, sino que genera problemas adicionales de consentimiento al arbitraje. Como todo arbitraje, el arbitraje deportivo requiere del consentimiento de las partes, como la piedra angular del sistema arbitral. En sus estatutos, la FMN y la FMV requieren que sus afiliados “*acepten el arbitraje de las instancias establecidas en la estructura del Deporte Nacional*” o Federado.<sup>41</sup> ¿Esta aceptación a un arbitraje no identificado específicamente constituye una cláusula arbitral válida? Pareciera que no, pues el propio Reglamento de la Ley del Deporte Vigente requiere que “*las partes convengan someter su controversia y aspectos fundamentales ante la propia CAAD.*”<sup>42</sup> La

<sup>39</sup> *V., p. ej.*, Estatuto FMN, Arts. 172–173; Estatuto FMV, Art. 88, fracción III. Sin embargo, previo al recurso de apelación ante el CAAD, las disposiciones relevantes de las federaciones nacionales generalmente prevén la presentación de un recurso de inconformidad en contra de las decisiones sancionatorias que se tiene que presentar ante el órgano interno previsto en su normatividad. *V., p. ej.*, Estatuto FMN, Art. 172; Estatuto FMV, Art. 88, fracción II.

<sup>40</sup> Estatuto FMN, Art. 140; Reglamento del Estatuto FMV, Art. 108.

<sup>41</sup> *Id.*

<sup>42</sup> Ley del Deporte Vigente, Art. 121.

falta de claridad en la respuesta ahonda en las razones por las cuales los deportistas mexicanos no están acudiendo al CAAD.

En segundo lugar, la composición de la CAAD también puede estar desincentivando su uso como un mecanismo de solución de controversias. La CAAD opera a través de un Pleno compuesto por 5 miembros (un presidente y cuatro miembros titulares), todos los cuales son designados por el Ejecutivo Federal.<sup>43</sup> Si bien todos los miembros de la CAAD “durarán tres años en su encargo,” no existe disposición alguna en la Ley del Deporte Vigente que asegure su inamovilidad durante dicho periodo.<sup>44</sup> Además, el Pleno de la CAAD se encarga de resolver tanto los recursos administrativos de apelación que sean presentados ante el organismo como los arbitrajes en los cuales la CAAD se llegue a constituir como tribunal arbitral.<sup>45</sup> Es decir, el Pleno de la CAAD funciona como tribunal administrativo permanente y tribunal arbitral permanente, diseñado para resolver todas y cada una de las disputas que le sean sometidas. Si bien pueden existir ventajas en esta aproximación, incluyendo en particular la simplificación del proceso y la reducción de costos, la Ley del Deporte Vigente no parece contar con el diseño institucional idóneo. A pesar de que la Ley del Deporte Vigente requiere que los miembros del Pleno de la CAAD sean abogados con “amplio conocimiento del ámbito deportivo,”<sup>46</sup> no hay requisito alguno de que tengan conocimiento específico sobre el arbitraje. Además, la CAAD está organizada de tal forma que son secretarios proyectistas — que no tienen requisitos para su designación — quienes redactan y proponen al Pleno las decisiones interlocutorias y laudos a ser dictados en el arbitraje.<sup>47</sup> Al forzar a las potenciales partes a someter su controversia ante un tribunal con miembros fijos, cuya designación tiene un componente político y quienes no necesariamente tienen el conocimiento y

---

<sup>43</sup> Ley del Deporte Vigente, Art. 80.

<sup>44</sup> *Id.*

<sup>45</sup> Reglas de Operación y Funcionamiento de la Comisión de Apelación y Arbitraje del Deporte, publicadas en 2015 (“Reglas de Operación y Funcionamiento CAAD”), Arts. 3, 4.1, 4.3.1, 4.3.1.2(g).

<sup>46</sup> Ley del Deporte Vigente, Art. 80; Reglas de Operación y Funcionamiento CAAD, p. 7.

<sup>47</sup> Reglas de Operación y Funcionamiento CAAD, Art. 4.3.1.2(e).

experiencia suficientes sobre arbitraje y además deciden sobre proyectos redactados por secretarios, la CAAD está privando a las partes de una de las características y ventajas centrales del arbitraje, que es la posibilidad de tener adjudicadores especializados y experimentados en la materia.

La falta de flexibilidad para la elección de árbitros contrasta con la aproximación de la propia CAAD frente a la mediación.<sup>48</sup> A diferencia del arbitraje, la Ley del Deporte Vigente y su Reglamento prevén la creación de una Lista de Mediadores y Conciliadores Independientes, quienes trabajarán de la mano con el personal administrativo de la CAAD en la mediación y conciliación de las disputas.<sup>49</sup> El arbitraje CAAD sería mucho más atractivo con un sistema similar en el que las disputas fueran resueltas por especialistas en arbitraje a través de tribunales *ad hoc* constituidos para resolver la disputa en cuestión. Incluso si la CAAD quisiera preservar el diseño de un tribunal permanente de arbitraje, sería deseable que dentro de los criterios de designación de los miembros de dicho tribunal se incluyera experiencia y conocimiento en arbitraje.

En tercer lugar, el arbitraje CAAD no cuenta con reglas procesales claras que, a la par de dar flexibilidad plena a las partes para conducir el proceso, brinden un marco reglamentario mínimo dentro del cual pueda desarrollarse el arbitraje. Las Reglas de Operación de la CAAD simplemente regulan, en forma bastante general, los requisitos que debe cumplir una solicitud de arbitraje.<sup>50</sup> Más allá de eso, el Reglamento de la Ley del Deporte Vigente impone a las partes de la disputa la obligación de fijar las reglas del procedimiento en el acuerdo arbitral.<sup>51</sup> Esta falta de regulación mínima del proceso hace mucho más difícil el acceso al arbitraje

---

<sup>48</sup> Conforme al artículo 78 de la Ley del Deporte Vigente, la CAAD también puede “*coadyuvar en las medicaciones y conciliaciones, respecto de las controversias de naturaleza jurídica deportiva . . .*”. Ley del Deporte Vigente, Art. 78.

<sup>49</sup> Reglamento de la Ley del Deporte Vigente, Art. 129; Ley del Deporte Vigente, Art. 79, fracción VI.

<sup>50</sup> Reglas de Operación y Funcionamiento CAAD, México, Art. 4.3.1.1(b). Conforme a lo previsto en esta disposición, la solicitud de arbitraje debe contener los datos generales del demandante, la documentación original que certifique su personalidad, una descripción sucinta de la disputa que incluya los puntos esenciales de la controversia y las pruebas pertinentes.

<sup>51</sup> Reglamento de la Ley del Deporte Vigente, Art. 122.

CAAD, pues las partes no sólo tienen que acordar someter sus disputas a arbitraje, sino que además tienen que pactar cómo hacerlo. Al trasladar a las partes la obligación de regular por completo el proceso, la CAAD también aumenta el nivel de sofisticación que necesitarán las partes para ir al arbitraje y, por ende, los costos en los que las partes incurrirán.

La falta de reglamentación del arbitraje también contrasta con la aproximación que la CAAD ha adoptado para los recursos de apelación y la mediación. En ambos casos, el marco normativo de la CAAD ofrece parámetros básicos para el desarrollo del procedimiento, incluyendo las etapas y fases procesales que se seguirán y los plazos en las que se llevarán a cabo.<sup>52</sup> Sería recomendable que, a fin de promover e incentivar el uso del arbitraje, la CAAD diseñara un marco normativo básico dentro del cual se desarrolle el proceso de arbitraje, en forma similar a las reglas de arbitraje de las principales instituciones arbitrales en México y el mundo.

Por las razones anteriores, que no pretenden ser exhaustivas, creemos que la CAAD no ha logrado erigirse como una institución arbitral efectiva y comúnmente utilizada para dirimir disputas económicas derivadas de la práctica profesional de deportes distintos al fútbol, que cuenta con su sistema autocontenido de solución de controversias. ¿Qué hacer ante este panorama? La respuesta quizá es a dos niveles.

Por un lado, la CAAD podría beneficiarse de una reforma integral que la haga mucho más favorable al arbitraje. La CAAD ha logrado constituirse como un mecanismo importante para la solución de recursos de apelación en materia disciplinaria deportiva. En contraste con la mínima práctica arbitral que tiene, tan sólo entre 2015 y 2021 la CAAD resolvió en forma definitiva más de 230 recursos de apelación.<sup>53</sup>

<sup>52</sup> Ley del Deporte Vigente, Art. 83; Reglamento de la de la Ley del Deporte Vigente, Arts. 130–135.

<sup>53</sup> Reporte de Actividades de la CAAD al segundo trimestre de 2021, p. 7, Disponible en: [http://www.caad.sep.gob.mx/work/models/demo/Resource/46/3/images/indicadores\\_anexo3.pdf](http://www.caad.sep.gob.mx/work/models/demo/Resource/46/3/images/indicadores_anexo3.pdf)

### Resoluciones y Laudos emitidos por el Pleno de la CAAD

Año	Resolución Definitiva	Resolución Definitiva	Laudos
2015	63	50	
2016	22	58	
2017	50	54	2
2018	61	70	2
2019	32	11	5
2020	3	4	0
2021	1	2	3

Sin embargo, por las razones que ya vimos, la función arbitral de la CAAD ha sido considerablemente menos exitosa, a pesar de estar expresamente regulada en la Ley del Deporte Vigente. Al respecto, en la medida en la que (i) las federaciones deportivas nacionales ofrezcan mucha más claridad sobre la disponibilidad del arbitraje CAAD, (ii) la propia CAAD genere información mucho más clara y precisa sobre su función arbitral y (iii) la CAAD desarrolle un sistema de arbitrajes *ad hoc* o incluso un tribunal permanente con árbitros experimentados o un listado de árbitros disponibles para las partes y un conjunto de reglas de arbitraje de aplicación general, la CAAD podrá constituirse en una institución arbitral atractiva y activa en el mundo del deporte mexicano.

Lo anterior iría de la mano con lo que ciertos países han hecho en los últimos años al establecer verdaderos tribunales arbitrales deportivos de origen nacionales, tales como el el *Tribunale Nazionale di Arbitrato per lo Sport* en Italia,<sup>54</sup> la *Chambre Arbitrale du Sport* (CNOSEF) en Francia<sup>55</sup> o el *Sport Dispute Solutions Ireland* (SDSI) en Irlanda.<sup>56</sup> A diferencia de la CAAD, estos tribunales hoy por hoy funcionan como verdaderos sistemas de arbitraje deportivo.<sup>57</sup>

<sup>54</sup> Codice del giudizi innanzi al Tribunale nazionale di arbitrato per lo sport e Disciplina degli arbitri, Italia, publicado en 2010, Disponible en: <https://www.coni.it/en/site-map.html>

<sup>55</sup> Règlement de la Chambre arbitrale du sport, Francia, publicado en 2020, Disponible en: <https://cnosf.franceolympique.com/cnosf/cat/4/394.php>

<sup>56</sup> Véase Sport Dispute Solutions Ireland, 'About', <http://sportdisputesolutions.ie/about/>; Véase también Nicolás Rosero Espinosa, 'Arbitraje Deportivo: La Experiencia del Tribunal Arbitral du Sport', *Thémis-Revista de Derecho*, Núm. 71, Perú, 2017, p. 44, Disponible en: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/19811/19857>

<sup>57</sup> Algunos autores del mundo deportivo han abogado por la creación de un tribunal deportivo latinoamericano que estaría más cercano a las idiosincrasias del mundo deportivo y jurídico de la región. De hecho, como detalla en una entrevista el Dr. Rodrigo Ortega Sánchez, especialista

Por otro lado, hay un universo de disputas deportivas con componentes económicos que pueden ser cooptadas por instituciones arbitrales diversas a la CAAD, tales como disputas relacionadas con contratos entre agentes deportivos y jugadores o clubes deportivos, contratos con entrenadores, indemnizaciones por transferencia de deportistas, entre otras. Este tipo de disputas podrían ser acogidas por tribunales arbitrales *ad hoc* administrados por instituciones de arbitraje consolidadas en el país y en la región y que, además, cuentan con las características necesarias para que el arbitraje deportivo se desarrolle y fomente en México. Por ejemplo, el Centro de Arbitraje de México (CAM) y el Centro de Arbitraje CANACO tienen un reglamento de arbitraje moderno y una larga experiencia en la administración de arbitrajes. Estas instituciones pueden llenar el vacío causado por las deficiencias institucionales del arbitraje CAAD y atender la necesidad de las disputas deportivas de contenido económico a través de un mecanismo alternativo de solución de controversias que sea independiente, imparcial, eficiente y efectivo.<sup>58</sup> El desarrollo de un mecanismo especial para la resolución de controversias deportivas y de una especialización en la materia convertiría a estas instituciones arbitrales en, además, una alternativa ideal para la solución de disputas comerciales relacionadas con el deporte, como contratos de

---

argentino de derecho y arbitraje deportivo, la Asociación Latinoamericana de Derecho Deportivo (“ALADEE”) creó un Tribunal Arbitral con el objeto de administrar arbitrajes en materia deportiva en la región. Centro Empresarial de Mediación y Arbitraje, ‘Necesitamos crear un Tribunal Arbitral para América Latina’, Entrevista, 2014, Disponible en: <https://www.medyar.org.ar/entrevistaB-1406.php>; Véase también Nicolás Rosero Espinosa, ‘Arbitraje Deportivo: La Experiencia del Tribunal Arbitral du Sport’, *Thémis-Revista de Derecho*, Núm. 71, Perú, 2017, pp. 44-45, Disponible en: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/19811/19857>. Sin embargo, luego de una búsqueda sobre la ALADEE y su Tribunal Arbitral para este artículo, pareciera que ambos se encuentran inactivos en la actualidad.

<sup>58</sup> Un ejemplo interesante es la Cámara de Comercio de Cali, Colombia, que recientemente incorporó la administración de arbitrajes deportivos a través de su reglamento de conciliación, arbitraje y amigable composición, para lo cual cuenta con una lista de árbitros especializados en temas y disputas deportivas. V. Reglamento del Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Cali, última reforma publicada en 2020, Colombia, Libro VIII y Arts. 8.2, 8.11; Cámara de Comercio de Cali, ‘Centro de conciliación arbitraje y amigable composición: Listado de Árbitros Deportivos’, Disponible en: <https://www.ccc.org.co/programas-y-servicios-empresariales/centro-de-conciliacion-arbitraje-y-amigable-composicion/arbitraje-deportivo/listado-arbitros-deportivos/>

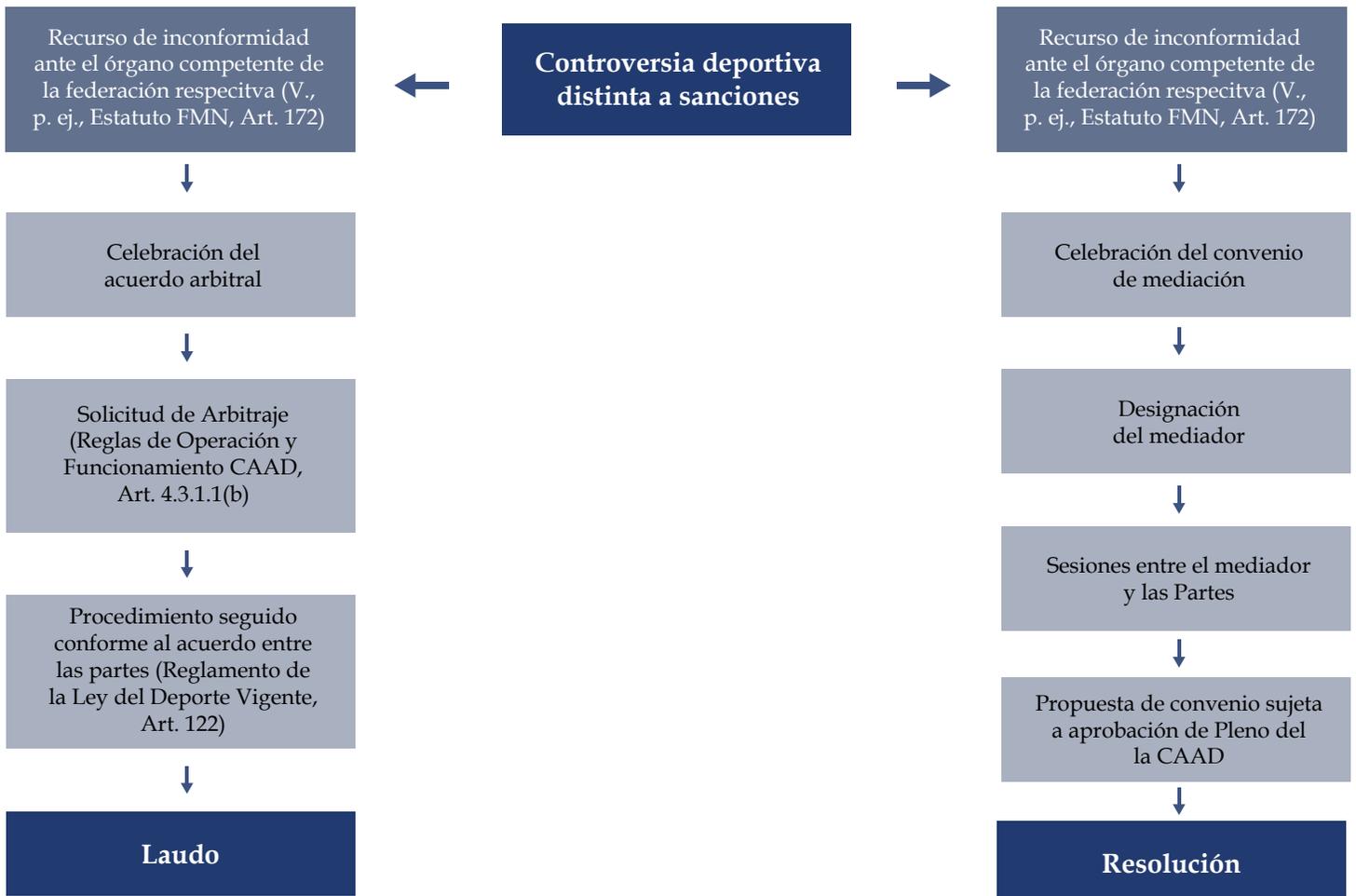
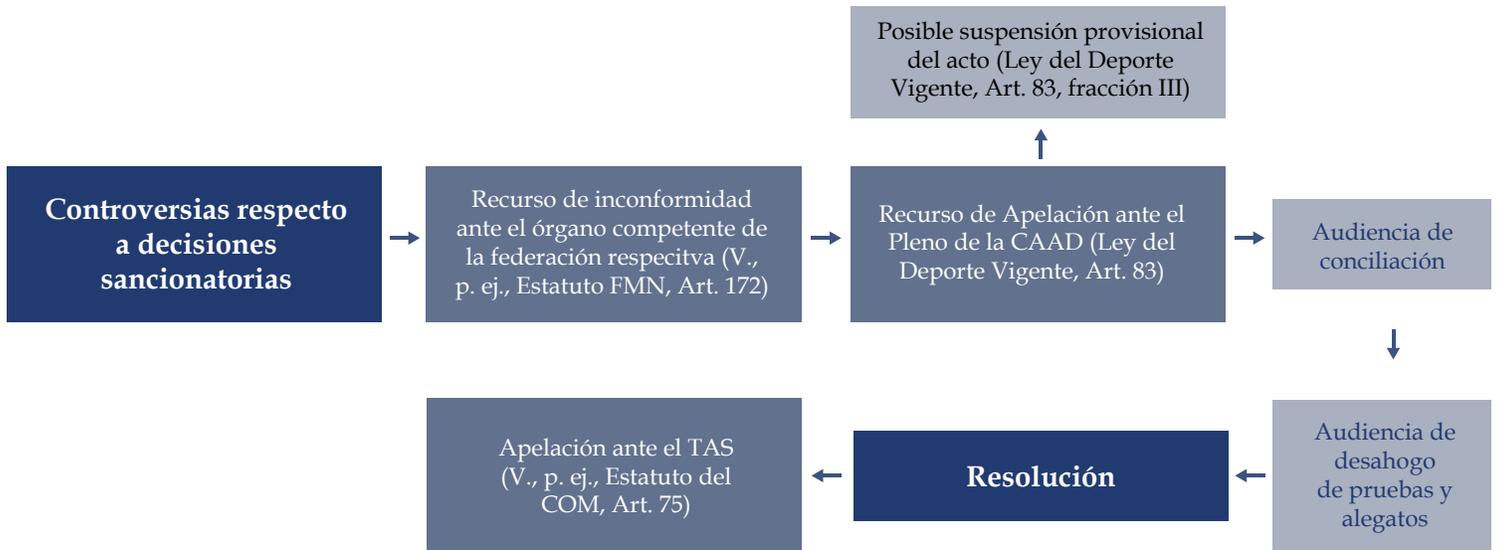
patrocinio de deportistas o de venta y asignación de derechos televisivos para determinados deportes o eventos deportivos.

En suma, nos parece que México actualmente se enfrenta a una paradoja en lo que compete al sistema de solución de controversias deportivas. Por un lado, existen una serie de disputas en materia deportiva que se benefician de un robusto sistema de arbitraje deportivo autocontenido capaz de darles solución en forma ágil y eficiente. Por el otro, México cuenta con las condiciones necesarias para desarrollar un verdadero sistema arbitral que acoja una vasta gama de disputas deportivas que están fuera de ese sistema autocontenido. Ello podría ser posible ya que México tiene no solo una legislación en materia deportiva favorable al arbitraje sino también una legislación de arbitraje moderna y reconocidas instituciones arbitrales capaces de tramitar disputas deportivas.

Esperamos que estas reflexiones contribuyan a incentivar el desarrollo de una sólida práctica arbitral deportiva en México, en toda práctica profesional del deporte mexicano y no sólo en aquellos deportes que dependen del arbitraje TAS, ya sea por su afiliación a ciertos organismos internacionales, como la FIFA, o por las cuantiosas sumas que implican.

## Anexo 1

### Proceso de resolución de controversias deportivas en México



# FINANCIACIÓN POR TERCEROS: CRÓNICAS DE SU DISPOSICIÓN INTRA-REGLAMENTOS ARBITRALES

Rodrigo Zamora Etcharren \*

Tomás Geuna \*\*

## I. *Introducción*

Si bien la emergencia sanitaria causada por la pandemia del COVID-19 parece estar tendiendo hacia su fin, las consecuencias económicas y contractuales derivadas de esta aún se encuentran en pleno auge. La recesión económica, la falta de cumplimiento de contratos pactados y las medidas adoptadas por los gobiernos soberanos a fin de mitigar los efectos de la pandemia, han causado un significativo aumento en las desavenencias vinculadas a las relaciones jurídicas existentes.

Ante esta situación, muchos actores que presuntamente habrían sufrido un perjuicio económico se han encontrado ante un severo impedimento para obtener compensación por este daño. Ello en tanto se encuentran fácticamente imposibilitados de entablar acción arbitral alguna por sus limitados recursos internos y la falta de liquidez.

En este contexto, la financiación por parte de terceros puede ofrecer una idónea respuesta para mitigar estos impedimentos económicos y permitir el acceso a la vía arbitral. Sin embargo, la utilización de esta figura ha despertado un alto número de cuestionamientos sobre la posible afectación a la imparcialidad de los árbitros, principio fundamental del arbitraje, y a la confidencialidad.

---

\* Socio de Galicia Abogados S.C.

\*\* Asociado de Galicia Abogados S.C.

Con ello en mente, el presente trabajo pretende evaluar las posturas adoptadas por los principales centros de arbitraje ante los cuestionamientos a esta figura. Nótese que, lejos de analizar todos los cuestionamientos, atento a la extensión de este artículo, el análisis se centrará en la independencia de los árbitros y el deber de revelación de las partes.

El presente trabajo se estructurará de la siguiente forma. En el capítulo II, se conceptualizará a la financiación por parte de terceros y sus generalidades. El capítulo III, presentará un análisis de las posturas adoptadas por los principales centros de arbitraje ante los cuestionamientos a esta figura. En el capítulo IV, se realizará una breve reseña de la adición relativa a la materia realizada por el Centro de Arbitraje de México (“CAM”) en su nuevo reglamento. Por último, el capítulo V contendrá las consideraciones finales.

## ***II. Concepto y generalidades***

Una financiación por parte de un tercero puede definirse, ampliamente, como aquel mecanismo mediante el cual un tercero que no está involucrado directamente en la disputa proporciona a una parte –usualmente la demandante– los fondos necesarios para poder hacer frente al procedimiento litigioso a cambio de una retribución.<sup>1</sup>

Esta práctica, que inicialmente surgió en Australia y se ha extendido rápidamente por la región asiática y europea cobrando cada vez mayor predominancia en Latinoamérica,<sup>2</sup> ha sido definida por el grupo de trabajo de la universidad Queen Mary y el Consejo Internacional de Arbitraje Comercial (“ICCA”) en su informe N°4 sobre la Financiación por Terceros de la siguiente manera:

---

<sup>1</sup> Enrique Fernández Masiá, ‘La financiación por terceros en el arbitraje internacional’. Universidad de Castilla-La Mancha, España, 2016, p. 206.

<sup>2</sup> Roque Jerónimo Caivano, ‘Financiamiento por terceros en el arbitraje: Un análisis global’. Universidad Austral, Argentina, 2018.

“Acuerdo por el cual una entidad ajena a una disputa brinda a una parte, o a una filial de esa parte o a una firma de abogados que represente a esa parte:

a) fondos u otro tipo de apoyo material con el fin de financiar una parte o la totalidad del costo del procedimiento, ya sea de manera individual o como parte de un rango específico de casos.

b) dicho soporte o financiamiento es otorgado 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.”<sup>3</sup>

En similar sentido, el Acuerdo Económico y Comercial Global entre Canadá y la Unión Europea (“CETA”) lo define como:

“Toda la financiación facilitada por una persona física o jurídica que no sea parte en la diferencia, pero llegue a un acuerdo con una parte en la diferencia para financiar una parte o la totalidad de los costes del procedimiento, ya sea mediante una donación o mediante una subvención, o a cambio de una retribución que dependa del resultado de la diferencia.”<sup>4</sup>

Así, mientras que los términos específicos – alcance de las obligaciones y derechos de cada una de las partes – dependerán del acuerdo particular celebrado entre las partes, existen tres sujetos que han de estar necesariamente presentes para su existencia: A) tercero financiador; B) demandante; y C) demandado.

#### *A. Tercero financiador*

Las Directrices de la Asociación Internacional de Abogados –en inglés *International Bar Association* (“IBA”)– sobre Conflictos de Intereses en el Arbitraje Internacional en su Nota Explicativa de la Norma General 6(b), definen 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.”<sup>5</sup>

<sup>3</sup> Ver Reporte de ICCA-Queen Mary ‘Task force on third-party funding in international arbitration N°4’, abril de 2018, p. 50. Traducción propia.

<sup>4</sup> Acuerdo económico y Comercial Global entre Canadá y la Unión Europea y sus Estados miembros, Art. 8.1.

<sup>5</sup> Directrices de la IBA sobre Conflictos de Intereses en el Arbitraje Internacional 2014, Nota Explicativa 6(b).

Estos pueden ser actores tales como fondos de inversión, firmas de abogados y hasta personas físicas independientes. La financiación puede gestarse a través de múltiples formas. Así, dependiendo del acuerdo, el financiador puede tener a su cargo una parte o la totalidad de los costos procedimentales y hasta incluso la eventual condena en los costos del proceso. De esta manera, es frecuente que en caso de que la parte financiada obtenga un laudo desfavorable, el tercero financiador no reciba rédito alguno –ni reembolso de lo ya erogado– y en caso de la obtención de un laudo favorable reciba una porción de la ganancia acorde a lo pactado con la parte financiada.

Atento a ello, la perfección de este tipo de contratos supone un análisis pormenorizado de las constancias existentes del caso. El financiador usualmente analiza circunstancias tales como la cuantía del reclamo, su origen, los árbitros, solidez de los argumentos, inversión inicial, margen de ganancia, duración del proceso, posibles defensas de la contraparte, posibilidad de acuerdo, disponibilidad de bienes de la contraparte, obstáculos jurisdiccionales, entre otros, para poder así determinar la viabilidad o no de financiar el caso. Todo ello, en tanto debe existir una razonable posibilidad de éxito que justifique el riesgo de la erogación dineraria a realizar.<sup>6</sup>

### ***B. Demandante***

Es por regla general la parte objeto de financiamiento en el procedimiento arbitral, toda vez que es la única que tiene la posibilidad de obtener un retorno económico a través del resultado del laudo, salvo que la demandada reconvenga.<sup>7</sup>

En los últimos años, el financiamiento por parte de terceros ha beneficiado a un gran abanico de usuarios. Este tipo de financiamiento no ha sido de uso exclusivo de usuarios que atraviesan dificultades económicas, sino que ha sido también una herramienta útil para aquellos que no atraviesan dificultades económicas pero

<sup>6</sup> Ver Reporte de ICCA-Queen Mary 'Task force on third-party funding in international arbitration N°4', abril de 2018, p. 25. Traducción propia.

<sup>7</sup> *Ídem.*

prefieren mitigar riesgos, no comprometer el flujo de caja y/o dar prioridad a circunstancias comerciales o urgencias.<sup>8</sup>

Este cambio de dinámica ha sido puesto de manifiesto por la mayoría de los tribunales arbitrales, los cuales han sido reticentes a otorgar una garantía por costos legales –en inglés *security for costs*– lo cual implica que el tribunal arbitral ordene a la demandante depositar un monto dinerario en garantía para el pago del procedimiento en caso de perder, en atención a una supuesta presunción de falta de solvencia por haber sido *per se* financiado por un tercero.<sup>9</sup>

De esta manera, al igual que en la crisis del 2008, la financiación por parte de terceros resulta una conveniente herramienta para aquellos actores que aún sufren las consecuencias económicas de la pandemia, o bien, para aquellos que por razones de otra índole deseen entablar acciones arbitrales minimizando riesgos.

### **C. Demandado**

Como hemos visto, toda vez que la financiación por parte del tercero suele tener un ánimo de lucro, el demandado no suele ser objeto de él. Sin embargo, han existido casos que han permitido inferir que, pese a ser la excepción, el financiamiento por terceros a la parte demandada es posible. Un ejemplo cabal de ello es lo sucedido en el caso *Phillip Morris c. Uruguay*,<sup>10</sup> en el cual una organización no gubernamental sin ánimo de lucro proporcionó al estado uruguayo financiamiento para su defensa. Una alternativa diferente en esta búsqueda podría configurarse en caso de que el demandado reconvenga la demanda en su contra y el tercero financiador la considere con posibilidad de éxito

<sup>8</sup> *García Armas c. República Bolivariana Venezuela*, Caso CPA No. 2016-08, Orden Procesal No. 9, 243.

<sup>9</sup> En este sentido ver: *García Armas c. República Bolivariana Venezuela*, Caso CPA No 2016-08, Orden Procesal No. 9, 243; *Commerce Group Corp y San Sebastian Gold Mines Inc. c. República del Salvador*, Caso CIADI No ARB/09/17. Decisión relativa a la solicitud de garantía por costas legales efectuada por el Salvador, 45; *South American Silver Limited. c. Estado Plurinacional de Bolivia*, Caso PCA No 2013-15, Orden Procesal No. 10, 75-76; *Eurogas Inc y Belmont Resources Inc. c. República de Eslovaquia*, Caso CIADI No. ARB/14/14, Orden Procesal No. 3, 122-123; *Guaracachi America Inc y Rurelec Plc. c. Estado Plurinacional de Bolivia*, Caso CPA No. 2011-17, Orden Procesal No. 14, 7.

<sup>10</sup> *Philip Morris Brands Sárl, Philip Morris Products S.A y Abal Hermanos S.A. c. República Oriental del Uruguay*, Caso CIADI No. ARB/10/7.

suficiente. No obstante lo expuesto, el demandando suele ser el actor menos protagónico en esta estructura, toda vez que la gran mayoría de los terceros financiadores suelen tener un objetivo tendiente al lucro y no a la filantropía.

### **III. Cuestionamientos y posturas adoptadas por Centros Arbitrales**

Como hemos destacado, las ventajas que ofrece la financiación por terceros son muchas y es precisamente ello lo que ha propiciado su expansión a lo largo de los últimos años.<sup>11</sup> Sin embargo, en oposición a estas, también existen un sinnúmero de cuestionamientos a esta figura, los cuales señalan que esta práctica atenta directamente contra los pilares del proceso arbitral.

Más precisamente, entre los cuestionamientos más frecuentes se sitúa la posible afectación a los principios de imparcialidad e independencia de los árbitros. A decir, quienes sostienen este cuestionamiento argumentan que al estar tan concentrado los actores partícipes de este mercado,<sup>12</sup> uno de los riesgos más preocupantes es la existencia de vinculación –directa o indirecta– entre el financiador y uno o más árbitros, la cual sea desconocida por estos últimos. Esto resulta de especial interés, toda vez que una afectación de esta índole podría causar un resultado indeseado tal como la anulación del laudo.<sup>13</sup>

En este marco, las principales instituciones arbitrales han hecho frente a estos cuestionamientos, adoptando posturas disímiles. A grandes rasgos, estas posturas podrían definirse en tres: a) aquellas instituciones arbitrales que han establecido un deber de revelación restrictivo; b) aquellas que han optado por no regular; y c)

---

<sup>11</sup> A modo de graficar esto, en la edición 2013 del ‘International Arbitration Survey’ realizado por la Universidad Queen Mary, el 94% de los encuestados indicó que no había recurrido a esta opción. Sin embargo, para la edición 2018, el 16% de los encuestados indicó que lo había utilizado directamente.

<sup>12</sup> Nadia Darwazeh, *et al.* Adrien Leleu, ‘Disclosure and Security for Costs or How to Address Imbalances Created by Third-Party Funding’, *Kluwer Journal of International Arbitration*, 2016, pp. 358-359.

<sup>13</sup> En este sentido *ver* Ley Modelo de Arbitraje la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (“CNUDMI”), Art. 34.2.a), parágrafos ii) y iv) y Convención de Nueva York de 1958 sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, Art. V.1, parágrafos b) y d).

aquellas que han establecido un deber de revelación amplio. A continuación, realizaremos un análisis de estas.

### **A. Deber de revelación restrictivo**

El deber de revelación restrictivo consiste en la obligación de la parte financiada de revelar la existencia del acuerdo de financiamiento y la identidad del financiador a todas las partes del arbitraje. Este deber está circunscripto únicamente a lo indicado, no requiriendo más información sobre los términos y naturaleza del acuerdo de financiamiento celebrado.

Esta alternativa ha sido la más adoptada por los principales centros arbitrales. A modo de ejemplo, en su reglamento vigente desde el 1 de enero de 2021, la Cámara de Comercio Internacional (“CCI”) en su Artículo 11.7 estableció:

“Con el fin de asistir a potenciales árbitros y a árbitros en el cumplimiento de sus obligaciones previstas bajo los Artículos 11(2) y 11(3), cada parte debe informar con prontitud a la Secretaría, al tribunal arbitral y a las otras partes de la *existencia e identidad* de cualquier tercero que haya celebrado un acuerdo para la financiación de las demandas o las defensas, en el marco del cual tenga un interés de carácter económico sobre el resultado del arbitraje.”<sup>14</sup>

En este sentido también se han situado el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a las Inversiones –CIADI– (Artículo 12), el Centro Internacional de Arbitraje de Hong Kong (Artículo 44.1), Delos (Artículo 7.2), la Cámara de Arbitraje de Milán (Artículo 43), el Centro Internacional de Arbitraje de Madrid (Artículo 23.2), entre otros. También cabe encuadrar dentro de este supuesto a las reglas del Centro Internacional de Resolución de Disputas –ICDR– las cuales en su Artículo 14.7 disponen que a petición de parte o por iniciativa propia, el tribunal está facultado para solicitar la revelación.

---

<sup>14</sup> Énfasis propio. Disponible en: <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2021/05/icc-2021-arbitration-rules-2014-mediation-rules-spanish-version.pdf>

A mayor abundamiento, esta alternativa es coincidente con la adoptada por la gran mayoría de tribunales arbitrales. A decir, por regla general, estos han optado por desestimar la petición de la parte demandada de que el demandado revele detalles del acuerdo de financiamiento que excedan las constancias de su existencia y la identidad del financiador.<sup>15</sup>

### ***B. Falta de regulación***

En contraste a lo anteriormente expuestos, ciertas instituciones arbitrales han optado por no positivizar el deber de revelación de la financiación por parte de terceros.

Entre ellas, podemos encontrar a la Corte Internacional de Arbitraje Comercial de Londres, la Asociación de Arbitraje Comercial de Japón, la Cámara de Comercio de Estocolmo, entre otros.

De esta manera, estos centros han mantenido la tendencia pasada de falta de regulación.

### ***C. Deber de revelación amplio***

Por último, existe un grupo de centros arbitrales que ha optado por un criterio más amplio acerca de la información a revelar por parte del financiado. Más precisamente, obligan a dicha parte a que informe no solo la existencia del acuerdo y la identidad del financiador, sino también su naturaleza y términos.

Si bien este criterio no constituye la regla general, toda vez que supone una colisión con el principio de confidencialidad, ha sido adoptada por algunas instituciones arbitrales tales como la Comisión Internacional de Arbitraje Económico y Comercial de China (“CIETAC”) en sus reglas de arbitraje de inversión, el cual en su Artículo 27 dispone que:

---

<sup>15</sup> En este sentido véase: *South American Silver Limited. c. Estado Plurinacional de Bolivia*; *Eurogas Inc y Belmont Resources Inc. c. República de Eslovaquia*; *Guaracachi America Inc y Rurelec Plc. c. Estado Plurinacional de Bolivia*, entre otros.

“Tan pronto como se celebre el acuerdo de financiación de terceros, la parte que acepta la financiación deberá notificar por escrito, sin demora, a la otra parte o partes, al tribunal arbitral y al IDSC o al Centro de Arbitraje CIETAC de Hong Kong que administra el caso, de la existencia y naturaleza del acuerdo de financiación de terceros, y el nombre y la dirección del financiador de terceros. El tribunal arbitral tendrá la facultad de ordenar la revelación de la parte que acepta el financiamiento de cualquier información relevante del acuerdo de financiación de terceros celebrado.”<sup>16</sup>

Asimismo, si bien *a priori* instituciones como el CIADI y ICDR exigen únicamente un deber de revelación restrictivo, al mismo tiempo, sus reglamentos facultan expresamente a los árbitros para ordenar la revelación de más información sobre el acuerdo de financiación, convirtiéndolo en un deber amplio.

Este criterio ha sido adoptado por algunos tribunales arbitrales, en los cuales se hizo lugar a la petición de revelar el contenido del acuerdo de financiación. Estos casos mayoritariamente han estado asociados a una solicitud de caución sobre las costas por parte de la demandada.<sup>17</sup>

#### **IV. Financiación por terceros y el Centro de Arbitraje de México**

Conforme fuese informado por el CAM a partir del 1 de diciembre de 2022, entrará en vigor un nuevo reglamento de arbitraje que reemplazará al actual.

Este nuevo reglamento contendrá varias modificaciones. En particular, respecto al tema objeto de este trabajo, en su Artículo 13.4 estas nuevas reglas disponen que:

“1. Todo árbitro debe ser y permanecer independiente e imparcial de las Partes.

2. Antes de su nombramiento por el Consejo General o de su confirmación por el Secretario General, la persona propuesta como árbitro firmará una declaración de disponibilidad, independencia e imparcialidad, y comunicará por escrito a la Secretaria cualquier hecho o circunstancia susceptible de poner en duda su independencia e imparcialidad ante las Partes o sus representantes.

<sup>16</sup> Traducción y énfasis propio.

<sup>17</sup> En este sentido véase: *Muhammet Çap & Sehil İnşaat Endustri y Ticaret Ltd. Sti. c. Turkmenistan*, Caso CIADI No. ARB/12/6; *García Armas c. República Bolivariana Venezuela*, Caso CPA No. 2016-08, entre otros.

La Secretaría comunicará dicha declaración a las Partes, otorgándoles un plazo de 5 días para que manifiesten lo que a su derecho convenga.

3. Los árbitros comunicarán inmediatamente por escrito al Secretario General y a las Partes, cualquier hecho o circunstancia susceptible de poner en duda su independencia e imparcialidad ante las Partes, que surja durante el procedimiento arbitral.

4. Las Partes revelarán tan pronto como sea posible la existencia de cualquier acuerdo de financiamiento y la identidad de cualquier tercero financiador en el arbitraje con la finalidad de que los potenciales árbitros o árbitros en funciones, según sea el caso, den cumplimiento a lo establecido en los párrafos 1, 2 y 3 del presente artículo.”<sup>18</sup>

De esta manera, en línea con la tendencia de los principales centros arbitrales del mundo, el CAM ha dado un paso hacia el futuro, brindando certeza a todos sus usuarios al dejar atrás una postura de una falta de regulación en la materia y reemplazándola por un deber de revelación de tipo restrictivo.

Esta reforma también va en línea con lo dispuesto por la IBA en sus directrices sobre conflictos de interés en el arbitraje internacional<sup>19</sup> y el Código de Buenas Practicas Arbitrales del Club Español de Arbitraje (“CEA”).<sup>20</sup> Si bien estos no tienen carácter vinculante, celebramos que el CAM haya adoptado su misma postura debido a su predominancia como herramienta de *soft law* para los tribunales arbitrales.

## V. *Conclusión*

Como hemos podido apreciar a lo largo de este trabajo, las opiniones individuales respecto a si la financiación de terceros resulta una práctica conveniente o no beneficiosa, pueden diferir según sea el caso. Sin embargo, no puede taparse el sol con un dedo y negar la tendencia creciente de esta práctica en el arbitraje, lo cual genera que deba prestársele especial atención a los fines de velar por los pilares del arbitraje.

---

<sup>18</sup> Énfasis propio.

<sup>19</sup> Véase Norma General 7(a), p. 17 y su Nota Explicativa, pp. 18-19.

<sup>20</sup> Véase Sección Sexta, p. 50.

En atención a ello, celebramos que el CAM haya positivizado una regulación más que acertada acerca de la materia dentro de su nuevo reglamento. Ello en tanto, al no haber en la legislación mexicana disposición alguna que aborde la materia, esta reforma permitirá a todos los actores involucrados un mayor grado de transparencia en el proceso.

Si bien no desconocemos que lo único constante en el mundo del arbitraje es el cambio, y que no ajeno a ello está práctica seguirá evolucionando, felicitamos al CAM por sentar las bases para el desarrollo de una práctica que podrá ser de utilidad para mitigar los efectos de la crisis económica.

---

# DISCOVERY EN LOS ESTADOS UNIDOS: UN PROCEDIMIENTO ÚTIL ANTE CORTES MEXICANAS, PERO RESTRINGIDO ANTE TRIBUNALES ARBITRALES

*Ina C. Popova\**

*Federico A. Fragachán\*\**

## **I. Introducción**

La Sección 1782 del Código Federal de EE.UU. provee un mecanismo de *discovery* para asistir a procedimientos ante un “tribunal extranjero o internacional”. Este mecanismo puede ser útil ante cortes mexicanas. No obstante, la Corte Suprema de EE.UU. recientemente limitó su uso en arbitraje internacional.

Aunque quizás desconocida por abogados mexicanos, la Sección 1782 del Código Federal de EE.UU. permite obtener información de personas residentes o situadas en EE.UU. para ser utilizada ante un “tribunal extranjero o internacional”. Este mecanismo de *discovery* puede ser útil para asistir a cortes mexicanas. Sin embargo, la Corte Suprema de EE.UU. acaba de restringir su uso en arbitraje internacional.

La Sección 1782 del Código Federal de EE.UU. establece que:

“La corte del distrito en el que resida o se encuentre una persona podrá ordenarle que preste su testimonio o declaración o que presente un documento u otro objeto para su uso en un procedimiento ante un tribunal extranjero o internacional [...] La orden puede ser tomada en virtud de una carta rogatoria emitida o de una solicitud presentada por

---

\*Ina C. Popova es socia de Debevoise & Plimpton LLP en Nueva York.

\*\*Federico A. Fragachán es asociado de Debevoise & Plimpton LLP en Nueva York. Las opiniones aquí expresadas son de los autores y no las de la firma o sus clientes. Todos los errores son exclusivamente de los autores.

un tribunal extranjero o internacional o a petición de cualquier persona interesada.”<sup>1</sup>

## II. Tres condiciones necesarias

Una corte de EE.UU. puede ordenar *discovery* bajo la Sección 1782 sólo si se cumplen simultáneamente tres condiciones.

*Primero*, la información solicitada debe estar destinada a ser empleada en un procedimiento ante un “tribunal extranjero o internacional”. No es necesario que tal procedimiento esté pendiente o que sea inminente; basta que sea razonablemente previsible.<sup>2</sup> Como se expondrá más adelante, la Corte Suprema de EE.UU. recientemente se pronunció sobre el alcance de esta condición.

*Segundo*, la persona natural o jurídica sujeta a *discovery* debe residir o estar situada en la jurisdicción de la corte federal de distrito ante la cual se presenta la solicitud. Esta persona puede ser una parte en el procedimiento o, más a menudo, un tercero que actúa ante el tribunal extranjero o internacional. Algunas cortes de apelación incluso han considerado posible ordenar la producción de documentos situados fuera de EE.UU., siempre que la persona mantenga posesión, custodia o control de los mismos.<sup>3</sup>

*Tercero*, la solicitud debe ser presentada por el “tribunal extranjero o internacional” o por “cualquier persona interesada”, la cual suele ser una parte en el procedimiento ante dicho tribunal extranjero o internacional.

<sup>1</sup> Código Federal de EE.UU. (2020), Sección 1782 “*The district court of the district in which a person resides or is found may order him to give his testimony or statement or to produce a document or other thing for use in a proceeding in a foreign or international tribunal. . . The order may be made pursuant to a letter rogatory issued, or request made, by a foreign or international tribunal or upon the application of any interested person.*”

<sup>2</sup> Corte Suprema (EE.UU.), Caso *Intel Corp. v. Advanced Micro Devices, Inc.*, 21 de junio de 2004 (542 U.S. 241).

<sup>3</sup> Corte de Apelación del Segundo Circuito (EE.UU.), Caso *In re del Valle Ruiz* (939 F.3d 520), 7 de octubre de 2019; Corte de Apelación del Segundo Circuito (EE.UU.), Caso *In re Accent Delight Int’l Ltd.*, 13 de noviembre de 2019 (791 F. App’x 247); Corte de Apelación del Décimo Primer Circuito (EE.UU.), Caso *Sergeeva v. Tripleton Int’l Ltd.*, 23 de agosto de 2016 (834 F.3d 1194).

### III. Cuatro factores de evaluación

Incluso cuando se cumplen las tres condiciones anteriores, las cortes federales de EE.UU. no están obligadas a aceptar cualquier solicitud de *discovery* presentada.<sup>4</sup> Éstas harán su determinación considerando cuatro factores discrecionales.<sup>5</sup>

*Primero*, si la persona de la que se pretende obtener el *discovery* es parte en el procedimiento litigioso extranjero. La solicitud tiende a concederse más fácilmente cuando esa persona no es parte en el procedimiento extranjero, ya que, por lo general, es menos probable que sea objeto de una solicitud de producción de documentos por el tribunal extranjero. Algunas cortes de EE.UU. consideran que este factor, en última instancia, pretende determinar si la información solicitada estaría al alcance de la jurisdicción del tribunal extranjero o internacional.<sup>6</sup>

*Segundo*, si el tribunal extranjero o internacional se niega a aceptar asistencia de las cortes de EE.UU. Las cortes de EE.UU. han sostenido que las cortes mexicanas no se oponen a la obtención de pruebas en virtud de la Sección 1782.<sup>7</sup> En el caso *Grupo Qumma*, la Corte del Distrito Sur de Nueva York consideró que:

“La corte mexicana, y no esta Corte, debe decidir si las pruebas [solicitadas] son admisibles, y estará en mejor posición para hacerlo si se permite a Qumma llevar a cabo el *discovery* solicitado. Si la solicitud bajo la Sección 1782 fuera denegada, Qumma estaría privada de cualquier oportunidad de ofrecer pruebas. No puedo sostener que se hayan presentado ‘pruebas fehacientes’ de que la corte mexicana rechazaría las pruebas [solicitadas].”<sup>8</sup>

<sup>4</sup> Corte del Distrito de Massachussetts (EE.UU.), Caso *In re Porsche Automobile Holding SE*, 6 de noviembre de 2019 (No. 19-mc-91129-LTS, 2019 WL 5806913).

<sup>5</sup> Corte Suprema (EE.UU.), Caso *Intel Corp. v. Advanced Micro Devices, Inc.*, 21 de junio de 2004 (542 U.S. 241).

<sup>6</sup> Corte del Distrito de Massachussetts (EE.UU.), Caso *In re Porsche Automobile Holding SE*, 6 de noviembre de 2019 (No. 19-mc-91129-LTS, 2019 WL 5806913).

<sup>7</sup> Corte del Distrito Sur de Nueva York (EE.UU.), Caso *In re Operacion y Supervision de Hoteles*, 31 de diciembre de 2014 (14 Misc. 82 (PGG) S.D.N.Y.); Corte del Distrito Norte de California (EE.UU.), Caso *In re Hoteles City Express*, 8 de agosto de 2018 (No.18-mc-80112-JSC, N.D. Cal.).

<sup>8</sup> Corte de Distrito Sur de Nueva York (EE.UU.), Caso *In re Grupo Qumma, S.A.*, 21 de abril de 2005 (2005 U.S. Dist. LEXIS 6898) “The Mexican court, rather than this Court, should decide whether the additional evidence is admissible, and it will be in a better position to do so if Qumma is permitted to conduct the requested discovery first. If the § 1782 application were to be denied, Qumma would be deprived of any

Tercero, si la solicitud de *discovery* pretende evadir restricciones a la obtención de pruebas ante el tribunal extranjero o internacional. El hecho de que la información solicitada ante una corte de EE.UU. no pueda ser objeto de un proceso de *discovery* similar ante el tribunal extranjero no constituye tal evasión.<sup>9</sup> Asimismo, se ha sostenido que, si el procedimiento extranjero simplemente no *contempla* la posibilidad de obtener información, una solicitud de *discovery* sería lícita—en particular, si la información solicitada pareciera ser esencial.<sup>10</sup> Por otra parte, se ha sostenido que, si el procedimiento extranjero *prohíbe* la producción de documentos en cierto contexto, una solicitud para obtener tal información bajo la Sección 1782 sería impermisible.<sup>11</sup> También se ha dicho que si un tribunal extranjero ya ha rechazado producción de documentos, una solicitud similar a una corte de EE.UU. bajo la Sección 1782 tendría el efecto de eludir la negativa del tribunal extranjero.<sup>12</sup>

Cuarto, si la solicitud presentada es desproporcionada. Las cortes de EE.UU. suelen tener en cuenta la pertinencia y el volumen de la información solicitada, así como la carga asociada del *discovery* para la persona en cuestión.<sup>13</sup> Las cortes de EE.UU. siempre pueden limitar el alcance de la solicitud para adecuarla a las circunstancias.

Una corte de EE.UU. considerará íntegramente estos cuatro factores al decidir si ordena *discovery*. No todos los factores tienen que ser favorables. De hecho, el juez debe realizar un ejercicio de ponderación y determinar hacia dónde se inclinan los factores para tomar su decisión. La decisión del juez debe guiarse, en última instancia, por una doble finalidad: proporcionar asistencia a litigantes extranjeros

---

*opportunity even to try to offer the evidence. I cannot say that I have been presented with 'authoritative proof' that the Mexican court would reject the additional evidence."*

<sup>9</sup> Corte Suprema (EE.UU.), Caso *Intel Corp. v. Advanced Micro Devices, Inc.*, 21 de junio de 2004 (542 U.S. 241).

<sup>10</sup> Corte del Distrito Norte de California (EE.UU.), Caso *In re Mentor Graphics Corp.*, 4 de enero de 2017 (No. 16-mc-80037-HRL, 2017 WL 55875).

<sup>11</sup> Corte de Apelación del Segundo Circuito (EE.UU.), Caso *In re Accent Delight Int'l Ltd.*, 13 de noviembre de 2019 (791 F. App'x 247).

<sup>12</sup> Corte del Distrito Sur de Nueva York (EE.UU.), Caso *In re OOO Promnefstroy*, 15 de octubre de 2009 (No. M 19-99 (RJS), 2009 WL 3335608).

<sup>13</sup> Corte del Distrito de Connecticut (EE.UU.), Caso *In re Consellior SAS, Kerfraval, Association de Documentation pour l'Industrie Nationale*, 2 de octubre de 2013 (No. 13 MC 34, 2013 WL 5517925).

y animar a otros países a proporcionar una asistencia similar a las cortes de EE.UU.<sup>14</sup>

Las decisiones de cortes de EE.UU. que ordenan *discovery* para obtención de pruebas a ser usadas en procedimientos judiciales en México no son extrañas. Por ejemplo, una empresa hotelera recientemente obtuvo una orden de *discovery* contra Facebook bajo la Sección 1782 en anticipación a litigios ante cortes mexicanas contra personas acusadas de hacer declaraciones difamatorias en Facebook.<sup>15</sup> En otro caso, una corte mexicana solicitó a las cortes de EE.UU. que ordenaran *discovery* contra un directivo de una empresa ajena al procedimiento para determinar si el contrato en cuestión había sido firmado y negociado en México, y, por ende, confirmar si el derecho mexicano o neoyorquino regía la disputa contractual subyacente.<sup>16</sup> Por último, en un caso controvertido sobre la posibilidad de introducir evidencia adicional ante cortes mexicanas, la Corte del Distrito Sur de Nueva York concedió *discovery* y remitió a las cortes mexicanas la decisión sobre la admisibilidad del nuevo material probatorio, sosteniendo que si la solicitud bajo la Sección 1782 fuera denegada, los litigantes se verían privados de cualquier oportunidad de presentar las pruebas en México.<sup>17</sup>

Por tanto, la Sección 1782 puede ser muy útil en el contexto de litigios mexicanos. No obstante, requiere un conocimiento detallado de la jurisprudencia federal de EE.UU., que a veces varía según las cortes de apelación de los diversos circuitos judiciales.

---

<sup>14</sup> Corte del Distrito Este de California (EE.UU.), Caso *In re MacDonell*, 13 de julio de 2020 (No. 2:20-cv-1332 KJM DB, 2020 WL 3961958).

<sup>15</sup> Corte del Distrito Norte de California (EE.UU.), Caso *In re Hoteles City Express*, 8 de agosto de 2018 (No.18-mc-80112-JSC N.D. Cal.)

<sup>16</sup> Corte del Distrito Sur de Nueva York (EE.UU.), Caso *In re Operacion y Supervision de Hoteles*, 31 de diciembre de 2014 (14 Misc. 82 (PGG) S.D.N.Y.).

<sup>17</sup> Corte del Distrito Sur de Nueva York (EE.UU.), Caso *In re Grupo Qumma, S.A.*, 21 de abril de 2005 (2005 U.S. Dist. LEXIS 6898).

#### IV. El arbitraje internacional

Como se mencionó antes, la información solicitada debe estar destinada a ser utilizada en un “procedimiento ante un tribunal extranjero o internacional.” Indudablemente, la Sección 1782 abarca procedimientos judiciales ante cortes extranjeras, incluyendo, por ejemplo, las cortes mexicanas. No obstante, ha surgido la duda si la Sección 1782 también incluye a tribunales arbitrales.

Históricamente, algunas cortes de apelación en EE.UU. han sostenido que ciertos tribunales arbitrales con sede fuera de EE.UU. constituyen “tribunales extranjeros o internacionales” bajo la Sección 1782.<sup>18</sup> Pero otras cortes de apelación han sostenido lo contrario.<sup>19</sup> Las soluciones podían variar en función de la naturaleza del arbitraje—comercial o de inversión—y del tribunal en cuestión.<sup>20</sup>

Ante las divergentes interpretaciones, la Corte Suprema de EE.UU. abordó definitivamente el tema en la primavera de 2022 en los casos consolidados de *ZF Automotive* y *AlixPartners*.

En *ZF Automotive*, una empresa de EE.UU. (ZF) y otra de Hong Kong (Luxshare) suscribieron un contrato con una cláusula de resolución de controversias que preveía un arbitraje institucional bajo las reglas del Instituto Alemán de Arbitraje, con sede en Alemania, y sujeto a la aplicación del derecho alemán. Luego de iniciarse la disputa, pero antes de iniciar el arbitraje, Luxshare presentó una demanda ante una corte de Michigan en virtud de la Sección 1782 para obtener información contra ZF. La Corte de Distrito y la Corte de Apelación del Sexto

<sup>18</sup> Aquellas del Cuarto y Sexto Circuito: Corte de Apelación del Cuarto Circuito, *Caso Servotronics, Inc. v. Boeing Co.*, 30 de marzo de 2020 (954 F.3d 209); Corte de Apelación del Sexto Circuito (EE.UU.), *Caso Abdul Latif Jameel Transp. Co. v. FedEx Corp.*, 19 de septiembre de 2019 (939 F.3d 710).

<sup>19</sup> Aquellas del Segundo, Quinto y Séptimo Circuito: Corte de Apelación del Segundo Circuito, *Caso In re Guo*, 8 de julio de 2020 (965 F.3d 96); Corte de Apelación del Quinto Circuito (EE.UU.), *Caso Republic of Kazakhstan v. Biedermann Int’l*, 17 de marzo de 1999 (168 F.3d 880); Corte de Apelación del Séptimo Circuito (EE.UU.), *Caso Servotronics, Inc. v. Rolls-Royce PLC*, 22 de septiembre de 2020 (975 F.3d 689).

<sup>20</sup> Véase Corte de Apelación del Segundo Circuito (EE.UU.), *Caso In re Fund for the Protection of Investor Rights in Foreign States v. AlixPartners, LLP*, 15 de julio de 2021 (5 F.4th 216); Corte de Apelación del Segundo Circuito (EE.UU.), *Caso In re Guo*, 8 de julio de 2020 (965 F.3d 96).

Circuito concedieron la solicitud, al considerar que el tribunal arbitral en cuestión era un “tribunal extranjero o internacional.”

En *AlixPartners*, una empresa rusa inició un procedimiento arbitral contra Lituania bajo el tratado bilateral de inversión entre Lituania y Rusia. Entre los diversos mecanismos de resolución de controversias disponibles, la empresa rusa eligió el arbitraje *ad hoc* bajo el reglamento de arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (“CNUDMI”). La empresa rusa interpuso una solicitud de *discovery* ante cortes federales de Nueva York contra personas situadas en EE.UU. Una vez más, las Corte de Distrito y la Corte de Apelación del Segundo Circuito concedieron la solicitud, sosteniendo que un procedimiento arbitral entre un Estado y un inversionista ante un tribunal constituido bajo un tratado internacional (en contraposición a un tribunal “privado”) encajaba en el ámbito de aplicación de la Sección 1782.

La Corte Suprema de EE.UU. adoptó una posición distinta. En una decisión unánime del 13 de junio de 2022, consolidada para *ZF Automotive* y *AlixPartners*, ésta sostuvo que:

“Sólo un órgano jurisdiccional gubernamental o intergubernamental constituye un “tribunal extranjero o internacional” bajo la Sección 1782. Estos órganos son aquellos que ejercen autoridad gubernamental conferida por una o más naciones. Ni el tribunal arbitral comercial privado en el primer caso, ni el tribunal arbitral *ad hoc* en el segundo caso, califican como tal.”<sup>21</sup>

Para la Corte Suprema, la solución era obvia en *ZF Automotive*. Ningún Estado había participado en la constitución del tribunal arbitral, y el mero hecho de que éste tuviera su sede en Alemania, aplicara derecho alemán y emitiera un laudo sujeto a revisión y ejecución de cortes alemanas no era suficiente para calificarlo

<sup>21</sup> Corte Suprema (EE.UU.), *Casos ZF Automotive US, Inc. v. Luxshare, Ltd. y AlixPartners, LLP v. The Fund for Protection of Investors’ Rights in Foreign States*, 13 de junio de 2022 (142 S. Ct. 2078), pp. 16-17 “In sum, only a governmental or intergovernmental adjudicative body constitutes a ‘foreign or international tribunal’ under § 1782. Such bodies are those that exercise governmental authority conferred by one nation or multiple nations. Neither the private commercial arbitral panel in the first case nor the ad-hoc arbitration panel in the second case qualifies.”

como órgano jurisdiccional gubernamental. Por tanto, la Corte Suprema rechazó la solicitud de *discovery* bajo la Sección 1782.

La cuestión era más compleja en *AlixPartners*. La Corte Suprema notó que un Estado era parte en el procedimiento arbitral y que este mecanismo estaba previsto en un tratado internacional. Sin embargo, sostuvo que “[l]o que importa es la sustancia del acuerdo: ¿tenían estas dos naciones la intención de conferir autoridad gubernamental al tribunal ad hoc constituido bajo el tratado?”<sup>22</sup> La Corte Suprema consideró que no había indicios de ello, dado que: (i) el tratado sólo estableció el mecanismo y las reglas para la constitución del tribunal arbitral, mas no lo constituyó propiamente; (ii) el tribunal arbitral operaba independientemente y sin financiamiento de los Estados contratantes; (iii) los árbitros habían sido electos por las partes y no tenían ningún vínculo formal con los Estados contratantes. Por tanto, la Corte Suprema consideró que el tribunal de inversión en *AlixPartners* tampoco constituía un “tribunal extranjero o internacional” bajo la Sección 1782.

## V. Alcance de la decisión

Al sostener que únicamente órganos jurisdiccionales “gubernamentales o intergubernamentales” califican como “tribunales extranjeros o internacionales”, la Corte Suprema de EE.UU. ha restringido significativamente el alcance de la Sección 1782 para arbitraje internacional. La decisión en *ZF Automotive* y *AlixPartners* será bien recibida por firmas internacionales con presencia en EE.UU.—en particular aquellas que suelen ser objeto de *discovery* en procedimientos arbitrales en los cuales no son partes, tales como bancos y empresas financieras.

De manera importante, la Corte Suprema no descartó que un tribunal arbitral pueda constituir un “tribunal extranjero o internacional.” La Corte Suprema fue

---

<sup>22</sup> Corte Suprema (EE.UU.), Casos *ZF Automotive US, Inc. v. Luxshare, Ltd.* y *AlixPartners, LLP v. The Fund for Protection of Investors' Rights in Foreign States*, 13 de junio de 2022 (142 S. Ct. 2078), p. 13 “What matters is the substance of their agreement: Did these two nations intend to confer governmental authority on an ad hoc panel formed pursuant to the treaty?”

cuidadosa al especificar que no pretendía excluir la posibilidad de que los Estados puedan conferir la autoridad gubernamental necesaria a tribunales arbitrales. Así las cosas, la decisión de la Corte Suprema dejó abierta la posibilidad de utilizar la Sección 1782 respecto a, por ejemplo, tribunales constituidos bajo el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (“CIADI”).

En la primera decisión *post AlixPartners y ZF Automotive*, la Corte del Distrito Este de Nueva York rechazó una solicitud de *discovery* para un arbitraje CIADI interpuesta por Alpene Ltd., una empresa de Hong Kong con reclamaciones bajo el tratado bilateral de inversión entre China y Malta.<sup>23</sup> La Corte de Distrito consideró que si bien habían diferencias entre ese tribunal de inversión y aquél constituido bajo CNUDMI en *AlixPartners*—por ejemplo, en cuanto al poder de ejecución de laudos—estas eran insuficientes para demostrar que China y Malta habían dotado a ese tribunal de cualquier autoridad gubernamental.<sup>24</sup> Además, la Corte de Distrito sostuvo que extender el uso de la Sección 1782 a tribunales CIADI violaría uno de sus presupuestos esenciales, toda vez que estos no proveen asistencia recíproca en materia de *discovery* para cortes en EE.UU.<sup>25</sup>

Independientemente de lo que ocurra en el marco del arbitraje internacional, el interés en el mecanismo de *discovery* previsto en la Sección 1782 seguirá estando muy vigente para procedimientos judiciales ante cortes mexicanas.

---

<sup>23</sup> Corte del Distrito Este de Nueva York (EE.UU.), Caso *Alpene*, 27 de octubre de 2022 (2022 U.S. Dist. LEXIS 196061).

<sup>24</sup> *Ibidem.*, pp. 5-6.

<sup>25</sup> *Ídem*

# LA CLÁUSULA ARBITRAL INSERTA EN CONTRATOS DE ADHESIÓN: ANÁLISIS CRÍTICO DEL SINGULAR ENFOQUE ARGENTINO

Julio César Rivera (h)\*

## I. Introducción

La inclusión de un capítulo en el Código Civil y Comercial (“CCyC”) acerca del contrato de arbitraje –aplicable al arbitraje comercial doméstico– y la sanción de la Ley 27.449 de Arbitraje Comercial Internacional (“LACI”) –basada en la Ley Modelo UNCITRAL– han finalmente otorgado al arbitraje en Argentina un marco normativo moderno y acorde con las necesidades del comercio nacional e internacional. Este marco legal moderno y basado en estándares internacionales se complementa con una jurisprudencia muy favorable al desarrollo del arbitraje por parte de los tribunales comerciales en materia de arbitraje entre partes privadas.<sup>1</sup>

Sin embargo, existen todavía algunas –pocas– cuestiones específicas en el marco normativo argentino que son particularmente problemáticas. El propósito de ese trabajo es analizar una de esas cuestiones cual es la regulación del CCyC en materia de cláusula arbitral contenida en contratos de adhesión y su aplicación en materia de arbitraje comercial internacional.

En efecto, la LACI se limita a establecer en su Artículo 5 que “[l]a presente ley no afectará a ninguna otra ley argentina en virtud de la cual determinadas controversias no sean susceptibles de arbitraje o se puedan someter a arbitraje únicamente de conformidad con disposiciones que no sean las de la presente.”

---

\* Profesor de la Universidad de San Andrés y Profesor Global Adjunto de la Universidad de Nueva York. Socio de *Marval, O’Farrell, Mairal*. Agradezco a Juan Ignacio Amado por la revisión de los borradores de este artículo y por sus valiosos comentarios y sugerencias.

<sup>1</sup> Véase en este sentido, Julio César Rivera (h) y María Luz Atala, ‘La consolidación de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires como sede de arbitrajes comerciales entre partes privadas’, en *Revista Colegio de Abogados*, Número 80, Diciembre de 2020, disponible en: <https://www.colabogados.org.ar/publicaciones/larevista.php>

De esta manera, en materia de arbitrabilidad objetiva – es decir, de cuestiones que pueden ser sometidas a arbitraje – resultan de aplicación las normas contenidas en el CCyC. En particular, resulta aplicable el Artículo 1651 del CCyC que excluye del contrato de arbitraje determinadas materias. Entre esas materias, el Artículo 1561, inc. d), menciona “los contratos por adhesión cualquiera sea su objeto.”

En este trabajo, me propongo, en primer lugar, explicar cómo ha sido interpretada esta norma en materia de arbitraje doméstico por los tribunales comerciales argentinos.

En segundo lugar, analizaré los problemas que plantea la aplicación de esta norma en arbitrajes comerciales internacionales y sostendré que una interpretación literal resultaría incompatible con el objeto y fin de la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras (en adelante, la “Convención de Nueva York”).

## II. *La cláusula arbitral inserta en contratos de adhesión en la regulación del CCyC*

Como ya he señalado, el Artículo 1651, inciso d), del CCyC establece que: “[q]uedan excluidas del contrato de arbitraje las siguientes materias: d) los contratos por adhesión cualquiera sea su objeto...”

Este inciso d) del Artículo 1651 revela una “*pésima técnica legislativa*.”<sup>2</sup> Como puede observarse, no prohíbe en realidad el arbitraje respecto de una determinada clase de controversias. Los “*contratos de adhesión*” no son una “*materia*” sino una “*técnica contractual*.”<sup>3</sup> En este sentido, el CCyC define en su Artículo 984 al contrato de adhesión como “*aquel mediante el cual uno de los contratantes adhiere a cláusulas generales predispuestas unilateralmente, por la otra parte o por un tercero, sin que el adherente haya participado en su redacción.*”

<sup>2</sup> Roque J. Caivano y Natalia M. Ceballos Ríos, ‘*Tratado de Arbitraje Comercial Internacional Argentino*’, La Ley, Buenos Aires, 2020, p. 133.

<sup>3</sup> *Ídem*.

De esta manera, la prohibición del Artículo 1651, inciso d), abarca –al menos en una primera interpretación literal– a todo tipo de contrato –cualquiera sea su materia– en la medida en que sus cláusulas hubiesen sido redactadas por una de las partes y la otra solo pudiese aceptarlas o rechazarlas.<sup>4</sup>

Como acertadamente han observado Caivano y Ceballos Ríos, el Artículo 1651, inciso d), no impide a las partes acordar someter a arbitraje una controversia concreta derivada de ese contrato en la medida en que la materia del contrato en sí misma no está prohibida.<sup>5</sup> Tampoco parecería impedir que la parte que adhirió al contrato invoque la cláusula arbitral cuando surja una controversia concreta. Con lo cual el Artículo 1651, inciso d), establece, en realidad, un supuesto de inoponibilidad de la cláusula arbitral contenida en un contrato de adhesión respecto de la parte supuestamente “débil” de esa relación contractual.

Ahora bien, una interpretación puramente literal del Artículo 1651, inciso d), –según la cual resulta inoponible cualquier cláusula arbitral incluida en un contrato de adhesión– implica una restricción sustancial de la autonomía de la voluntad.<sup>6</sup> Nótese, al respecto, que el Artículo 1651, inciso d), del CCyC comprende específicamente los contratos de adhesión celebrados entre empresas. No puede ser interpretada como limitada a los contratos celebrados por usuarios y consumidores pues esos contratos se encuentran expresamente previstos en otro inciso del Artículo 1651 (el inciso c).<sup>7</sup>

Dada la enorme amplitud de la prohibición establecida en el Artículo 1651, inciso d), las distintas Salas de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial (en adelante, la CNCom.) han desarrollado interpretaciones marcadamente diferentes sobre sus alcances. Mientras que algunas Salas siguen una interpretación literal de

<sup>4</sup> V. Ricardo Luis Lorenzetti, ‘Tratado de los Contratos. Parte General’, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2018, p. 813.

<sup>5</sup> Véase Caivano y Ceballos Ríos, *Ibidem*, p. 134.

<sup>6</sup> *Ibidem*, p. 133.

<sup>7</sup> Julio César Rivera y otros, ‘Arbitraje Comercial Internacional’, 3º ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2022, p. 223.

la norma —según la cual toda cláusula arbitral contenida en un contrato de adhesión sería inoponible a la parte que adhirió al contrato— otras Salas han adoptado una interpretación finalista limitando la invalidez de la cláusula a aquellos supuestos en que existe un vicio en el consentimiento. A continuación, se explica en detalle la jurisprudencia de la CNCom. en esta materia.

### **III. *La interpretación del Artículo 1651, inciso d), del CCyC por parte de la CNCom.***

#### **A. *La interpretación literal***

Como he anticipado, algunas Salas de la CNCom. han interpretado de forma literal la prohibición establecida en el Artículo 1651, inciso d), del CCyC. De acuerdo con este enfoque, basta con que una cláusula arbitral se encuentre inserta en un contrato de adhesión, para que resulte inoponible a la parte que adhirió al contrato, la que se encuentra habilitada para presentar su demanda ante los tribunales estatales. Ello con total independencia de si las partes tenían o no un poder negocial similar o si la parte que adhirió al contrato tenía o no conocimiento efectivo de la existencia de la cláusula arbitral.

En este sentido, la Sala F de la CNCom. resolvió en el caso *Monchied S.A. c/ ADT Secutirty Services S.A.*<sup>8</sup> que la cláusula arbitral no resultaba operativa por encontrarse inserta en un contrato de adhesión. Según la Sala F, la parte que defendía la validez de la cláusula arbitral había asumido “*cierta estandarización o uniformidad en el contenido de sus políticas empresariales, indicios estos que acreditarían la fenomenología de los contratos de adhesión, en los que mayormente las cláusulas generales se encuentran predispuestas unilateralmente...*” La Sala F no consideró necesario analizar si había existido alguna situación de abuso o aprovechamiento, limitándose a aplicar literalmente la prohibición establecida en el Artículo 1651, inciso d), destacando que encuentra su fundamento en el orden público.

<sup>8</sup> *Monchied S.A. c/ ADT Security Services S.A. s/ordinario*. CNCom, Sala F, Argentina, 11 de julio de 2019.

La Sala E de la CNCom. aplicó también —en el caso *Travel CBA S.R.L. c/ Samsonite Argentina S.A.*<sup>9</sup>— una interpretación literal del Artículo 1651, inciso d), del CCyC en una controversia relativa a un contrato de franquicia. La Sala E consideró que se trataba de un contrato de adhesión, al que definió como “*aquél en el que las cláusulas fueron predispuestas por uno solo de los contratantes ... de modo tal que la otra ... no pudo modificarlas, ni hacer otra cosa que aceptarlas o rechazarlas.*”

En este marco, la Sala E señaló que la parte que invoca la validez de la cláusula arbitral tenía la carga de acreditar la: existencia de un contrato cuyas cláusulas no hubiesen sido predispuestas. Al respecto, la Sala E observó que —de haber existido tal situación de libertad de negociación de las cláusulas del contrato— “*deberían haber quedado registradas las distintas alternativas que, seguramente y dado la entidad e importancia del negocio, se hubieran formulado mutuamente las partes en el período de formación contractual; en definitiva, la participación de la actora en la redacción del acuerdo.*”

La Sala E afirmó, asimismo, dicha conclusión se veía afectada aun cuando la sede del arbitraje hubiese sido negociada porque “*la fenomenología de los contratos de adhesión radica en que mayormente las cláusulas generales se encuentran predispuestas unilateralmente, lo cual no descarta la posibilidad de negociación de cláusulas particulares (arg. art. 985 y 986 CCyC).*” Por consiguiente, concluyó que —de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 1651 del CCyC— la cláusula arbitral era inválida.

### ***B. La interpretación finalista***

Otras Salas de la CNCom. han desarrollado una interpretación finalista del Artículo 1651, inciso d), en función de la cual la cláusula arbitral contenida en un contrato de adhesión es válida salvo que se acredite que existe una situación de aprovechamiento o abuso que hubiese afectado el consentimiento de la parte que adhirió al contrato.

---

<sup>9</sup> *Travel CBA S.R.L. c/ Samsonite Argentina S.A. s/ ordinario*, CNCom., Argentina, Sala E, 27 de agosto de 2019.

Por ejemplo, la Sala A de la Cámara Comercial sostuvo en el caso *Abre S.R.L. c/ Telecom Personal S.A.*<sup>10</sup> que “la nulidad del acuerdo arbitral no puede sustentarse a priori en la mera existencia de predisposición unilateral de las condiciones del contrato...” Según la Sala A, en estos casos, “debe atenderse, con especial cuidado, a si se da una irrazonable disparidad de poder negociador que permita en el caso invalidar el consentimiento, desvirtuando con ello, la existencia de un eficaz acuerdo de voluntades.”

En el caso concreto, la Sala A concluyó que no se había demostrado que los términos y condiciones de la cláusula arbitral no hubiesen podido “ser objeto de reflexión o incluso de discusión entre las partes” destacando que se trataba de un contrato celebrado “entre dos sociedades comerciales especializadas en el ramo que operaban.” Asimismo, el tribunal subrayó que “el documento en donde consta la cláusula arbitral había sido suscripto en dos ocasiones diferentes por la demandante, lo que tornaba difícil sostener que se hubiese visto ‘sorprendida’ con la inclusión de la cláusula arbitral o que hubiese podido haber incurrido en error sobre el alcance de su compromiso.”

En sentido similar, la Sala C de la Cámara Comercial observó en el caso *Vanger S.R.L. c/ Minera Don Nicolas S.A.*<sup>11</sup> que el Artículo 1651, inciso d), del CCyC debe ser interpretado atendiendo a su finalidad, tal como dispone el Artículo 2 del CCyC. Al respecto, la Cámara sostuvo que el dicho artículo resulta aplicable cuando media “una diferencia de aptitud negociadora, de asistencia jurídica, de la cuantía de los patrimonios y de su respectivo poder económico” pero no puede considerarse prevista para soslayar los efectos del acuerdo arbitral “cuando el contratante no pudo considerarse sorprendido por su incorporación dentro del esquema destinado a regirlo.” Por consiguiente, cabe reconocer la operatividad de la cláusula arbitral, aun cuando se tratare de un contrato de adhesión, en “tanto ... no se haya demostrado su abusividad.” En el caso concreto, la Cámara enfatizó que el contrato que contenía la cláusula arbitral había sido celebrado por “dos empresas

<sup>10</sup> *Abre S.R.L. c/ Telecom Personal S.A. s/ ordinario*, CNCom., Argentina, Sala A, 30 de agosto de 2019.

<sup>11</sup> *Vanger S.R.L. c/ Minera Don Nicolas S.A. s/ ordinario*, CNCom, Argentina, Sala C, 6 de junio de 2019.

*especializadas por razón de su objeto” y que las sumas involucradas revelaban la “magnitud económica del negocio.”*

La misma doctrina fue aplicada por la Sala D de la CNCom. en *Soluciones Integrales c/ Ternium Argentina S.A.*<sup>12</sup> en donde reiteró que cabe reconocer la operatividad de la cláusula arbitral, aun cuando se tratare de un contrato de adhesión, en *“tanto ... no se haya demostrado su abusividad.”*

#### **IV. *La aplicación del Artículo 1651, inciso d), del CCyC en materia de arbitraje comercial internacional***

Como ya he mencionado, el Artículo 5 de la LACI remite a la regulación de la ley doméstica en lo que concierne a la clase de controversias que pueden ser sometidas a arbitraje. Sin embargo, eso no significa que toda prohibición establecida en la ley doméstica es mecánicamente trasladable al arbitraje internacional. En la medida en que el árbitro es el juez natural del comercio internacional –o, incluso, como dice Thomas Clay, su juez exclusivo—<sup>13</sup>, toda restricción a la posibilidad de someter las controversias de naturaleza comercial al arbitraje debe ser interpretada de forma restrictiva.<sup>14</sup>

En este marco, a continuación sostengo que:

- (i) La interpretación literal del Artículo 1651, inciso d), del CCyC es incompatible con la Convención de Nueva York.
- (ii) La interpretación finalista del Artículo 1651, inciso d), del CCyC es compatible con la Convención de Nueva York, aunque con algunos matices.

<sup>12</sup> *Soluciones Integrales c/ Ternium Argentina S.A. s/ ordinario*, CNCom., Argentina, Sala D, 8 de febrero de 2022.

<sup>13</sup> Véase Thomas Clay, ‘L’arbitre, juge de l’économie mondiale’, en *Regards croisés sur l’économie*, No. 21, 2017/2, disponible en:

<https://www.cairn.info/revue-regards-croises-sur-l-economie-2017-2-page-141.htm>

<sup>14</sup> Gary B. Born, ‘International Commercial Arbitration’, Wolters Kluwer, 3º ed., Países Bajos, 2021, Vol. I, p. 643.

***A. La interpretación literal del Artículo 1651, inciso d), del CCyC es incompatible con la Convención de Nueva York***

La Convención de Nueva York establece en su Artículo II.1 que:

“Cada uno de los Estados Contratantes reconocerá el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje.”

Como puede observarse, la Convención establece la obligación de los Estados Contratantes de reconocer el acuerdo arbitral siempre que trate sobre “*un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje.*” La Convención no detalla qué asuntos o materias pueden ser sometidas a arbitraje. Ni siquiera establece un criterio general en materia de arbitrabilidad. Por lo que esa determinación queda –de acuerdo con la estructura de la Convención– debe ser realizada por el del derecho doméstico.<sup>15</sup>

Sin embargo, ello no implica que los Estados Contratantes tengan discreción absoluta para realizar esa determinación. Al respecto, Born explica que el diseño de la Convención presupone que la exclusión de ciertas controversias es una medida excepcional para cuando el arbitraje no permite salvaguardar determinados objetivos específicos de políticas públicas.<sup>16</sup> Por lo tanto, sería incompatible con el objeto y el fin de la Convención –que es el de favorecer el reconocimiento de los acuerdos arbitrales internacionales y de los laudos arbitrales extranjeros– excluir una categoría demasiado amplia de controversias de naturaleza comercial internacional.

En este marco, la interpretación literal del Artículo 1651 inciso d) del CCyC —en cuanto considera inoponible la cláusula arbitral contenida en los contratos de adhesión “*cualquiera sea su objeto*” y con independencia de la existencia de una

---

<sup>15</sup> *Ibidem*, p. 655.

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 656.

situación de abuso o aprovechamiento— conduce a resultados que son manifiestamente incompatibles con el objeto y fin de la Convención que comprende —entre otras cosas— el reconocimiento de los acuerdos arbitrales internacionales en asuntos de naturaleza comercial. No hay ningún principio de política pública susceptible de justificar una interpretación literal del Artículo 1651, inciso d) que impida a una parte ejecutar una cláusula arbitral contenida en un contrato de adhesión de naturaleza internacional cuando no hay existido ninguna situación de abuso o aprovechamiento.

A tal punto no hay una política pública susceptible de justificar la interpretación literal que el Artículo 4(1) del Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del Mercosur prevé expresamente la cláusula arbitral en contratos de adhesión, estableciendo que: *“La convención arbitral dará un tratamiento equitativo y no abusivo a los contratantes, en especial en los contratos de adhesión, y será pactada de buena fe.”*

Por otro lado, como también destaca Born, la Convención de Nueva York no permite adoptar restricciones a la arbitrabilidad que impidan someter determinadas controversias de naturaleza comercial e internacional a arbitraje mientras que —al mismo tiempo— permitan someter dicha controversias a jueces estatales de otras jurisdicciones.<sup>17</sup> Y ello es lo que sucede en materia de contratos de adhesión en donde no existe una norma similar que restrinja la elección de un tribunal extranjero cuando se trata de una controversia internacional.

En este sentido, la CNCom. ha señalado claramente en el caso *Quilmes Combustibles S.A. c/ Vigan S.A.*<sup>18</sup> que *“la sola circunstancia de que la cláusula que lo instrumenta se halle incorporada a un contrato ‘formulario’ o ‘tipo’ con ‘cláusulas generales de contratación’ o ‘predispuestas’ no basta para desvirtuar la eficacia de la prórroga.”* Según la CNCom., *“en estos casos, deberá atenderse a si se da una ‘irrazonable disparidad de poder negociador’ que permitiera invalidar el consentimiento*

<sup>17</sup> *Ídem.*

<sup>18</sup> *Quilmes Combustibles S.A. c/ Vigan S.A. s/ ordinario*, CNCom., Argentina, Sala C, 15 de marzo de 1991. La misma doctrina fue aplicada en *INTA S.A. c/ MCS Oficina Meccanica S.p.A. s/ ordinario*, CNCom., Argentina, Sala E, 14 de octubre de 1993.

*desvirtuando la existencia de un eficaz acuerdo de voluntades.” Si bien esta doctrina es anterior a la sanción del CCyC, no existe ninguna razón “para que la solución de este tipo de casos deba ser diferente...”<sup>19</sup>*

Permitir que las partes de un contrato de adhesión prorroguen la jurisdicción en tribunales estatales extranjeros y no permitirles que pacten arbitraje es — amén de absurdo y arbitrario— manifiestamente discriminatorio. No existe ninguna política pública susceptible de justificar esta distinción. En el ámbito del comercio internacional, la regla es el sometimiento de las controversias contractuales a arbitraje y es en este contexto que la Convención de Nueva York busca asegurar el reconocimiento de los acuerdos de arbitraje internacionales y de los laudos arbitrales extranjeros. Una regulación doméstica que otorgue un tratamiento más favorable a la cláusula de prórroga de jurisdicción a tribunales estatales extranjeros que al arbitraje internacional es incompatible con el objeto y fin de la Convención de Nueva York.

### ***B. La interpretación finalista es, con algunos matices, compatible con la Convención de Nueva York***

Como ya he señalado, la interpretación finalista del Artículo 1651, inciso d), postula que la cláusula arbitral contenida en un contrato de adhesión es válida salvo que se acredite que existe una situación de aprovechamiento o abuso que hubiese afectado el consentimiento de la parte que adhirió al contrato. Se trata de una interpretación que — a diferencia de la interpretación literal— es, en principio, compatible con la Convención de Nueva York, aunque con algunos matices.

El Artículo II(3) de la Convención de Nueva York expresa que:

“El tribunal de uno de los Estados Contratantes al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo, remitirá a las partes al arbitraje, a instancia

---

<sup>19</sup> Carolina D. Iud, ‘Contratos internacionales en el Código Civil y Comercial de la Nación’, ed. Dial.Com, Buenos Aires, 2020, p. 90.

de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable.”

Como puede apreciarse, el Artículo II(3) prescribe la obligación del tribunal estatal de remitir a las partes al arbitraje y determina las causales por las cuáles el tribunal estatal podría rechazar esa remisión (que el acuerdo arbitral sea nulo, ineficaz o inaplicable).<sup>20</sup>

La doctrina entiende que “*nulo*” significa que el acuerdo arbitral se encuentra afectado por alguna causal de invalidez desde su origen.<sup>21</sup> Ello implica la existencia de vicios del consentimiento respecto del convenio arbitral en sí mismo —y no del contrato principal—, tales como el error, el dolo, la violencia o intimidación.

La Convención no define los supuestos de nulidad del acuerdo arbitral, quedando esto librado a la ley doméstica aplicable. Sin embargo, algunos tribunales estadounidenses han sostenido que la Convención no otorga a los Estados Contratantes un poder discrecional para determinar en sus leyes domésticas cuándo un acuerdo arbitral es nulo, ineficaz o inaplicable.<sup>22</sup>

Según esta interpretación, si bien la Convención no define qué debe entenderse por nulo, este término debe ser interpretados de forma autónoma de acuerdo con los principios interpretativos del derecho internacional. De lo contrario, los Estados Contratantes podrían fácilmente eludir su obligación de reconocimiento del acuerdo arbitral mediante el establecimiento de supuestos de nulidad del acuerdo arbitral excesivamente amplios que desvirtúen por completo los fines de la Convención de “*promover un trato uniforme de los acuerdos arbitrales internacionales y facilitar la ejecución.*”<sup>23</sup>

---

<sup>20</sup> A. J. van den Berg, ‘The New York Arbitration Convention of 1958’, Kluwer Law International, Países Bajos, 1981, p. 123.

<sup>21</sup> *Ibidem*, p. 157.

<sup>22</sup> Véase por ejemplo, *Ledee v. Ceramiche Ragno*, 684 F.2d 184, 1st. Circuit, Estados Unidos, 1982 y *Rhone Mediterranee v. Lauro*, 712 F.2d 50, 3d Circuit, Estados Unidos, 1983 (en adelante, *Rhone v. Lauro*).

<sup>23</sup> *Rhone v. Lauro*, p. 54.

En este sentido, la Corte Federal de Apelaciones del Tercer Circuito, en el caso *Rhone v. Lauro*, reconoció un acuerdo arbitral a pesar de que conforme a la ley italiana aplicable dicho acuerdo era inválido por no establecer un número impar de árbitros. La Corte de Apelaciones estadounidense sostuvo que, de conformidad con el Artículo II(3) de la Convención, un acuerdo arbitral es nulo solamente “cuando esté sujeto a una defensa internacionalmente reconocida como la coacción, el error, el fraude o la renuncia [...] o (2) cuando contravenga las políticas fundamentales del Estado del foro.”<sup>24</sup>

De esta manera, los Estados Contratantes pueden delinear en sus leyes locales los requisitos de aplicación de las defensas contractuales internacionalmente reconocidas pero no pueden establecer causales de no reconocimiento del acuerdo arbitral puramente localistas.<sup>25</sup>

Ahora bien, la posibilidad de declarar nulo un acuerdo arbitral por existencia de vicios del consentimiento es generalmente reconocida en los sistemas legales domésticos. Desde esta perspectiva, la interpretación finalista no sería incompatible con la Convención de Nueva York.

Sin embargo, hay que distinguir claramente dos supuestos que no aparecen bien delineados en los fallos de la CNCom. que postulan la interpretación finalista. Por un lado, la posibilidad de conocimiento efectivo de la existencia de la cláusula arbitral. Se trata de una situación expresamente regulada en el Artículo 16 de la LACI que establece los requisitos de la “*incorporación por referencia*.”

Por el otro, la existencia de términos abusivos que dificulten sustancialmente el acceso a la justicia de una de las partes. A mi juicio, la mera existencia de una situación de “*irrazonable disparidad de poder negociador*” no es suficiente para invalidar la cláusula arbitral contenida en un contrato de adhesión de naturaleza

---

<sup>24</sup> *Rhone v. Lauro*, p. 53.

<sup>25</sup> Born, *Ibidem*, p. 556. En sentido similar, véase Nazzini, R., ‘The Law Applicable to the Arbitration Agreement: Towards Transnational Principles’, en *International and Comparative Law Quarterly* 681, 702, 2016.

internacional si esa disparidad no condujo a la inclusión de términos abusivos que, en la práctica, constituyan un obstáculo sustancial para el acceso a la justicia de la parte que adhirió al contrato. La mera existencia de una situación de disparidad de poder negociador –en la medida en que no existan términos abusivos– no debe implicar la invalidez de la cláusula arbitral contenida en un contrato de adhesión –de naturaleza internacional y celebrado entre empresas– porque el arbitraje es el método de resolución de controversias característico del comercio internacional.

## V. *Conclusión*

El Artículo 1651 del CCyC que –en materia de arbitraje doméstico– excluye del contrato de arbitraje “*los contratos por adhesión cualquiera sea su objeto*” debe ser interpretado de forma restrictiva en materia de contratos internacionales de naturaleza comercial.

La interpretación literal según la cual resulta inoponible la cláusula arbitral contenida en los contratos de adhesión –con independencia de la existencia de una situación de abuso o aprovechamiento– resulta manifiestamente incompatible con el objeto y fin de la Convención de Nueva York.

La interpretación finalista –que postula que la cláusula arbitral contenida en un contrato de adhesión es válida salvo que se acredite que existe una situación de aprovechamiento o abuso que hubiese afectado el consentimiento– es, en principio compatible con la Convención de Nueva York. Sin embargo, debe tenerse presente que la mera existencia de una disparidad en el poder negociador no debería implicar la invalidez de la cláusula arbitral si no condujo a la inclusión de términos abusivos que dificulten ostensiblemente el acceso a la justicia.

# ARBITRAJE SIMPLIFICADO EN LAS NUEVAS REGLAS DEL CENTRO DE ARBITRAJE DE MÉXICO

*Frida Paola Altamirano Jiménez\**

*Ana Sofía Vargas Hernández\*\**

## ***I. Introducción***

El presente artículo tiene como objetivo, explicar los beneficios y elementos que distinguen al arbitraje simplificado de las nuevas reglas del Centro de Arbitraje de México (“Reglas de Arbitraje CAM 2022”). De igual manera, se pretende que el presente trabajo sea una suerte de guía para los usuarios que buscan hacer uso del procedimiento simplificado, explicando el paso a paso del funcionamiento de este.

Respecto del arbitraje, se ha sostenido que uno de sus mayores beneficios para aquellos que escogen esta vía, es la expeditéz en relación con los procedimientos en tribunales ordinarios. En la práctica, algunos casos que se han conducido mediante un procedimiento arbitral ordinario se han tornado más complejos y, por ende, no han sido más rápidos que los procesos judiciales. Aunado a ello, en ciertas situaciones, el monto del litigio no justificaba el pago de los costos del arbitraje, llevando a las partes en un litigio a optar por la sede judicial. En relación con lo anterior, las instituciones arbitrales han expandido su oferta de servicios para atender las necesidades de los usuarios y servir a otro sector económico que busca la resolución de sus disputas. De esta necesidad derivan las reglas y disposiciones especiales para arbitrajes menos complejos o de baja cuantía.

---

\* Secretaria General del Centro de Arbitraje de México.

\*\* Miembro de la Secretaría General del Centro de Arbitraje de México.

El Centro de Arbitraje de México (“CAM”) no ha sido la excepción con la adición que hizo a sus nuevas reglas vigentes a partir del 1º de diciembre del 2022<sup>1</sup> y contenidas en el Apéndice III.

## ***II. Diferencias entre el arbitraje simplificado y el procedimiento de arbitraje ordinario.***

El procedimiento de arbitraje simplificado es más sencillo en cuanto a etapas procesales en comparación con el procedimiento ordinario y aplica para supuestos distintos. El objetivo del procedimiento simplificado es reducir costos y plazos.

### ***A. ¿Cuándo aplica el procedimiento simplificado?***

Las partes podrán optar por un procedimiento simplificado en casos cuya cuantía sea menor o equivalente a 150,000 USD (aproximadamente 3 millones de pesos mexicanos). No obstante, las partes podrían pactar la aplicación del procedimiento simplificado para asuntos de mayor cuantía.

### ***B. Sobre los costos y sus excepciones***

La primera excepción es cuando las partes en el arbitraje pactan en contrario la aplicación del Apéndice III, es decir, aunque se trate de un asunto cuya cuantía es sea menor o equivalente a \$ 3,000,000 de pesos mexicanos, las partes deciden que los costos sean conforme al arancel ordinario y el procedimiento se rija conforme a los plazos previstos en las Reglas generales.

Otro supuesto es aquel, en el que la cuantía del litigio resulta mayor a la cifra señalada, pero las partes pacten expresamente la aplicación del Apéndice III para reducir sus plazos. No obstante, los costos aplicables serían los de un procedimiento ordinario.

---

<sup>1</sup> Reglas de Arbitraje del CAM 2022. Disponible en: [camex.com.mx/wp/wp-content/uploads/2022/12/Reglas-de-Arbitraje-del-CAM-2022.pdf](http://camex.com.mx/wp/wp-content/uploads/2022/12/Reglas-de-Arbitraje-del-CAM-2022.pdf)

Un tercer supuesto sería aquel en el que el reclamo se presenta por \$3,000,000 de pesos y posteriormente aumenta el monto en litigio, ya sea por actualización del monto o derivado de una reconvención. Ante este escenario existen distintas alternativas: 1) las partes pueden pactar que el procedimiento se rija por el Apéndice III; 2) las partes pueden decidir que el procedimiento se lleve a cabo con las disposiciones del procedimiento simplificado, pero la Secretaría General fijará el depósito de fondos con base en el arancel aplicable a un arbitraje ordinario.

El procedimiento simplificado es resuelto por un árbitro, sin la posibilidad de que exista un tribunal arbitral, lo cual reduce el costo del arbitraje. Esto, también impacta en el tiempo y duración del arbitraje, ya que, las partes pueden designar en conjunto al árbitro único sólo 15 días después de que se haya notificado la demanda inicial y en caso de no existir acuerdo, la designación la realizará el Consejo General de CAM.

### *C. Reducción de etapas procesales y plazos*

Al igual que en el tema de costos, existen diferencias y reducciones sustanciales respecto a los plazos en comparación con el procedimiento ordinario. Lo anterior se traduce en plazos más cortos y menos etapas procesales.

A diferencia del procedimiento ordinario, en el procedimiento simplificado no existe la solicitud de inicio de arbitraje y la contestación a la misma, sino que, desde el inicio se presenta la demanda y posteriormente la contestación, en esta primera fase ocurre una primera reducción de etapas procesales. De igual manera, en esa misma etapa, se reducen los plazos de 30 días originalmente a 15 días para dar contestación a la demanda y, en su caso a la reconvención. Aunado a lo anterior, las pruebas que sustenten las pretensiones de las partes deberán ser incluidas al momento de presentar la demanda, contestación y/o reconvención.

Acercas de otras etapas procesales que se reducen, en el procedimiento abreviado el Árbitro Único no deberá elaborar un Acta de Misión ni un Calendario Procesal en los términos previstos en el artículo 24 de las Reglas. El procedimiento simplificado

prevé que el árbitro deberá instruir la causa con la mayor celeridad posible después de recibir el expediente.

El hecho de que sea necesaria la firma del Acta de Misión influye en los tiempos previstos para solicitar el depósito de fondos. En un procedimiento ordinario la Secretaría General fija el depósito de fondos una vez que se designa y confirma al Tribunal Arbitral. Es necesario que las Partes paguen la mitad de los fondos solicitados para el envío del expediente al Tribunal Arbitral. Posteriormente, tras la firma del Acta de Misión, la Secretaría solicita el pago del saldo.

Al fijar la provisión de fondos conforme al Apéndice III, la Secretaría General solicita el monto total antes de remitir el expediente al Árbitro Único. Esto ayuda a que se reduzcan 15 días del procedimiento ordinario y se limiten las prórrogas para efectuar el pago.

Otra cuestión en apoyo a la reducción de plazos es que no existe necesidad de llevar a cabo audiencias, sino que, se recomienda que todo el procedimiento sea resuelto con base en promociones escritas. De manera excepcional, el Árbitro Único o las partes podrán determinar la necesidad de una audiencia. Lo anterior evita llevar a cabo reuniones de preparación, trabajo en cuanto a la programación y la logística de la audiencia y, claramente, los días en los que se tendrían que llevar a cabo las audiencias orales.

En cuanto a la conducción del procedimiento, un cambio importante es el tiempo que se otorga al Árbitro Único para rendir el laudo. En el procedimiento ordinario, el Tribunal Arbitral tiene 4 meses a partir de la firma del Acta de Misión para rendir el laudo. En el procedimiento simplificado, tras la presentación de los alegatos por escrito de las partes, el Árbitro Único cuenta con un plazo de sólo 30 días. A diferencia de otros reglamentos, el laudo derivado de un procedimiento simplificado bajo reglas CAM, sí debe estar debidamente fundado y motivado.

### III. Etapas del procedimiento simplificado.

Como fue previamente mencionado, el procedimiento simplificado se inicia con la presentación de la demanda de arbitraje con sus respectivas pruebas y, adjuntando el comprobante de pago de la Tasa Administrativa CAM.<sup>2</sup> Posteriormente, la Secretaría General notificará lo antes posible, vía electrónica, a la demandada.<sup>3</sup>

La demandada contará con 15 días naturales para presentar su contestación y/o aviso de reconvencción.

Las partes deberán incluir en su demanda, contestación y/o reconvencción, la siguiente información según lo establecido en las Reglas:<sup>4</sup>

- a) datos de las partes y sus representantes;
- b) una relación de hechos y actos que constituyan los antecedentes y fundamentos de las pretensiones;
- c) las pretensiones u observaciones sobre las pretensiones, incluyendo la suma reclamada;
- d) su propuesta en relación con el lugar del arbitraje, el derecho aplicable y el idioma del arbitraje, salvo que el acuerdo de arbitraje lo determine;
- e) el acuerdo de arbitraje y el contrato o documento base de la acción;
- f) comprobante de pago del anticipo sobre la tasa administrativa; y
- g) la actora deberá exhibir con la demanda todas las pruebas documentales que considere pertinentes, o hará referencia a los documentos u otras pruebas que vaya a presentar. Si no contara con dichas pruebas, deberá acreditar que las ha solicitado.

En caso de que no se cumplan alguno de los requisitos establecidos, corresponderá a la Secretaría General hacerlo notar a las partes y fijar un plazo para el cumplimiento.

<sup>2</sup> La Tasa Administrativa vigente a junio de 2023 es de \$27,840.00 M.N. (I.V.A. incluido).

<sup>3</sup> Las notificaciones se llevarán a cabo en términos del Art. 4 de las Reglas de Arbitraje del CAM 2022.

<sup>4</sup> Ver Arts. 2 y 3 de las Reglas de Arbitraje del CAM 2022.

#### IV. Recomendaciones de la Secretaría General

1. Si el acuerdo de arbitraje es posterior al 1º de diciembre de 2022, las partes podrán considerar la aplicación del procedimiento ordinario o del procedimiento simplificado.
2. Considerar que la cuantía es un primer criterio para determinar que el procedimiento será simplificado, pero existe la posibilidad de que las partes decidan no hacerlo (*“opt-out”*).
3. Se sugiere que, en procedimientos simplificados, todas las actuaciones se realicen de forma virtual y los documentos se presenten de forma digital, por cuestiones de sustentabilidad, reducción de costos y celeridad.
4. Si las partes deciden someter una disputa cuya cuantía sea mayor a \$3,000,000 de pesos mexicanos a un procedimiento simplificado, ello implica una reducción de plazos, pero los costos podrán fijarse conforme al arancel ordinario.
5. Las partes deberán tomar en cuenta que no se emitirá un Acta de Misión, Calendario Procesal y la disputa se resolverá con base en promociones escritas.
6. Considerar que el pago de la totalidad del depósito de fondos se realizará en una sola etapa y no en dos exhibiciones.
7. Valorar la conveniencia o no de llevar a cabo una audiencia, con los costos que ello implica.
8. Estimar la conveniencia de tener un laudo fundado y motivado en un plazo de 30 días, en comparación con los 4 meses previstos en el procedimiento ordinario.

Segunda parte

# REPORTES

---

REVISTA  
JURÍDICA

---

DEL CENTRO DE ARBITRAJE DE MÉXICO

Arbitraje Internacional desde la  
Perspectiva Iberoamericana

---

# CORRUPCIÓN EN EL ARBITRAJE

---

*Mexico Arbitration Week*

*1 de junio de 2023*

*Sandro Espinoza Quiñones\**

El 1 de junio de 2023, se llevó a cabo el panel denominado “*Corrupción en el arbitraje*”, en el marco del evento *México Arbitration Week*. Una mesa interesante integrada por expertos como Elisa Legorreta, Adrián Magallanes, Fernando Orrantía, Antonio Mañón, y Sandro Espinoza, panel moderado por Manuela de la Helguera.

Como preámbulo, hay que señalar que el análisis de la corrupción como defensa en un arbitraje siempre será un reto para los árbitros y para las partes. Ante la grave crisis de corrupción que embistió a América Latina (caso *Lava jato*), las denuncias de actos de corrupción en la celebración de contratos con los Gobiernos se han vuelto, lamentablemente, el día a día.

Ello ha generado que, en los arbitrajes locales e internacionales, la defensa de los Gobiernos se materialice en un cuestionamiento respecto a la jurisdicción de los tribunales arbitrales (no puedes obtener los beneficios de un contrato, incluyendo la cláusula arbitral, si lo has obtenido a través de un acto ilegal), o en un cuestionamiento a la validez del contrato que contiene la cláusula arbitral (al haberse celebrado con una finalidad ilícita, léase corrupción).

Si bien pareciera que ambos cuestionamientos nacen de una misma situación (corrupción), tienen particularidades distintas que serán tratadas en este panel.

---

\* Árbitro independiente, adjudicador y consultor en materia de arbitraje y construcción.

---

Es así que, a manera de introducción, Elisa Legorreta explicó cómo la corrupción ha investido, lamentablemente, la mayoría de las esferas donde actuamos, incluyendo el arbitraje (México y Latinoamérica en general). Comentó los temas relevantes que se tocarían en el panel, como el estándar y carga de la prueba de la corrupción, señalando que existen distintas posturas de tribunales arbitrales para definirlo. Algunos prefieren un estándar de prueba preponderante (indubitable) y otros tribunales, quizá más laxos, prefieren los denominados “*red flags*” o “*connecting dots*”. Asimismo, Elisa comentó el debate actual que tienen los tribunales arbitrales, si suspender o no los procesos a partir de sentencias penales que están pendientes de emitirse, concluyendo que la posición no es homogénea.

Con este preámbulo, dio pase a la primera intervención del panel a cargo de Adrián Magallanes. Adrián abordó la implicancia de celebrar contratos investidos de corrupción. Para ello, señaló que, en la práctica arbitral, se puede plantear “*clean hands doctrine*” o denuncias de corrupción en dos escenarios. El primer supuesto lo encontramos en contratos entre privados, donde la experiencia se centra más en la práctica comercial internacional (CCI). El ejemplo más claro es el contrato de agencia (*lobby*), en el cual un agente se compromete ante un inversionista a obtener un contrato con el Estado, dada sus relaciones con altos funcionarios. El reclamo se genera cuando el agente no logra obtener el acuerdo y, por ende, el inversionista se niega a pagar la comisión. El agente argumenta la nulidad del contrato por fin ilícito (pago a funcionarios).

El segundo supuesto y el más usual en la práctica, lo encontramos en el arbitraje de inversión. El ejemplo más claro es cuando un inversionista obtiene un contrato con el Estado receptor de la inversión en base a actos de corrupción (soborno a funcionarios). Cuando surge una controversia, el Estado receptor de la inversión argumenta “*clean hands doctrine*”, señalando que el inversionista ha actuado en contra de su ordenamiento jurídico y, por lo tanto, ha perdido el derecho a aceptar el consentimiento al arbitraje otorgado anticipadamente por el Estado a través del tratado celebrado.

---

Como se podrá advertir, en el primer supuesto nos encontramos ante una defensa que cuestiona la validez del contrato por su finalidad ilícita (contratos para cometer actos de corrupción), lo cual se da comúnmente en contratos entre privados; en el segundo supuesto nos encontramos ante una defensa que cuestiona la jurisdicción del tribunal arbitral (contratos revestidos de corrupción), pues al contravenir el ordenamiento jurídico, se habría perdido los derechos que devienen del tratado, incluyendo la oferta de arbitraje que hizo el Estado receptor de la inversión.

Adrián comentó algunos casos interesantes de arbitraje de inversión sobre este tema, como lo son *Phoenix c. República Checa*,<sup>1</sup> donde existió una inversión ilícita, al igual que en el caso de *World Duty Free c. Kenya*,<sup>2</sup> donde el inversionista explicó a detalle cómo había efectuado pagos al presidente de la República a fin de que este aprobara la inversión que pretendía realizar. En este contexto, ambas partes reconocían el ilícito (corrupción), lo que generó que el tribunal arbitral declinara en su jurisdicción.

Seguidamente, Fernando Orrantia abordó el tema sobre carga y estándar de la prueba de corrupción. El estándar de la prueba de corrupción es el tema que ha generado más debate a nivel doctrinario. Sobre el particular, existen dos posiciones: (i) el estándar de probabilidades y; (ii) el estándar de prueba plena.

El estándar de probabilidades señala que, para probar el acto de corrupción, es suficiente presentar indicios razonables que nos lleven a una sospecha que se efectivizó un acto de corrupción. Por indicios razonables se puede entender: una investigación fiscal, un proceso en curso en el ámbito del derecho penal, testimonios o declaraciones, etc.

Por otro lado, el estándar de prueba plena implica una decisión jurisdiccional firme, que condene el acto de corrupción. Asimismo, se considera una prueba

---

<sup>1</sup> *Phoenix Action, Ltd. c. República Checa*, Caso CIADI No. ARB/06/5.

<sup>2</sup> *World Duty Free Company c República de Kenia*, Caso CIADI No. Arb/00/7.

---

plena la confesión del acto de corrupción, como sucedió en el caso más famoso con relación a la aplicación de “*clean hands doctrine*”, nos referimos al caso *World Duty Free c. Kenia*<sup>3</sup> ya comentado.

No obstante, a pesar de que existen estas dos posiciones, se advierte que la práctica internacional tiende a aplicar, mayoritariamente, un estándar de prueba de probabilidades. Fernando comentó algunos temas debatibles, como, por ejemplo, qué sucede cuando una de las partes solicita suspender el arbitraje por estar en trámite un proceso penal donde se está discutiendo si una de las partes es corrupta o no. Comentaba Fernando que, en caso de acceder el tribunal arbitral a dicha suspensión, el periodo de tiempo debe ser un periodo razonable, lo cual no sucede comúnmente en la práctica.

A continuación, Antonio Mañón abordó el control judicial de laudos sobre cuestiones de corrupción. Comentó acerca de la posibilidad de anular un laudo cuando se ha evidenciado corrupción en la tramitación de este, y para ello hizo referencia a un caso peruano entre *ONCOSERV c. Gobierno Regional de Arequipa*.<sup>4</sup>

En el referido caso, luego de emitido el laudo, se confirmó a través de un video, que dos de los miembros del tribunal arbitral habían recibido un pago por una de las partes para otorgar una medida cautelar a su favor. El escenario era interesante pues existía ya un laudo emitido. Llevado a anulación a las Cortes, el juez concluyó que el laudo debía ser anulado pues se había evidenciado, a través del video, el acto de corrupción y que, por lo tanto, se había vulnerado el debido proceso, dado que una de las partes “*no había podido hacer valer sus derechos.*”

Concluyó Antonio comentando el caso *Lion c. México*,<sup>5</sup> en el cual, un tribunal arbitral condenó al Estado Mexicano a una indemnización a favor de Lion por haber fracasado en su sistema de justicia aceptando, por parte de los jueces, la corrupción en varias esferas.

---

<sup>3</sup> *Ídem*

<sup>4</sup> *ONCOSERV c. Gobierno Regional de Arequipa, Caso ad-hoc.*

<sup>5</sup> *Lion Mexico Consolidated L.P. c. Estados Unidos Mexicanos, Caso CIADI No. ARB(AF)/15/2.*

---

Por último, estuvo la participación del suscrito, Sandro Espinoza, abordando algunos casos peruanos donde se analizaron la carga y estándar de la prueba de corrupción. El caso más interesante fue entre *CORPAC c. FINVER CALLAO*.<sup>6</sup> Nos encontramos ante un convenio entre una empresa pública (CORPAC) y una entidad del Estado Peruano para la construcción de una obra, y podemos decir que es el primer caso en el Perú en el que se utilizó “*clean hands doctrine*” como argumento de defensa por parte de la entidad del Estado Peruano, cuestionando la jurisdicción del tribunal arbitral.

El caso trata de una empresa pública que deseaba construir un edificio institucional para sus oficinas, para lo cual celebra un convenio con una entidad del Estado quien fungiría de constructor. Una vez otorgado el adelanto para la construcción de la obra, esta es abandonada.

Ante el cambio de funcionarios de la empresa estatal, deciden demandar la restitución del adelanto entregado, considerando el abandono de la obra. La entidad pública se defiende aplicando “*clean hands doctrine*”, señalando que el tribunal arbitral no tiene jurisdicción, pues el convenio se habría celebrado en un escenario de aparente colusión, siendo que los funcionarios estaban siendo investigados por la Fiscalía y, por lo tanto, la controversia es de interés público (siendo competente el juez), imposibilitando al tribunal arbitral pronunciarse sobre el fondo.

Independientemente de la discusión respecto a si “*clean hands doctrine*” puede ser aplicada a un arbitraje local, la entidad pública demandó que el estándar de la prueba debe ser de indicios y no plena, presentando las investigaciones fiscales que se habían llevado hasta ese momento a los funcionarios involucrados por delito de colusión. El tribunal arbitral, decidió suspender el arbitraje por más de 3 años, esperando que el juez penal declare si hubo o no corrupción. Una vez que

---

<sup>6</sup> *Corpac SAC c. Municipalidad Provincial del Callao y el Finver*, CARC Perú.

sucedió ello, el tribunal arbitral declaró nulo de oficio el contrato, por acreditarse corrupción a través del juez penal.

El tribunal señaló que puede anular de oficio un contrato, cuando advierta corrupción, aplicando *red flags* (es decir, indicios), pero aparece la primera contradicción de análisis, dado que, habiendo suspendido el arbitraje por tres años con la finalidad de esperar la decisión final de la Sala Penal. ¿La sentencia penal es prueba plena o *red flag*?

El tribunal señaló que aplicaría *red flags* y señala textualmente en el laudo lo siguiente:

“Respecto de las *red flags* es importante precisar que **el Instituto Basel de Gobernanza y Centro de Competencia de Arbitraje y Delito**, presentó una lista comprehensiva mas no exclusiva de los indicios de corrupción. Entre otras banderas rojas de corrupción se encuentran las siguientes: “(...) ii) se hayan llevado a cabo investigaciones penales antes del procedimiento de arbitraje, o mientras tanto, por autoridades nacionales;  
v) **la empresa haya sido condenada por tales delitos...**”<sup>7</sup>

A pesar de ello, señala en el laudo que la sentencia penal es prueba plena y no un *red flag*, anulando de oficio el contrato. ¿Resulta contradictorio? Resulta interesante analizar lo que el tribunal concluyó: “*[e]sto ya no es un red flag, no se trata de un indicio de la existencia de corrupción en el CONVENIO. Estamos frente a una prueba plena de que se produjeron actos de corrupción en torno a la celebración y ejecución del CONVENIO; por lo que, en base a lo previsto en el artículo 220º del Código Civil, corresponde declarar la nulidad del mismo.*”<sup>8</sup>

Por lo tanto, queda todavía en el debate si un proceso penal en trámite paralelo a un arbitraje donde se está denunciando corrupción, una vez concluido, puede ser considerada una prueba plena o un *red flag*, es decir, si el tribunal arbitral está obligado a coincidir con el juez penal en su análisis sobre la existencia de corrupción o no. Este debate todavía sigue abierto.

<sup>7</sup> *Ibidem*, Laudo Arbitral (8 de septiembre de 2022), p. 60, § 223.

<sup>8</sup> *Ibidem*, p. 63, § 226.

---

# GUERRILLA TACTICS: PERSPECTIVAS DE ABOGADOS DE PARTE, ÁRBITROS, INSTITUCIONES Y LA JUDICATURA

---

*Mexico Arbitration Week*

*1 de junio de 2023*

*Carlos Alvarado Moreno\**

*Teresa Roldán\*\**

Cuando hablamos de guerrillas podemos estar pensando en cosas muy distintas. Alguien de Suiza o Japón, muy probablemente tendrá una concepción distinta de las guerrillas que alguien de Latinoamérica. Quizá tampoco sea vista igual una guerrilla hoy que en los años 60. Las guerrillas, al menos en la teoría, suelen compartir algunas características: (i) movimientos armados; (ii) conformadas por civiles (no pertenecen al Estado); (iii) normalmente en desventaja o con menos recursos, e; (iv) iniciados por los oprimidos. ¿Cuándo una guerrilla fue justificada? La respuesta dependerá de muchos factores. Si los guerrilleros triunfaron, podrán ser héroes liberadores, o tiranos dictadores; si los guerrilleros fueron derrotados, podrán ser mártires o simples traidores.

Nos movemos en áreas grises con respuestas no tan claras y muchos “*depende*”. El panel “*Guerrilla tactics: perspectivas de abogados de parte, árbitros, instituciones y la judicatura*” justamente estuvo enfocado a cuestionarnos algunas de las cosas que damos por hechas cuando hablamos de *guerrilla tactics* en arbitraje. Rodrigo Zamora, Yanett Quiroz, Sofía Gómez Ruano y Francisco Franco, moderados por Carlos Alvarado, exploraron los límites entre lo correcto y lo incorrecto, lo ético y lo no ético, el abuso y la férrea defensa de los intereses de los clientes.

---

\* Socio Fundador de Alvarado Moreno Abogados.

\*\* Pasante en Alvarado Moreno Abogados.

---

Sofía Gómez Ruano destacó que en ocasiones las tácticas de guerrilla son conductas legítimas, pero con intenciones maliciosas que pueden generar un ambiente hostil, dilaciones y obstrucciones al procedimiento. Estas tácticas pueden dar una ventaja injusta a una de las partes e incluso llegar a propiciar la presentación de demandas sin mérito o frívolas. Constituyen un abuso.

Francisco Franco dio algunos ejemplos y experiencias. Compartió que en un caso de arbitraje de inversión una de las partes presentó una recusación sin mérito en contra del árbitro que esa misma parte había nombrado, quien finalmente se terminó excusando del tribunal.

Rodrigo Zamora expuso sobre la diferencia de este tipo de prácticas en el arbitraje y los tribunales judiciales. Señaló que la flexibilidad que caracteriza al arbitraje y la necesidad de obtener un laudo ejecutable, pueden dar lugar al abuso de tácticas de guerrilla. Destacó que la motivación y finalidad de las estrategias son fundamentales para determinar si son éticas o no, o si pueden ser consideradas tácticas de guerrilla o no. El abuso del procedimiento y el uso injustificado de tácticas dilatorias fueron identificados como factores que normalmente cruzan la línea de lo ético, e hizo hincapié en que, en el arbitraje, estas conductas lejos de ayudar pueden perjudicar el caso de tu cliente.

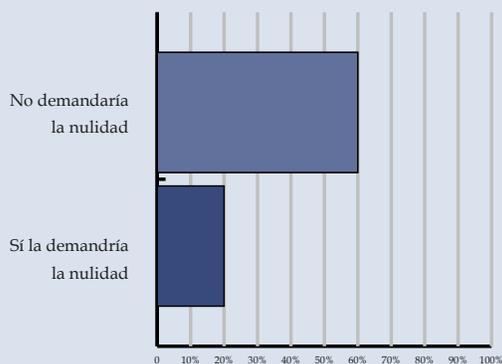
El panel discutió también el papel de la cultura y las jurisdicciones en relación con las tácticas de guerrilla. Yanett Quiroz destacó el papel de las instituciones arbitrales y las políticas que establecen para abordar estas tácticas. Se hizo referencia a los lineamientos de la Asociación Internacional de Abogados (“IBA”, por sus siglas en inglés) como una guía importante para comprender lo que se espera y lo que es aceptable en los arbitrajes. Sin embargo, señaló que no todas las jurisdicciones tienen códigos de ética y sanciones claras para combatir las tácticas de guerrilla, lo que resalta la necesidad de una mayor uniformidad en este aspecto.

También se discutió el impacto de la virtualidad en el arbitraje y en las tácticas de guerrilla. Por ejemplo, alegar o inventar una falta de conexión durante un interrogatorio, el uso inapropiado del chat durante las audiencias virtuales, y la invención de problemas técnicos como una forma de evadir la comparecencia. El panel enfatizó la importancia de cuidar las formas y evitar actitudes negativas durante las audiencias virtuales.

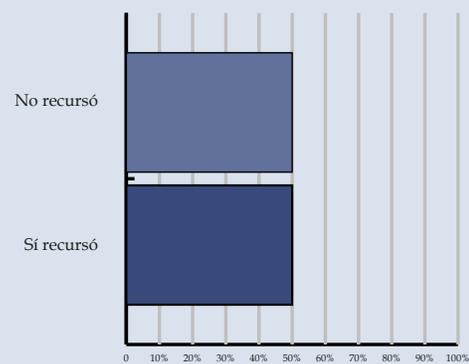
Se discutió cómo desincentivar el uso de tácticas de guerrilla en el arbitraje. Se hizo hincapié en la importancia de que los abogados conozcan los reglamentos y las limitaciones que imponen para evitar el abuso del proceso. Asimismo, se resaltó el papel fundamental de la reputación de los abogados, ya que el uso abusivo de tácticas de guerrilla puede dañar su imagen y afectar su capacidad para representar efectivamente a sus clientes.

Durante el panel se elaboró una encuesta a todos los asistentes sobre algunas hipótesis que pudieran dar lugar a tácticas de guerrilla. Los resultados, que se compartieron en tiempo real, son los siguientes:

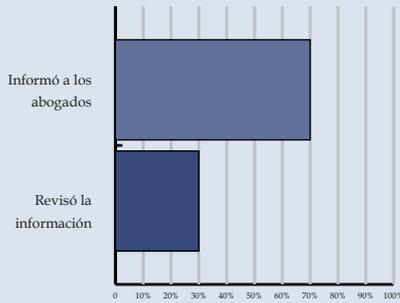
Aunque no favorece a tu cliente el Laudo Final está bien dictado. Sin embargo, en la jurisdicción de la sede podría ser anulado por formalismos procesales y cuestiones similares en un procedimiento que duraría años, ¿demandarías y buscarías férreamente la nulidad del Laudo, al menos para obtener una mejor posición de negociación para tu cliente?



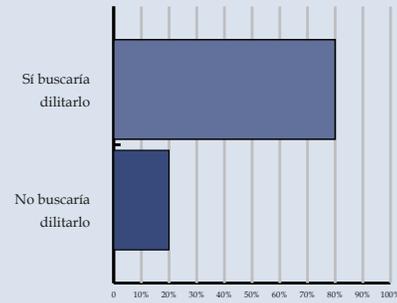
Por error tu contraparte te da acceso a una base de datos con toda la información de su caso, estrategia, pruebas, ect., ¿le informarías a los abogados contrarios o revisarías la información?



Estas convencido de que el Presidente del Tribunal, cuyo voto es decisivo, votará en contra de tu cliente. Después de la audiencia de fondo el Presidente hace una revelación de la lista naranja (Directrices IBA). Aunque sabes que eso no afectará su independencia e imparcialidad, ¿Lo recusarías con la esperanza de que el sustituto pudiera resolver a favor de tu cliente y con ello ganar?



En un arbitraje que inicia el material probatorio de tu cliente es muy pobre. Sabes que aproximadamente en un año y medio se dictará sentencia en otro juicio, la cual sería muy favorable para tu cliente, ¿harías tu mejor esfuerzo para retrasar el arbitraje para tener oportunidad de exhibir tal sentencia?



Los resultados de la encuesta confirman la hipótesis. Ante un mismo escenario, hay división de opiniones respecto de lo que se debe o no se debe hacer.

Como conclusión, los panelistas estuvieron de acuerdo en que cuando una táctica implica ilegalidad o falta de ética, necesariamente debe ser descartada y sancionada, de ser posible. Sin embargo, cuando no se trata de una falta de ética o de una ilegalidad, podemos navegar en el área de los grises en los que no siempre es tan sencillo detectar cuándo estuvimos frente a una acción o estrategia justificada, o simplemente ante una táctica vil enfocada a entorpecer o frustrar el arbitraje. Al igual que con las guerrillas, el tiempo podrá poner a cada quién en su lugar.

---

# LA ACTUALIDAD DEL ARBITRAJE DE INVERSIÓN EN LATINOAMÉRICA

---

*Mexico Arbitration Week*

*31 de mayo de 2023*

*Ana Sofía Vargas Hernández\**

*Eduardo Lobatón Guzmán\*\**

En la primera edición de *Mexico Arbitration Week* se llevó a cabo un *Fireside Chat* titulado “*Actualidad del Arbitraje de Inversión en Latinoamérica*”. La sesión comenzó con una presentación a cargo de Nigel Blackaby KC (Socio, Freshfields). Después de la presentación, se desarrolló una conversación entre Richard C. Lorenzo (Socio, Hogan Lovells) y Silvia Marchili (Socia, White & Case), moderada por Juan Pablo Moyano (*Senior Counsel*, Holland & Knight).

América Latina ha desempeñado un papel fundamental en la configuración del derecho internacional de inversiones. Nigel Blackaby señaló que en el pasado, la región estaba relativamente aislada del mundo del arbitraje internacional, pues menos del 5% de los casos ante el CIADI procedían de esta región. Sin embargo, los tiempos han cambiado y ahora la región encabeza el número de casos de arbitraje frente al CIADI. El Licenciado Moyano señaló posteriormente que en 2023, los casos relacionados con Latinoamérica representan casi el 30% del volumen total de

---

\* Miembro de la Secretaría General del CAM

\*\* Asociado en Hogan Lovells.

casos.<sup>1</sup> América Latina se ha convertido innegablemente en una de las regiones más activas en el arbitraje de inversión.

## I. CONTRIBUCIÓN DE AMÉRICA LATINA AL DESARROLLO DE LA PROTECCIÓN DE LAS INVERSIONES EXTRANJERAS

Nigel Blackaby profundizó en los factores que contribuyeron a este cambio en Latinoamérica. Una serie de programas de privatización resultaron en una afluencia de inversiones en sectores como recursos naturales, telecomunicaciones, petróleo y el gas, y minería. Se implementaron concesiones a largo plazo para garantizar la seguridad de las inversiones y atraer capital extranjero. Sin embargo, los cambios en el poder político a menudo han provocado alteraciones a los derechos otorgados por las administraciones anteriores. La crisis económica de Argentina y las consiguientes medidas contra entidades extranjeras, así como las campañas de expropiación y nacionalización en Venezuela y Bolivia, influyeron significativamente en el panorama de las inversiones.

La crisis argentina y la ruptura de la paridad peso-dólar marcaron el inicio de una oleada de casos de inversión en el CIADI. Nigel Blackaby destacó algunos casos emblemáticos en contra de Argentina que sentaron precedentes importantes. En el caso *CMS c. Argentina*,<sup>2</sup> se realizó una interpretación extensiva del estándar de trato justo y equitativo (TJE). El tribunal consideró que Argentina había alterado profundamente la estabilidad y previsibilidad del entorno de inversión, y que un entorno jurídico estable era un elemento esencial del TJE.

Tal caso también estableció el derecho de un accionista minoritario de iniciar acciones directas contra un Estado anfitrión, independientemente de los derechos de la propia empresa, siempre que la definición de “inversión” del tratado respectivo incluya capital, acciones o participaciones en una empresa.

<sup>1</sup> Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, ‘*The ICSID Caseload-Statistics*’, 2023-1. Disponible en: [https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/Caseload%20Statistics%20Charts/The ICSID Caseload Statistics.1 Edition ENG.pdf](https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/Caseload%20Statistics%20Charts/The%20ICSID%20Caseload%20Statistics.1%20Edition%20ENG.pdf)

<sup>2</sup> *CMS Gas Transmission Company c. la República de Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/8.

Nigel Blackaby también mencionó el caso *Suez c. Argentina*,<sup>3</sup> que marcó el primer caso en el que un tribunal ejerció su facultad discrecional para permitir a organizaciones no gubernamentales presentar escritos *amicus curiae*. Los casos argentinos también aportaron decisiones históricas sobre la aplicación de la cláusula de la nación más favorecida (MFN) para utilizar disposiciones de solución de controversias más favorables (ej., *BG Group c. Argentina*)<sup>4</sup> y los métodos para calcular los daños utilizando el método del flujo de caja descontado (FCD).

Posteriormente, siguieron casos de inversión contra Venezuela y Bolivia. El tribunal en *García Armas c. Venezuela*<sup>5</sup> analizó el problema de la doble nacionalidad del inversionista y afirmó su jurisdicción. En *Aguas del Tunari c. Bolivia*,<sup>6</sup> el tribunal analizó la estructura corporativa de la demandante y reconoció la legitimidad de organizar las inversiones a través de terceros países para garantizar la protección de los Tratados Bilaterales de Inversión (TBI).

El aumento de disputas sobre inversiones ha fomentado cierta resistencia hacia el arbitraje de inversión. Los líderes latinoamericanos han empezado a negociar tratados más limitados. Algunos países, como Bolivia y Venezuela, denunciaron el Convenio CIADI, lo que indica un cambio de actitud. Asimismo, las cortes de Ecuador resolvieron que varios TBIs eran inconstitucionales. El rechazo a los tratados de inversión también ha ganado adeptos en Norteamérica, donde el nuevo T-MEC tiene una protección de inversiones más limitada que su predecesor, el TLCAN.

Nigel Blackaby concluyó subrayando la posición única de la región y reconociendo la aparición de profesionales del arbitraje de inversión altamente calificados como consecuencia de estas oleadas de casos de inversión.

---

<sup>3</sup> *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. y Vivendi Universal S.A c. la República de Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/19.

<sup>4</sup> *BG Group Plc. c. The Republic of Argentina*, Caso *ad-hoc* bajo el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI.

<sup>5</sup> *Serafín García Armas y Karina García Gruber c. la República Bolivariana de Venezuela*, Caso PCA No. 2013-3.

<sup>6</sup> *Aguas del Tunari, S.A. c. República de Bolivia*, Caso CIADI No. ARB/02/3.

Tras la presentación, comenzó la discusión entre Richard Lorenzo y Silvia Marchili. Ambos oradores reconocieron los numerosos aspectos positivos del arbitraje de inversión y lamentaron las críticas, en ocasiones infundadas, a las que a menudo se enfrenta el sistema.

Richard Lorenzo hizo notar que el aumento de los casos de inversión es relativamente reciente, tanto en América Latina como en el resto del mundo. El atractivo del arbitraje de inversión deriva de situaciones en las que algunos Estados actúan de forma insensata y descoordinada. Cuando los inversionistas extranjeros sufren pérdidas debido a las acciones del Estado, sin recursos comerciales disponibles, el arbitraje de inversión sirve como un último recurso para obtener compensación.

Además, Richard Lorenzo señaló que América Latina ha experimentado importantes cambios y fluctuaciones en las políticas públicas en los últimos años. Estas variaciones han contribuido al aumento de los casos de inversión y han configurado el panorama del arbitraje de inversión en la región.

## II. “SETTLEMENT CHILL”

A continuación, los ponentes entablaron un diálogo sobre la reticencia de los Estados latinoamericanos a transar las disputas de inversión. Silvia Marchili destacó un fenómeno que denominó “*settlement chill*”. Mientras que un tema popular en los debates de arbitraje de inversión es el “*regulatory chill*” a que se enfrentan los Estados; para ella, el “*settlement chill*” es más evidente. Por lo general, los Estados son reacios a celebrar acuerdos de transacción y prefieren agotar el arbitraje y, en su caso, pagar una indemnización cuando se haya dictado un laudo definitivo.

Ambos oradores hicieron hincapié en la necesidad de iniciar discusiones más activas y buscar acuerdos entre los inversionistas y los Estados para evitar procedimientos largos y costosos. A excepción de Bolivia durante el gobierno de

---

Evo Morales, la mayoría de los países latinoamericanos se niegan a entrar en tales discusiones.

### III. ¿DE VUELTA AL SISTEMA ANTERIOR?

Respecto a las reformas propuestas para el sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados (ISDS), Silvia Marchili advirtió de que la actitud hostil en contra del arbitraje de inversión y los intentos de restringir los estándares sustantivos de protección pueden tener consecuencias imprevistas. Una posible consecuencia es el retorno a los mecanismos contractuales. Históricamente, muchos contratos gubernamentales contenían una cláusula de arbitraje CIADI. Si persisten las tendencias actuales, aquellos inversionistas extranjeros con influencia podrían negociar acuerdos que no sólo incorporen cláusulas de arbitraje CIADI, sino que también incluyan las protecciones a la inversión que actualmente se prevén en los TBIs. La privatización de estos principios no parece ser la solución óptima.

Sin embargo, ambos oradores coincidieron en que el sistema dista mucho de ser perfecto y subrayaron la importancia de alterar y mejorar el proceso de arbitraje para hacer frente a las críticas y los retos que se plantean.

### IV. CONFLICTOS FUTUROS EN LA REGIÓN

En cuanto a futuros litigios en la región, Juan Pablo Moyano orientó el debate hacia posibles áreas en las que podrían surgir disputas. Richard Lorenzo mencionó que los proyectos energéticos a gran escala suelen requerir inversión extranjera e importantes incentivos gubernamentales para ser viables. El incumplimiento de estos incentivos podría desencadenar una oleada de casos de inversión relacionados con la energía.

Silvia Marchili añadió que ya se han iniciado casos de este tipo en Centroamérica (ej., *Energía y Renovación c. Guatemala*<sup>7</sup> o *Enel c. Costa Rica*).<sup>8</sup> También mencionó la posibilidad de que surjan disputas similares en México, dependiendo del resultado de los cambios normativos del país en materia de energías renovables.

Aunque los ponentes no hablaron de otros posibles desencadenantes de demandas de inversión, éstos pueden incluir disputas relacionadas con el cambio climático, disputas COVID-19 (ej., *ADP International c. Chile*),<sup>9</sup> disputas financieras (ej., *HSBC c. El Salvador*),<sup>10</sup> disputas relacionadas con tecnología (ej., *Espíritu Santo c. México*)<sup>11</sup> y disputas de telecomunicaciones (ej., *Telefónica c. Perú*).<sup>12</sup>

## V. CONCLUSIÓN

América Latina ha sido parte de una notable transformación en el arbitraje internacional, pasando de un relativo aislamiento a convertirse en una de las regiones más activas. Casos históricos contra Argentina, Venezuela y Bolivia han sentado importantes precedentes para la comunidad arbitral en general.

A pesar de la creciente resistencia hacia el arbitraje de inversión en la región, sigue siendo un recurso crucial para los inversores extranjeros. Aunque se están proponiendo reformas del sistema ISDS, se debe tener precaución para evitar consecuencias imprevistas y una posible regresión a mecanismos antiguos.

De cara al futuro, es probable que la región sea testigo de futuras disputas sobre inversiones en ámbitos como los grandes proyectos energéticos, cambio climático, COVID-19, finanzas, tecnología y telecomunicaciones.

<sup>7</sup> *Energía y Renovación Holding, S.A. c. República de Guatemala*, Caso CIADI No. ARB/21/56.

<sup>8</sup> *Enel Colombia S.A. y Enel Green Power Costa Rica S.A. c. República de Costa Rica*, Caso CIADI No. ARB/21/49.

<sup>9</sup> *ADP International S.A. y Vinci Airports S.A.S. c. República de Chile*, Caso CIADI No. ARB/21/40.

<sup>10</sup> *HSBC Latin American Holdings (UK) Limited c. República de El Salvador*, Caso CIADI No. ARB/21/46.

<sup>11</sup> *Espíritu Santo Holdings, LP (ES Holdings) c. Mexico*, Caso CIADI No. ARB/20/13.

<sup>12</sup> *Telefónica S.A. c. República de Perú*, Caso CIADI No. ARB/21/10.

# ARBITRAJE, ESG Y TRANSICIÓN ENERGÉTICA

*Mexico Arbitration Week*

*31 de mayo de 2023*

*Galo Márquez Ruiz\**

El 31 de mayo de 2023, se llevó a cabo un panel denominado “Arbitraje, Regulaciones ESG y Transición Energética”, como parte del primer *Mexico Arbitration Week*. El panel, moderado por Galo Márquez Ruiz (Asociado, Creel, García-Cuéllar, Aiza y Enríquez, S.C.), estuvo compuesto por Montserrat Manzano (Socia, Von Wobeser y Sierra, S.C.), Enrique Molina (Investment Manager, Omni Bridgeway), Aníbal Sabater (Socio, Chaffetz Lindsey), Antonio Barrera Ríos (Asociado, Holland & Knight) y Andrés Nieto (Socio, Norton Rose Fullbright).

## I. INTRODUCCIÓN

El panel comenzó con una introducción a la regulación de obligaciones ESG y su incorporación en los contratos mercantiles. Antonio, explicó la definición moderna de ESG, entendida como las normativas y políticas establecidas para promover y regular las prácticas ambientales, sociales y de gobierno corporativo en las empresas. ESG son las siglas en inglés de *Environmental* (medioambiental), *Social* (social) y *Governance* (gobernanza), y se utilizan para evaluar el impacto y desempeño de las organizaciones en estas áreas. En este contexto, Antonio señaló que de los países en la región, alrededor del 58% de estos contaban con una estrategia ESG, de una forma u otra. Esto, se vio reforzado con los resultados de la cumbre COP27, así como con la evidencia de la emisión de bonos verdes en

---

\* Asociado en Creel, García-Cuéllar, Aiza y Enríquez, S.C y Coordinador General del Foro de Jóvenes Árbitros en CAM-CANACO.

Latinoamérica, donde Colombia, México, Brasil y Chile, lideran con la transición por más de USD \$32,8 billones emitidos. Particularmente en México, el incremento en disputas puede derivar de nuevas regulaciones privadas y públicas en materia de ESG, incluyendo: (i) los “*principios de bonos verdes MX*” del Consejo Consultivo de Finanzas Climáticas de México; (ii) el Plan de desarrollo de las Normas de Información de Sostenibilidad (“NIS”), para empresas privadas, no listadas en la Bolsa de Valores; así como (iii) el incremento en los “*impuestos verdes.*”

Con base en este marco normativo, Enrique Molina cuestionó si hoy en día existe una regulación suficiente para los arbitrajes que deriven de disputas ESG. Para ello, destacó que si bien la regulación institucional actual (CAM, CANACO, CCI, ICDR, etc.), es apta para arbitrajes estrictamente comerciales, estos no están diseñados para satisfacer las particulares de una disputa ESG. Entre ellas, el acceso limitado o inexistente para personas, pueblos, o comunidades afectadas por la disputa, pero que no sean parte del acuerdo de arbitraje.

A pesar de ello, ciertas instituciones sí se han aventurado en la emisión de nuevas regulaciones. Por su parte, la Corte Permanente de Arbitraje (la “CPA”) estableció en el 2001 las Reglas de Arbitraje para Disputas Medioambientales, diseñadas con: (i) una lista de árbitros especializados; (ii) una lista de expertos en temas sustantivos ambientales; y, (iii) con el propósito de rellenar lagunas en el marco existente para la resolución de disputas de esta naturaleza. Esto, se vio seguido de las Reglas de Arbitraje de la Haya sobre Negocios y Derechos Humanos, propuestas en el 2019 para arbitrajes *ad hoc* susceptibles de ser administrados por la CPA. Estas Reglas, fueron creadas para darle a las personas y comunidades afectadas por las acciones de una corporación, acceso a un mecanismo efectivo de resolución y resarcimiento de daños. Contrario a ciertos reglamentos ordinarios de arbitraje, las Reglas de la Haya prevén requisitos de transparencia adicionales (*e.j.*, audiencias públicas, documentos públicos, etc.). Sin embargo, como suele ser la regla en el arbitraje, su aplicación depende del consentimiento de las partes.

Particularmente, las Reglas de la Haya se han puesto a prueba a través del *Bangladesh Accord*. Dicho acuerdo fue consecuencia del colapso de un edificio industrial en abril de 2013, incluso después de que las empresas que operaban en dicho inmueble fueron informadas de una serie de fallas estructurales. Enrique narró que el colapso del edificio derivó en cientos de fallecimiento y lesionados. Esto, derivó eventualmente en el *Bangladesh Accord*, un acuerdo entre diversas marcas globales que autoriza a los trabajadores para que demanden por el incumplimiento a ciertas normas mediante arbitraje internacional.

## II. ARBITRAJE DE INVERSIÓN Y ESG

Si bien las disputas ESG pueden ser consecuencia de incumplimientos contractuales, su aplicación podría incluso ser más predominante en el arbitraje de inversión. Para ello, Montserrat Manzano narró que los primeros acuerdos internacionales de inversión (“AII”) firmados a finales de la década de 1950 e inicios de la década de 1960 no contaban con disposiciones específicas en materia ESG. La adición de estas cláusulas, fue producto de la respuesta global de varias naciones contra el cambio climático y el calentamiento global, a partir de la década de los 2010s y sumado al “*backlash*” contra el sistema de solución de controversias inversionista-Estado (“SCIE”) ha habido reformas progresivas a los AII.

Los números, nos comenta Montserrat, parecieran apoyar la inclusión de disposiciones ESG en tratados bilaterales de inversión. De un análisis, 147 tratados incluyen referencias a cuestiones ambientales en sus preámbulos. 77 tratados incluyen referencias explícitas al desarrollo sostenible. Y 38 tratados contemplan disposiciones de responsabilidad social corporativa para alentar inversiones que sigan las mejores prácticas empresariales. Un ejemplo de ello, es el TBI Modelo del 2019 del Reino de los Países Bajos, que establece lo siguiente:

“Artículo 6. En el ámbito y aplicación del presente Acuerdo, las Partes Contratantes reafirman las obligaciones que les incumben en virtud de los acuerdos multilaterales en materia de protección del medio ambiente, normas laborales y protección de los derechos humanos de los que son parte, tales como el Acuerdo de París, los Convenios

---

fundamentales de la OIT y la Declaración Universal de los Derechos Humanos.”<sup>1</sup>

La adición de cláusulas ESG en AIIIs y TBIs, también puede conllevar a un incremento en las reconvenciones de los Estados, por incumplimiento de los inversionistas a obligaciones ESG. Y la aplicación de disputas de esta naturaleza va en incremento. Entre ellos, vislumbran casos como *Urbanser y otros c. Argentina*.<sup>2</sup> Este caso fue el primero en el que un tribunal admitió y estudió un reclamo reconvencional cuya base sustantiva eran derechos humanos.

El tribunal aceptó jurisdicción respecto del reclamo reconvencional de Argentina, con base en que el APPRI Argentina-España contempla como derecho aplicable el derecho internacional general:

“APPRI Argentina-España Art. X(5): El tribunal arbitral decidirá sobre la base del presente tratado y, en su caso, sobre la base de otros tratados vigentes entre las Partes, del derecho interno de la Parte en cuyo territorio se realizó la inversión, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y de los principios generales del derecho internacional.”

Sin embargo, la demanda reconvencional fue desestimada en cuanto al fondo, por considerar que no había obligaciones aplicables en materia de derechos humanos que los demandantes hubieran incumplido.

Las disputas anteriores, no son únicamente un reflejo del cambio en el gobierno corporativo que se exige de las grandes empresas. De hecho, la geopolítica pudiera influir en gran medida sobre el estatus actual del arbitraje de inversión y su relación con disputas ESG. Sobre esto expuso Aníbal Sabater, quien comentó que la influencia y motivación detrás del proceso de renegociación del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (el “TLCAN”), pudieron influir en los procesos de transición de otros tratados. Entre ellos, el proceso de renegociación del Tratado de la Carta de la Energía (el “ECT”). Cronológicamente, el proceso que

---

<sup>1</sup> Traducción no oficial, realizada por el autor.

<sup>2</sup> *Urbaser S.A. y Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa c. la República de Argentina*, Caso CIADI No. ARB/07/26.

eventualmente llevó a los Estados de Norteamérica en consolidar el Tratado entre México, Estados Unidos y Canadá (el “T-MEC”), se ve reflejado hoy en día en las discusiones en torno al ECT. De hecho, una basta cantidad de disposiciones que resultaron modificadas del TLCAN al T-MEC, son hoy en día puntos controversiales para la renegociación del ECT. En específico, el alcance de la soberanía de los Estados sobre sus recursos llevó a la exclusión de ciertos estándares de protección en el T-MEC, como la expropiación indirecta y la violación al nivel mínimo de trato.<sup>3</sup>

### III. CONCLUSIÓN

A manera de cierre, Andres Nieto señaló algunas áreas de oportunidad para los arbitrajes ESG en el futuro. Entre estas, consideró que la obligación del consentimiento para arbitrar, pudiera no ser compatible con algunos factores sociales inherentes al ESG, así como la arbitrabilidad de disputas que conlleven serios componentes ambientales o de interés público. Por último, cerró haciendo referencia a la primera edición de la Taxonomía Sostenible publicada por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, apenas publicada en marzo del 2023. Esta Taxonomía consiste en un sistema que permite “*definir qué actividades económicas pueden ser consideradas sostenibles.*”<sup>4</sup>

De esta forma, concluyó el panel, haciendo hincapié en que estas nuevas regulaciones imponen una obligación sobre los juristas para fomentar el progreso del ESG y cerciorándose de su eficiente aplicación en el arbitraje.

---

<sup>3</sup> Decreto Promulgatorio del [...]Tratado entre los Estados Unidos Mexicanos, los Estados Unidos de América y Canadá, hecho en Buenos Aires, [...], disponible en: [dof.gob.mx/2020/SRE/T\\_MEC\\_290620.pdf](https://dof.gob.mx/2020/SRE/T_MEC_290620.pdf), art. transitorio único «el presente Decreto entrará en vigor el primero de julio de dos mil veinte», anexo 14-D, pie de página veintidós., 14.4-14.8 y anexo 14-D, art. 14.D.3.

<sup>4</sup> ‘Taxonomía Sostenible de México’. Primera Edición, Secretaría de Hacienda y Crédito Público. México, 2023, p. 7.

---

# IMPACTO DEL USO DE LA TECNOLOGÍA EN LOS PROCEDIMIENTOS ARBITRALES

---

*Mexico Arbitration Week*

*30 de mayo de 2023*

*Anna García Morineau Olvera\**

Durante el *Mexico Arbitration Week* se llevó a cabo un panel acerca del “*Impacto del uso de la tecnología en los procedimientos arbitrales*”. En este panel participaron Erick Clavel (Socio de Clavel Abogados y fundador de LawKit); Luis Omar Guerrero Rodríguez (Socio Director de Hogan Lovells México); Ana María Castro (Asociada en Galicia Abogados); Michael Fernandez (Socio de Rivero Mestre); Juan Francisco Vázquez Lavista (Socio de Baker McKenzie); y, Christian F. Zinser (Socio de Zinser Legal).

## I. INTRODUCCIÓN

El avance tecnológico ha revolucionado diversos aspectos de nuestras vidas. El ámbito legal no es la excepción. En cuestión de procedimientos arbitrales, tres grandes temas han cobrado relevancia en los últimos años: *blockchain*, inteligencia artificial (IA) y metaverso. Estas tecnologías están transformando la forma en que se llevan a cabo los procesos arbitrales y generando impacto tanto en los aspectos sustantivos como procesales.

En este reporte exploraremos brevemente cada una de estas tecnologías, analizaremos las disputas que pueden surgir en relación con ellas y discutiremos los temas procesales vinculados a su implementación en el ámbito arbitral.

---

\* Asociada en Hogan Lovells BSTL, S.C.

---

## II. BLOCKCHAIN Y SUS PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS

La tecnología *blockchain* se ha convertido en un elemento disruptivo en numerosas industrias, incluyendo el arbitraje. En su esencia, *blockchain* es un registro distribuido y descentralizado que permite el almacenamiento seguro de información. Funciona como un cuaderno compartido donde se registran las transacciones de manera transparente, permanente e inmutable.

En el ámbito arbitral, *blockchain* ha ganado reconocimiento como una herramienta confiable para el registro de evidencia y la autenticación de documentos. Por ejemplo, el nuevo Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares de México reconoce la tecnología *blockchain* como prueba plena y establece estándares para desvirtuar la información registrada en una cadena de bloques.

Dentro del contexto de *blockchain*, los *smart contracts* o contratos inteligentes han adquirido relevancia en los procedimientos arbitrales. Estos contratos programables permiten establecer condiciones que se ejecutan automáticamente cuando se cumplen ciertos requisitos. Por ejemplo, si una de las partes entrega determinado documento y cumple con la obligación pactada en el contrato inteligente, entonces, el contrato inteligente desencadena la liberación automática de fondos.

Los *smart contracts* agilizan los procesos y brindan mayor seguridad en el cumplimiento de las obligaciones contractuales. Su utilización en el arbitraje puede facilitar la ejecución de laudos y la resolución de disputas de manera más eficiente y transparente. La plataforma web *Kleros* fue creada para resolver controversias basadas en *smart contracts* en donde los laudos se ejecutan automáticamente gracias a la tecnología *blockchain*.

## III. LA IA Y SU UTILIDAD EN EL MUNDO LEGAL

La inteligencia artificial (IA) es otro campo tecnológico que está transformando la práctica legal. La IA tiene múltiples aplicaciones en el ámbito legal, incluyendo el

---

análisis de documentos, la generación de dictámenes periciales y la automatización de la resolución de disputas.

En cuanto al análisis de documentos, la IA ha revolucionado la forma en que se revisan y extraen información de grandes volúmenes de documentos. Herramientas como *Relativity*, *Brainspace* y *Everlaw* permiten agilizar el proceso de revisión y extracción de datos, ahorrando tiempo y recursos.

En el ámbito pericial, la IA puede ser utilizada para realizar cálculos complejos y analizar datos de manera más eficiente. Esto facilita y vuelve mucha más precisa la labor de los peritos y agiliza la presentación de pruebas en los procedimientos arbitrales.

Además, la IA ha posibilitado la automatización de la resolución de disputas a través de sistemas de resolución de disputas en línea. Estos sistemas permiten a las partes someter sus controversias a un algoritmo que aplica reglas predefinidas para llegar a una solución. Si bien esta forma de resolución de disputas aún está en desarrollo, se espera que en el futuro tenga un papel importante en el campo del arbitraje.

#### IV. EL METAVERSO Y SU IMPACTO EN EL ARBITRAJE

El metaverso es un concepto que se refiere a un espacio virtual donde los usuarios pueden interactuar entre sí y con el entorno digital mediante avatares. Es una especie de mundo virtual en el que las personas pueden trabajar, socializar, realizar transacciones y celebrar contratos.

En relación con el arbitraje, el metaverso plantea desafíos y oportunidades. Por un lado, surgen interrogantes sobre la jurisdicción aplicable, la ley que rige los contratos celebrados en este entorno y la ejecución de los laudos arbitrales en el mundo virtual. Por otro lado, el metaverso también puede brindar una plataforma eficiente y neutral para la resolución de disputas en línea, permitiendo a las partes acceder a procesos más rápidos y menos costosos.

## V. DISPUTAS Y ASPECTOS PROCESALES RELACIONADOS CON LA TECNOLOGÍA

La implementación de estas tecnologías no está exenta de desafíos y disputas potenciales. Algunos de los temas que podrían surgir en relación con estas tecnologías son la privacidad de los datos, la seguridad de la información almacenada en *blockchain*, la validez de los *smart contracts* y la responsabilidad por errores o fallos en los sistemas de IA.

Recientemente, ha causado mucho ruido la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen Normas Armonizadas en Materia de Inteligencia Artificial (“Ley De Inteligencia Artificial”). Se trata de una propuesta que tiene por objeto la regulación de la IA en su diseño, despliegue y uso. Actualmente sigue en discusión en el cuerpo legislativo europeo y su potencial aprobación marcará un antes y un después en la regulación de esta tecnología.

Desde el punto de vista procesal, es necesario considerar cómo se recolecta, presenta y valora la evidencia digital en los procedimientos arbitrales. También es importante determinar cómo se garantiza la confidencialidad de la información en un entorno digital y cómo se asegura que las partes tengan acceso igualitario a la tecnología utilizada durante el proceso.

## VI. CONCLUSIONES

El uso de la tecnología en los procedimientos arbitrales ha abierto nuevas posibilidades y desafíos en el campo de la resolución de disputas. *Blockchain*, inteligencia artificial y metaverso son tecnologías que están transformando la forma en que se llevan a cabo los arbitrajes, mejorando la eficiencia, la transparencia y la accesibilidad. Sin embargo, es importante tener en cuenta que la implementación de estas tecnologías requiere un análisis cuidadoso de los desafíos y riesgos asociados, así como de los aspectos procesales que deben adaptarse para garantizar un procedimiento seguro, justo y equitativo.

---

En última instancia, el uso de la tecnología en los procedimientos arbitrales puede ser un catalizador para la innovación y la mejora continua del sistema de resolución de disputas, siempre y cuando se aborden adecuadamente los desafíos y se garantice el respeto de los principios fundamentales del arbitraje, como la imparcialidad y la confidencialidad.

---

# FORO DE JÓVENES EN ARBITRAJE CAM/ CANACO: ¿CÓMO ENTRAR A LA PRÁCTICA ARBITRAL EN MÉXICO? DISTINTAS ALTERNATIVAS

---

*Mexico Arbitration Week*

*29 de mayo de 2023*

*Ana Sofía Mosqueda Gutiérrez\**

El Foro de Jóvenes en Arbitraje es una institución dedicada a promover la participación de las generaciones jóvenes en el campo del arbitraje. Con el objetivo de brindar orientación a los interesados en la práctica arbitral en México, dicha institución organizó un panel donde los expertos en arbitraje nacional e internacional Perla Salgado (Asociada en Greenberg Taurig), Verónica Esquivel (Socia en Sánchez Devanny) y Santiago Oñate (Asociado Senior en Galicia Abogados), compartieron sus conocimientos y experiencias.

Dentro de este foro los panelistas –guiados por las preguntas planteadas por la Moderadora– abordaron cinco grandes rubros que se enlistan a continuación:

## **I. ARBITRAJE Y SUS DIFERENCIAS CON UN PROCEDIMIENTO JUDICIAL**

Durante el panel, los ponentes proporcionaron la explicación sobre la naturaleza del arbitraje como método alternativo de resolución de disputas. Señalaron que, en el arbitraje, las partes involucradas deciden someter su controversia a un árbitro o a un panel de árbitros imparciales y neutrales, en lugar de acudir a los tribunales judiciales. Se enfatizó que hoy en día el arbitraje comercial es la forma mediante la cual la mayoría de las controversias comerciales internacionales se resuelven.

---

\* Asociada en Galicia Abogados y Coordinadora General del Foro de Jóvenes Árbitros en CAM / CANACO.

---

Asimismo, se enfatizaron las diferencias fundamentales entre un procedimiento arbitral y un proceso judicial en México. En primer lugar, la flexibilidad que caracteriza al arbitraje en contraste con las formalidades y reglas más rígidas de los procedimientos judiciales. En segundo lugar, se resaltó la especialización de los árbitros, quienes pueden ser seleccionados específicamente por su conocimiento y experiencia en el tema en disputa.

Además, se mencionó la confidencialidad que se disfruta en un procedimiento arbitral, lo cual contrasta con la naturaleza pública de los procedimientos judiciales. Por último, se hizo hincapié en la posibilidad de las partes de elegir la ley aplicable al caso en un arbitraje, lo cual brinda flexibilidad y adaptabilidad al proceso.

El panel ofreció a los participantes una visión clara de las diferencias clave entre el arbitraje y el litigio, lo que les permitirá tomar decisiones informadas y considerar el arbitraje como una opción viable en la resolución de disputas. Además, los expertos compartieron recomendaciones sobre cómo iniciar una carrera en arbitraje.

## II. PRIMERAS APROXIMACIONES EN EL MUNDO DEL ARBITRAJE

Si bien existen diversas formas en las que los jóvenes pueden iniciar su desarrollo en la práctica arbitral, como lo es a través de instituciones arbitrales,<sup>1</sup> como abogados de parte, como parte de una firma de peritos, o como secretarios de tribunales arbitrales, el panel se conformó por tres litigantes que enfrentaron procedimientos de arbitraje y se convirtieron en expertos en la materia. Los ponentes tuvieron sus primeros acercamientos al mundo del arbitraje a través de su práctica como litigantes o desde la sede judicial; en esencia, desde otras trincheras de la adjudicación.

---

<sup>1</sup> En México algunas de las instituciones arbitrales más reconocidas son el Centro de Arbitraje de México ("CAM"), la Cámara Nacional de Comercio de México ("CANACO"). Internacionalmente, existen diversas institucionales arbitrales como la Cámara de Comercio Internacional ("CCI"), London Court of International Arbitration ("LCIA"), Singapore International Arbitration Centre ("SIAC").

---

En México, el arbitraje comercial ha experimentado un crecimiento en los últimos años, lo que ha llevado a despachos jurídicos a fortalecer sus áreas de litigio y arbitraje, generando nuevas oportunidades para los jóvenes interesados en el arbitraje y promoviendo el uso de métodos alternativos de resolución de disputas.

Durante la plática, se discutieron las herramientas que son especialmente útiles para representar a clientes en procedimientos arbitrales. Se destacaron algunas de estas herramientas, como la capacidad de resolver conflictos de manera eficiente, el conocimiento de los tribunales mexicanos y sus procedimientos para la ejecución de laudos, y la habilidad para acudir a los tribunales judiciales en busca de medidas cautelares en apoyo a un procedimiento arbitral.

Estas herramientas son fundamentales para aquél que desee tener éxito en el ámbito arbitral, brindando un servicio integral a sus clientes. Además, se enfatizó la importancia de establecer una red de contactos para ampliar las oportunidades profesionales.

### III. ¿QUÉ HABILIDADES BUSCA EL MERCADO EN LOS JÓVENES?

El arbitraje comparte muchas similitudes con el sistema de *common law*, el cual no es muy familiar para universidades en México en términos de planes de estudio. Por lo tanto, es de gran importancia desarrollar habilidades que pueden resultar más naturales en otras jurisdicciones.

También, se resaltó la importancia del desarrollo de *soft skills*. Estas habilidades abarcan la capacidad de hablar en público, trabajar en equipo, dominar idiomas, actuar diligentemente, habilidades sociales y capacidad de redacción efectiva.

Existen diversas maneras de desarrollar estas habilidades, como participar en concursos, cursos especializados, incursionar en la redacción de artículos y libros, entre otras opciones. Estas oportunidades preparan a los abogados en la materia para estar capacitados para comenzar a desarrollarse en la práctica arbitral.

El enfoque en el desarrollo de *soft skills* es crucial, ya que complementa la formación jurídica tradicional y permite a los jóvenes profesionales destacarse en este ámbito. Además, se hizo hincapié en la importancia de mantenerse actualizado con las tendencias, lo cual se puede lograr participando en eventos y asociaciones relacionadas.

#### IV. ENTONCES, ¿CÓMO ALCANZAMOS EL ÉXITO?

Se destacaron diversos factores determinantes para establecer el éxito en el arbitraje:

1. Mentoría: Mencionaron la importancia de buscar a un mentor que pueda brindar guía en el desarrollo profesional. Esta figura de mentoría debe ser alguien con experiencia y conocimiento en el ámbito arbitral que pueda compartir sus conocimientos y orientar en el crecimiento profesional.
2. Proactividad: Ser proactivo es crucial en el campo del arbitraje. Se enfatizó la importancia de tomar la iniciativa, buscar oportunidades, participar en eventos y actividades relacionadas con el arbitraje.
3. Oportunidades y networking: Se señaló la importancia de ponerse en una posición para ser "suertudo", lo cual implica estar abierto a nuevas experiencias y oportunidades. Además, destacaron la importancia de rodearse de personas indicadas, como abogados y profesionales, construyendo una red de contactos sólida.
4. Elección de jefes: Se resaltó la relevancia de elegir a los jefes adecuados en la trayectoria profesional. Trabajar con abogados reconocidos brindará una experiencia valiosa y abrirá puertas para futuras oportunidades.
5. Bases jurídicas sólidas: Tener una sólida formación en materias jurídicas es fundamental para el éxito en el arbitraje. Los panelistas mencionaron la importancia de contar con conocimientos en áreas como derecho de obligaciones, contratos, bienes, procesal civil y mercantil.

---

En resumen, los panelistas destacaron la importancia de factores como encontrar un mentor, ser proactivo, buscar oportunidades y rodearse de personas indicadas en el campo del arbitraje. Estos elementos contribuyen al desarrollo y éxito profesional en la práctica arbitral.

## V. RETOS ACTUALES

Los panelistas destacaron algunos de los retos actuales en el campo del arbitraje, entre ellos la judicialización del arbitraje. Señalaron que cada vez más se observa que las partes involucradas en un procedimiento arbitral poco experimentadas intentan llevarlo a cabo como si fuera un procedimiento judicial, ignorando las diferencias y particularidades de cada uno.

En suma, los retos actuales en el arbitraje incluyen la judicialización del arbitraje por partes no experimentadas y la importancia de preservar las características propias del arbitraje. Para sobresalir en este campo, es fundamental desarrollar *soft skills* y contar con bases jurídicas sólidas. Estos aspectos son clave para afrontar los desafíos y destacar en la práctica arbitral.

## VI. CONCLUSIONES

En conclusión, el campo del arbitraje ofrece oportunidades emocionantes y enriquecedoras para los jóvenes interesados en desarrollar una carrera en esta área. Durante las discusiones en el Foro de Jóvenes en Arbitraje, se destacaron varios elementos esenciales para ingresar y destacar en la práctica arbitral.

En primer lugar, se enfatizó la importancia de buscar experiencias en instituciones arbitrales, despachos jurídicos o a través del apoyo a un árbitro. Estas oportunidades permiten obtener una visión práctica del arbitraje y establecer conexiones valiosas en la comunidad arbitral.

Para tener éxito en el arbitraje, se destacó la importancia de desarrollar *soft skills*, como la comunicación, el trabajo en equipo y la diligencia, así como contar con bases jurídicas sólidas.

---

Animamos a los jóvenes a explorar el campo del arbitraje, buscar mentoría, adquirir habilidades y conocimientos pertinentes, y participar activamente en la comunidad arbitral. El futuro del arbitraje depende del talento y la pasión de los jóvenes profesionales dispuestos a dejar su huella en este apasionante y desafiante campo.

# MÉXICO A 30 AÑOS DE LA ADOPCIÓN DE LA LEY MODELO DE LA CNUDMI

*Mexico Arbitration Week*  
*30 de mayo de 2023*

*Oziel López Garza\**

*Renata Del Carmen Duarte\*\**

Durante el primer panel del *México Arbitration Week* se abordaron los avances legislativos y jurisprudenciales que ha habido en México a partir de la adopción de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (“Ley Modelo”) en 1993 y los motivos que hacen a México una excelente sede arbitral.

Intervinieron en esta primera sesión el Magistrado Fernando Rangel Ramírez (Magistrado del Décimo Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito), la Dra. Gabriela Álvarez Ávila (Socia en DLA Piper), el Dr. Alejandro Ogarrío Ramírez España (Socio en Ogarrío Daguerre), el Dr. José María Abascal (Socio en Abascal Flores Segovia) y como moderadora la Dra. Citlali Pérez Rentería (Socia en Ontier, México).

## I. ¿CUÁL ERA EL PANORAMA DE LA PRÁCTICA DEL ARBITRAJE ENTRE LOS AÑOS 70’S Y 1993 EN MÉXICO?

Para iniciar conversación, se expuso el panorama de la práctica de arbitraje en México entre la década de los 70’s y 1993, entre la incorporación de México a la Convención de Nueva York y previo a la entrada en vigor de la Ley Modelo de la CNUDMI en nuestro país. Durante dicha etapa, el Estado era el único ente

---

\* Asociado en Sánchez Devanny y Coordinador Regional del Foro de Jóvenes en Arbitraje CAM / CANACO.

\*\* Asociada en Zepeda Estrada Abogados y Coordinadora Regional del Foro de Jóvenes en Arbitraje CAM / CANACO.

voluntad de las partes, era solucionado por el código de procedimientos local respectivo, lo cual generaba un “*riesgo de desastre*” procesal.

También se resaltó la adhesión de México a la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (“Convención de Nueva York”) en el año 1971.

Los expertos comentaron que la Ley Modelo “recoge de manera universal y uniforme, los principios fundamentales del arbitraje.” Se hizo hincapié en que la adopción en el año 1993 de la Ley Modelo para aplicarse al arbitraje comercial nacional e internacional “puso a México como un ejemplo en el mundo,” al haber sido el primer país en hacerlo, a pesar de la oposición que existía por ciertos Estados en dicho momento.

## II. ¿QUÉ VENTAJAS TRAERÍA LA INCORPORACIÓN DE LAS REFORMAS DE 2006 DE LEY MODELO A LA LEGISLACIÓN ARBITRAL MEXICANA?

Una de las ventajas que de incorporar las reformas de 2006 a la Ley Modelo en nuestra legislación arbitral sería la eliminación del requisito de forma escrita en el acuerdo de arbitraje al momento de demandar, ya que ello elimina una de las razones por las que pudiera anularse por falta de forma el acuerdo arbitral.

La eliminación del requisito de presentar el acuerdo de arbitraje junto con la demanda de reconocimiento y ejecución del laudo fue otra ventaja señalada, la cual fue una propuesta de México y que recibió apoyo unánime.

### A. *¿Cuáles son las ventajas de escoger a México como sede del arbitraje?*

En primer lugar, al ser México parte de la Convención de Nueva York, hace que sea más eficaz el reconocimiento y ejecución del laudo. En segundo lugar, se resaltó que debido a que México sigue la Ley Modelo de la CNDUMI, dicha legislación resulta moderna y amigable para el arbitraje. Finalmente, se expusieron algunas tesis en donde se demuestra el reconocimiento general del poder judicial como un método para solución de controversias.

## ***B. ¿El laudo arbitral condenatorio per se constituye un título ejecutivo?***

El Magistrado Fernando Rangel expuso el desarrollo del marco normativo y el rol de la judicatura con relación a la ejecución de un laudo arbitral, así como la posibilidad de adoptar medidas cautelares al solicitar la ejecución.

### ***1. Laudo arbitral como título ejecutivo***

Si bien el Código de Comercio sigue reconociendo al Laudo Arbitral como un título ejecutivo, no se contempla como documento que permita acceder a la vía ejecutiva mercantil judicial. Fuera de un desacierto o desamparo para la ejecución de un laudo arbitral, la *lex arbitri* ha evolucionado en beneficio del arbitraje.

El abrogar el incidente de homologación e incorporar el procedimiento sumario de reconocimiento y ejecución materializó la principal característica de un laudo arbitral: es la solución final y definitiva de la controversia que por regla general no puede modificarse. Este procedimiento no es propiamente un juicio en respeto a que el fondo de la controversia se resolvió en el arbitraje.

### ***2. Medidas cautelares***

No existe un impedimento para que la parte ejecutante solicite el dictado de medidas cautelares al momento de iniciar el procedimiento de reconocimiento y ejecución. Para ello, al no existir una regulación especial sobre las medidas cautelares en ese procedimiento, debe atenderse a los requisitos generales de las medidas cautelares.

El primero de los requisitos que es la *apariencia del buen derecho* podría partir de la existencia de un laudo que, además ser considerado un título ejecutivo, ya resolvió la controversia y es cosa juzgada para las partes al no ser la homologación un requisito para su ejecución. El segundo de ellos que es el peligro en la demora podría partir de la base que se solicita la ejecución del laudo sin que el ejecutado haya dado cumplimiento voluntario.

Finalmente surgió la discusión sobre la necesidad de que el ejecutante garantice la medida cautelar, donde a pesar de haberse abierto el foro con argumentos sobre la naturaleza del laudo arbitral, la conclusión apunta a que sí es necesaria la garantía conforme reglas generales de las medidas cautelares bajo legislación mexicana.

### III. ¿CUÁL ES EL FUTURO DEL ARBITRAJE?

El Dr. Alejandro Ogarrío comparó las buenas prácticas que se han utilizado desde la implementación de la Ley Modelo con los efectos que los avances tecnológicos tienen sobre la práctica moderna: la evolución en el “cómo” se conduce un arbitraje.

#### A. *Independencia e imparcialidad*

El deber de independencia e imparcialidad de los árbitros elevó el nivel de detalle al momento de estudiar un potencial conflicto de interés. Tradicionalmente las y los árbitros se conducen bajo la regla de “en caso de duda, revelar, revelar, revelar”, sin embargo, la inteligencia artificial ha facilitado a las partes el verificar la información revelada por los árbitros. Plataformas como *Jus Mundi Conflict Checker* permiten verificar cuál es la relación entre un árbitro, abogado de parte, experto o secretario administrativo de tribunal según el número de nombramientos que han tenido, el sentido de sus laudos, opiniones, artículos, entre otros.

#### B. *Plena oportunidad de presentar su caso*

Los abogados de parte tienen a su alcance herramientas para facilitar la exposición de su caso. Las funciones dentro de los procesadores de texto como referencias cruzadas e hipervínculos a otros documentos o anexos del expediente facilitan la comprensión del lector. Los abogados de parte deben aprovechar estas tecnologías no solo en beneficio del tribunal arbitral, sino además en beneficio de la presentación del caso para poder ejercer de forma completa esa plena oportunidad.

---

### *C. Conducción del procedimiento*

Se ha visto una favorable transición del intercambio de documentos y audiencias físicas al uso de medios digitales. Las instituciones arbitrales ponen a disposición para almacenamiento y consulta de documentos como ofrece el Centro de Arbitraje de México en conjunto con *Tirant Lo Blanch*.

## IV. CONCLUSIONES

A 30 años de la adopción de la Ley Modelo en el ordenamiento mexicano podemos concluir que se han madurado las instituciones jurídicas y principios del arbitraje superando los retos con holgado resultado. México se ha sostenido como sede de arbitraje internacional por la evolución de la *lex arbitri* desde la incorporación de México a la Convención de Nueva York hasta el reconocimiento a rango Constitucional de los mecanismos alternativos de solución de controversias, al uso y adaptación de buenas prácticas en la conducción del arbitraje y al compromiso de la judicatura por capacitarse en la materia.

---

# ¿LOS TRIBUNALES ARBITRALES PUEDEN DICTAR MEDIDAS ORDENANDO A LAS PARTES NO PRESENTAR DEMANDAS EN EL FORO JUDICIAL CUANDO EXISTE UN ACUERDO DE ARBITRAJE?

---

*Mexico Arbitration Week*  
*30 de mayo de 2023*

*Juan Pablo Véliz Escobar\**

## I. INTRODUCCIÓN

¿Es Billie Jean la mejor canción de Michael Jackson? ¿Es Guernica es mejor cuadro de Picasso? ¿Es *Superman* el superhéroe más fuerte? ¿Es Orgullo y Prejuicio la mejor obra de Jane Austen? ¿Es Serena Williams la mejor tenista de la historia? En el día a día nos encontramos preguntas, como las que anteceden, cuya respuesta es muy difícil de dar. Algunos dirán que sí, otros que no. No hay un consenso ni una respuesta correcta o equivocada. La mejor respuesta que yo podría dar es: depende.

El mundo jurídico no escapa a estas preguntas paradójica. El arbitraje, particularmente, es esa área del derecho que se desenvuelve en el mundo del “depende” por la gran cantidad de preguntas sin una respuesta cerrada. Y este reporte versa sobre un álgido debate en torno a una de esas preguntas que llevan a los abogados a responder, recurrentemente, depende.

Un tema que, por más tinta que se ha derramado para analizarlo, por más horas de acalorados debates que haya habido, es, simplemente, imposible terminar la discusión y dar una respuesta final.

---

\* Asociado en Aguilar Castillo Love, Guatemala.

Durante la *México Arbitration Week* se pudo presenciar una magna lid alrededor de las *anti-suit injunctions*. Y no se abordó desde la perspectiva tradicional: sobre si una de estas medidas es de obligatorio cumplimiento para un tribunal arbitral. En cambio, la discusión fue más compleja: la potestad de los tribunales arbitrales en decretarlas. Fue un acalorado debate protagonizado por Vicente Bañuelos y Paola Aldrete c. Roger Rubio y Gustavo de Silva, arbitrado por Luis Enrique Graham.

Ahora bien, que un debate parezca interminable, no implica que el mismo, necesariamente, sea bizantino. *Au contraire*, el debate debe mantenerse para actualizarse y acoplarse a la realidad. Por supuesto, no a base de ideas porfiadas, sino, de forma evolutiva, tal y como se desarrolló durante la última semana de mayo de 2023 en México.

Mucho se arguyó en torno a la capacidad de los tribunales arbitrales en decretar *anti-suit injunctions*. En este reporte, únicamente, se busca resumir las ideas principales y, nada de lo que aquí consta es una declaración oficial de los participantes o revela su postura. Es un ejercicio meramente conceptual donde se esboza la interpretación de aquella guerra de ideas, donde cualquier imprecisión es culpa de este autor.

Y, pudiera resumirse que, alrededor de tres temas fue que los panelistas generaron la discusión: (II) la jurisdicción del tribunal arbitral para dictar *anti-suit injunctions*; (III) los poderes del tribunal arbitral para dictar *anti-suit injunctions*; y, (IV) los elementos que un tribunal arbitral debería comprobar previo a dictar una *anti-suit injunction*. Temas que, inmediatamente se abordan de manera sucinta.

## II. JURISDICCIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL PARA DICTAR ANTI-SUIT INJUNCTIONS

No existe arbitraje sin acuerdo arbitral. Es la piedra angular sobre la cual descansa la jurisdicción que el tribunal arbitral tiene sobre la controversia. Si un asunto se excede de los alcances de dicho acuerdo de voluntades, debe considerarse que excede, también, de las facultades que tiene el tribunal arbitral para conocer la controversia.

---

De una forma más elocuente, “[e]s [el acuerdo arbitral] la semilla de la que florecerá la planta del procedimiento arbitral y que eventualmente dará como fruto un laudo arbitral. De desearse que la planta crezca sin problemas, el fruto sea adecuado y no presente problema alguno, será necesario cerciorarse que la semilla que le da origen sea apropiadamente sembrada.”<sup>1</sup>

El primer debate sobre el cual los expositores tornaron sus esfuerzos fue a discutir si, realmente, un tribunal arbitral ostenta jurisdicción, dado el acuerdo arbitral, para dictar las *anti-suit injunctions*.

De forma resumida, una postura sostenía que, en virtud del principio *kompetenz-kompetenz*, tiene plenas potestades para decidir sobre cualquier asunto que, conforme a su interpretación, afecte o tenga impacto sobre la controversia dentro de la cual el acuerdo arbitral le dotó de jurisdicción. En otras palabras, la semilla permite que el tronco crezca conforme los árbitros estimen que la semilla lo permitirá.

Por el otro lado, la contrapartida se refirió a que, si bien es cierto, que el tribunal arbitral tiene la competencia para decidir sobre su competencia, lo cierto es que está limitado a lo que estrictamente le permita el acuerdo arbitral. Y, si el acuerdo arbitral no le dota de dicha *potestas*, no puede excederse del alcance de este. Es decir, el tronco crecerá únicamente en la medida que la semilla establezca expresamente que podrá crecer. No más, no menos.

Argumentos fueron y vinieron sobre el punto en discordia, ¿cuál es el entendimiento que un tribunal arbitral debe tener sobre los alcances jurisdiccionales que le concede un acuerdo arbitral?

### III. PODERES DEL TRIBUNAL ARBITRAL PARA DICTAR ANTI-SUIT INJUNCTIONS

Como segundo punto de discusión, el debate avanzó sobre los poderes que un tribunal puede, o no, tener para dictar una medida cautelar. Sobre esto, las

---

<sup>1</sup> Francisco González de Cossío, Arbitraje, Editorial Porrúa, México, 2018, p. 193.

palabras de Lévy son más ilustradoras: “los árbitros no pueden decidir sobre una jurisdicción que no sea la suya: por lo tanto, el quid de la cuestión es la facultad de los árbitros para dictar Anti Suit Injunctions.”<sup>2</sup> Es decir, ¿puede un tribunal arbitral obligar a un tribunal judicial? O acaso ¿está obligando a la parte que pretende iniciar (o inició) acciones judiciales?

Sobre este punto, el meollo de discusión de los debatientes fue sobre a quién se dirige y obliga una *anti-suit injunction*. De nuevo, ejemplos sobre la necesidad de obligar a uno u otro sujeto y las implicaciones que esto puede tener desencadenó un poderoso: depende.

#### IV. ELEMENTOS QUE EL TRIBUNAL ARBITRAL DEBE COMPROBAR PREVIO A DICTAR

##### *ANTI-SUIT INJUNCTIONS*

El debate finalmente aterrizó sobre la premisa que, en caso sea posible que los tribunales arbitrales dicten *anti-suit injunctions*. Entonces, qué es lo que debía comprobar un tribunal arbitral para poder dictarlas y que las mismas fuesen válidas. Son tres tópicos, sobre los cuales el debate no fue necesariamente su validez, sino, la medida en que dichos extremos puedan ser probados.

##### *A. Funcionalidad de la medida*

La funcionalidad de la medida implica que, la *anti-suit injunction*, sea la medida idónea para salvaguardar el derecho de la parte que lo reclama. Es decir, que la parte solicitante acredite fehacientemente que es la única (o la mejor) manera de evitar que se ocasione un daño irreparable. Es imprescindible que la parte solicitante demuestre que no hay otra (mejor) alternativa, pues, de haberla, el tribunal arbitral deberá optar por rechazar la solicitud.

---

<sup>2</sup> Laurent Lévy, *Anti Suit Injunctions in International Arbitration – Anti Suit Injunctions Issued by Arbitrators*, Juris Publishing Inc, París, 2003, p. 120.

### *B. Periculum in mora*

Traducido del latín como peligro en mora, también es un extremo que el tribunal arbitral debe comprobar previo a otorgar una *anti-suit injunction*. Lo que implica este supuesto es la urgencia de la medida, es decir, que de no adoptarse, existe un riesgo inminente de afectarse un derecho o situación jurídica la cual será irreversible. Deberá justificarse frente al tribunal arbitral que, de no impedirse el ejercicio de acciones judiciales, la materia objeto del arbitraje será cercenada y que ningún laudo podrá repararlo.

### *C. Fumus bonis iuris*

O también conocido como la apariencia de buen derecho, es el requisito que implica que la parte solicitante debe acreditar que los indicios para suponer que hay un riesgo de llevarse a cabo la acción que desencadenaría el daño irreversible. No es una prueba dura y definitiva, necesariamente. Basta con que se conjeturen indicios suficientes para asumir que muy probablemente puede suscitar el desencadenante.

## V. CONCLUSIÓN

Billie Jean fue canción número uno por tres semanas en la lista *Billboard*. Se dice que a Picasso le pagaron 200,000 francos por el *Guernica*. Un comic relata que Superman cargó en su espalda por cinco días 6,000 trillones de toneladas (aproximadamente el peso de la tierra). Se calcula que se han vendido más de 20 millones de copias *Orgullo y Prejuicio* a través de más de 1,480 editoriales. Serena Williams suma 39 premios de *Grand Slam* en su carrera. Todos, fuertes argumentos para sostener sus respectivas premisas, sin embargo, no es suficiente para considerar que es una respuesta final.

De la misma manera, el pasado treinta de mayo durante la *México Arbitration Week* presenciamos un debate que, a pesar de todo, no nos permite, de nuevo, tener una respuesta final. Y es que sobre las *anti-suit injunctions*, mucho se ha dicho y escrito

---

y mucho se seguirá diciendo y escribiendo y ni así se terminará la discusión sobre las facultades del tribunal arbitral para decretarlas. Todos los factores que, como *supra* se indicó, determinan la posición favorable o no a su aplicación siempre tendrán un carácter subjetivo, circunstancial y contextual, cuanto menos.

Lo que sí puede decirse es que, en el pasado,<sup>3</sup> tribunales arbitrales sí han dictado *anti-suit injunctions* de manera excepcional. Lo que nos lleva a concluir que, las discusiones no son estrictamente teóricas y que, en la práctica, estas medidas se han otorgado de forma razonada.<sup>4</sup> Lo que abre más la puerta a discusión, llevando dichos casos sobre la mesa y analizándolos con ojos constructivos y generar más espacios como la *México Arbitration Week*, dedicados a temas trascendentes como el que aquí se pudo relatar.

---

<sup>3</sup> Esto no es algo novísimo, hace ya varias décadas se han dado con lugar solicitudes de *anti-suit injunctions*, como, por ejemplo: 1512, CCI, bajo las Reglas de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, Segundo Laudo Preliminar (14 de enero de 1970).

<sup>4</sup> Se reportó que, en el CAM Santiago de Chile, en 2019, un árbitro dictó una *anti-suit injunction*. Véase Rodrigo Guzmán Karadima *et al*, 'Las medidas anti-proceso (Anti-Suit Injunctions) en el arbitraje doméstico', Chile, 2019, p. 4. Disponible en: [https://www.camsantiago.cl/minisites/informativo-online/2019/JUL/docs/2019-06\\_MilinarskyLeightonGuzman.pdf](https://www.camsantiago.cl/minisites/informativo-online/2019/JUL/docs/2019-06_MilinarskyLeightonGuzman.pdf)

# ¿SE DEBERÍA CONSOLIDAR LA PROPUESTA EUROPEA ESTABLECER UNA CORTE PERMANENTE DE ARBITRAJE PARA RESOLVER DISPUTAS DE INVERSIÓN?

*Mexico Arbitration Week*

*1 de junio de 2023*

*Sara Contreras Medrano\**

El 1 de junio de 2023 la *Mexico Arbitration Week* cerró con broche de oro con el debate respecto de si se debiera consolidar la corte permanente de arbitraje en la arena del arbitraje de inversión. El panel del debate estuvo conformado por Rodrigo Macín (Von Wobeser y Sierra); Luis M. Jardón (Creel, García-Cuéllar, Aiza y Enríquez); Juliana de Valdenebro (Hogan Lovells) y Carlos Véjar (Holland & Knight). Herfried Wöss (Wöss & Partners) fungió como árbitro en el debate.<sup>1</sup>

## I. PREÁMBULO

Herfried Wöss señaló que la discusión de la creación de una corte multilateral de inversión se encuentra en el seno del debate del Grupo de Trabajo III (Reforma del Sistema de Solución de Controversias entre Inversionistas y Estados) de la CNUDMI. Una de las críticas al sistema actual es la falta de coherencia y consistencia en las decisiones de tribunales arbitrales; en este sentido, Herfried hizo referencia a dos casos mineros en donde un tribunal decidió aplicar el “*discounted cash-flow*” (“DFC”), mientras que en el otro caso no fue así, lo cual es evidente en las cantidades adjudicadas a los respectivos estados. En el caso *Bear Creek Mining Corporation c. República del Perú*, el tribunal arbitral rechazó el método de DFC condenando a Perú a pagar \$18.2 millones de dólares. Mientras que, en el

\* Asociada en Creel, García-Cuéllar, Aiza y Enríquez, S.C.

<sup>1</sup> Los panelistas defendieron la postura que les fue asignada. Las opiniones expresadas durante el debate no evidencian su punto de vista, ni el de sus respectivos lugares de trabajo.

caso *Tethyan Copper c. Pakistán* el tribunal arbitral otorgó al inversionista \$5.84 billones de dólares considerando el DFC.

Herfried también mencionó la propuesta de la Unión Europea en el seno del Grupo de Trabajo III de crear una corte de primera instancia y otra de apelación. Ahora bien, ya existe una práctica de tratados de una corte multilateral en materia de inversión, como lo son: (i) el Acuerdo Económico y Comercial Global de la UE y Canadá (“CETA”); (ii) Acuerdo de protección de las inversiones entre la UE y Vietnam; (iii) Acuerdo de protección de las inversiones entre la UE y Singapur y (iv) Acuerdo de comercial entre la UE y México. Finalmente, Herfried mencionó que Charles Brower ha advertido que los árbitros que conformen la corte multilateral podrían estar sujetos a sesgos políticos y que sería un desincentivo para los inversionistas y eventualmente repercutiría en el desarrollo de las inversiones a nivel mundial.

## II. POSTURA A FAVOR

Luis Jardón partió de la premisa de que una corte multilateral de inversión “es un proyecto que surge desde los Estados para los Estados.” Explicó que deriva de varias críticas al sistema actual de arbitraje tales como: la imparcialidad, la falta de estandarización de criterios sustantivos, costos y transparencia. La Unión Europea es quien llevó esta preocupación al plano multilateral en 2016, cuando comenzó a negociar el Tratado de Comercio con México. Ahora bien, Luis comenzó dando contexto a la discusión del descontento por parte de los Estados, partiendo del hecho de que en 2016 ya existían denuncias al Convenio CIADI por parte de Venezuela y Bolivia derivado de una ola de demandas contra estos Estados. Pero no solamente fue Latinoamérica, sino que igual en 2016 existió una gran ola de casos contra estados europeos. Luis mencionó el caso de *Ronald S. Lauder c. La República Checa*<sup>2</sup> y los casos a raíz del cambio de régimen tarifario en el sistema eléctrico en Europa.

---

<sup>2</sup> *Ronald S. Lauder c. la República Checa*, Caso *ad-hoc* bajo el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI.

Asimismo, mencionó los casos en contra de Chipre y Grecia que resultaron en sumas exorbitantes de daños, como igualmente sucedió en *Process and Industrial Developments Ltd. c. Nigeria*. Luis, para evidenciar el problema de sesgos en los árbitros,<sup>3</sup> señaló que el árbitro Stanimir Alexandrov, quien fue parte del tribunal arbitral en *Tethyan Copper*,<sup>4</sup> fue acusado en *Eiser Infrastructure Limited y Energía Solar Luxembourg c. el Reino de España*<sup>5</sup> de entrar en colusión con expertos valuadores de una de las partes, lo que podría terminar en la anulación del laudo. Así, al evaluar los pros y contras señaló que hay una coincidencia entre quien redacta los tratados y quienes los interpretan, por lo que si no se consolida esta propuesta, los Estados podrían “desenchufar” el sistema de solución de controversias inversionista-Estado.

Rodrigo Macín apuntó que el sistema de inversiones fue un cambio de paradigma donde ahora tenemos países tradicionalmente exportadores siendo sujetos en arbitrajes de inversión. Rodrigo explicó que de este sistema de solución de controversias existen, entre otros, los siguientes problemas: (i) falta de consistencia en resultados, explicando que en el arbitraje se da en varios niveles como puede ser desde la aplicación de estándares legales sustantivos (ej. el análisis para determinar si existe violación al Trato Justo y Equitativo), en la inconsistencia de hechos y la aplicación de distintos estándares al momento de la valuación de daños; (ii) falta de parcialidad; (iii) falta de transparencia en el sistema, en donde una corte que lleve procesos públicos podría ayudar a mitigar el problema.

Ahora bien, Rodrigo explicó los puntos a favor de consolidar una corte multilateral de arbitraje. Por un lado, el tener jueces permanentes eliminaría la inconsistencia de criterios y que además, estos jueces serían supervisados por una corte de apelación. Por otro lado, combatiría el problema de falta de diversidad,

---

<sup>3</sup> Lo que también responde al famoso *profiling* de árbitros pro-inversionista o pro-Estado.

<sup>4</sup> *Tethyan Copper Company Pty Limited c. República Islámica de Pakistán*, Caso CIADI No. ARB/12/1.

<sup>5</sup> *Eiser Infrastructure Limited and Energía Solar Luxembourg S.à r.l. c. Reino de España*, Caso CIADI No. ARB/13/36.

---

pues en 2018 de los nombramientos en arbitrajes CIADI 90% fueron hombres y varios de los árbitros no son especialistas en Derecho Internacional Público.

### III. POSTURA EN CONTRA

Juliana de Valdenebro comenzó señalando que el sistema creado por Estados para los Estados no cumple con el propósito inicial y tampoco resuelve problemas de costos, eficiencia y consistencia. Juliana criticó las premisas de que una corte multilateral pueda resolver el problema político, pues señaló que en el Grupo de Trabajo III de la CNUDMI son los mismos Estados quienes nominarán a los jueces permanentes. Para ejemplificar este punto, Juliana señaló el caso de la OMC, un órgano despolitizado, donde Estados Unidos bloqueó el nombramiento de jueces y hasta el momento sigue sin poder tomar una decisión al respecto. Juliana expuso que crear una corte permanente de árbitros cuyo nombramiento dependa únicamente de los Estados es politizar algo que en principio se buscaba despolitizar, lo cual señaló se puede encontrar desde los trabajos preparatorios del Convenio CIADI. Otra de las críticas que señaló Juliana fue el de costos y eficiencia, explicando que en la actualidad la OMC solamente lleva 10-15 anuales y tiene 7 jueces, por lo que para 2 casos existe 1 juez. En el caso de la CIJ, la cual lleva entre 10-15 casos anuales, el ratio es de 1 caso por 1 juez. Así, Juliana plantea la pregunta de si existe la posibilidad real de que una corte multilateral de arbitraje permanente pueda lidiar con 40-60 casos anuales. Ella considera que no. Asimismo, explicó que un tema relevante es el salario de los árbitros que conformarían la corte permanente, pues en el caso del CIADI un salario diario de un caso activo es de aproximadamente \$3,000 dólares diarios, por lo que ¿de dónde se obtendría el financiamiento para pagar a los miembros permanentes de la corte multilateral?

Carlos Véjar señaló que los esfuerzos a nivel tratado por parte de la Unión Europea, si bien han tenido avance, estos aún no entran en vigor. Carlos retomó la pregunta de si el establecimiento de una corte multilateral sería bueno para el

---

arbitraje de inversión desde una perspectiva sistémica, es decir, reconociendo que si la idea central es contar con un foro para que los inversionistas puedan demandar al gobierno a través de tratados donde los Estados dieron su consentimiento, ésta no es la única vía. Carlos también señaló lo que actualmente ha ocurrido con la OMC por la falta de consentimiento de Estados; específicamente Carlos retomó el ejemplo de casos de *antidumping* ante la OMC en donde le parece incongruente que Estados Unidos esté inconforme con el razonamiento de este órgano, pues finalmente la normativa en materia de *antidumping* de la OMC está inspirada en la legislación nacional creada por el propio Estados Unidos. Otro de los retos que Carlos señaló para la creación de la operación de una corte multilateral es respecto de ¿cómo crear la estandarización de protecciones sustantivas (ej. Trato Justo y Equitativo) que vienen establecidos de manera distinta en tratados entre distintos países? Carlos explicó que, respecto de la crítica existente de falta de especialistas en Derecho Internacional Público, el Artículo 42 del CIADI deja claro que el DIP no es el único derecho relevante, sino que también el derecho local. Finalmente, Carlos plantea la pregunta de si ¿realmente con la creación de una corte multilateral permanente de inversión se resuelve la problemática de indeterminación de estándares o eso se logra a través de la codificación, que podría quedar en los tratados?

#### IV. COMENTARIO FINAL

En suma, las intervenciones de los panelistas sobre el tema fueron bastante interesantes, por lo que será importante seguir las discusiones en el Grupo de Trabajo III, así como la futura implementación de este sistema a nivel práctica de tratados.



## I. LA IMPORTANCIA DE LA DIVERSIDAD Y LA INCLUSIÓN EN EL ARBITRAJE, Y LA SITUACIÓN ACTUAL

Karima Sauma destacó la importancia de la diversidad y la inclusión en el arbitraje internacional. Señaló que la representación de todas las personas en los tribunales arbitrales otorga legitimidad a sus decisiones y promueve la justicia. Además, hizo hincapié en que la diversidad no se limita solo a cuestiones de género, sino que también abarca aspectos como la etnia, la orientación sexual y la ubicación geográfica, entre otros.

Karima compartió estadísticas que revelan la falta de progreso en términos de diversidad en el arbitraje internacional. A pesar de que cada vez más mujeres estudian derecho, su presencia en posiciones de liderazgo y como árbitros sigue siendo limitada.

Por otro lado, Karima citó informes de los centros de arbitraje más importantes del mundo y estudios empíricos que muestran que las mujeres están subrepresentadas en los nombramientos arbitrales.

Asimismo, Karima destacó que la subrepresentación de grupos minoritarios, particularmente por razones geográficas ha planteado interrogantes sobre la legitimidad de los tribunales en casos de arbitraje de inversión.

## II. EL PAPEL DE LOS HOMBRES EN LA DIVERSIDAD E INCLUSIÓN

Carlos Martínez, abordó el papel de los hombres en la promoción de la diversidad e inclusión. Carlos enfatizó que los hombres deben comprometerse sinceramente con estos temas, más allá de cumplir con cuotas o por razones de imagen pública. Reconoció que los hombres tienen una posición dominante en la sociedad y deben tomar medidas para cambiar esa realidad.

Asimismo, Carlos subrayó la importancia de implementar políticas que fomenten la igualdad y equidad entre hombres y mujeres, y resaltó el valor de la mentoría como una herramienta para impulsar las carreras de las personas. También hizo

---

hincapié en la importancia de comprender las diferencias entre diversidad, inclusión, equidad y pertenencia, y cómo cada uno de estos conceptos influye en la creación de entornos más justos y equitativos.

Liza McPherson también compartió su perspectiva sobre el papel de los hombres en la diversidad e inclusión desde la óptica de las mujeres. Destacó la importancia de comenzar a abordar estos temas desde el hogar, cuestionando los roles tradicionales y promoviendo la igualdad de oportunidades. Como árbitro, señaló la importancia de atender a las estadísticas para crear más y mejores políticas para la representación equitativa en los tribunales arbitrales.

McPherson también hizo hincapié en la importancia de reconocer y valorar el trabajo de todas las personas, independientemente de su género o cualquier otra característica. Destacó que la inclusión debe extenderse a todos los grupos minoritarios y que es necesario generar conversaciones abiertas sobre la discriminación para eliminar los sesgos inconscientes.

### III. LA REALIDAD MEXICANA Y SUS DESAFÍOS EN DIVERSIDAD E INCLUSIÓN

Tras la pregunta sobre los matices distintos que la realidad mexicana presenta en términos de diversidad e inclusión, Carlos Martínez mencionó que México tiene una cultura tradicional y conservadora, donde los roles de género suelen ser más rígidos. Explicó que las políticas de diversidad se han enfocado principalmente en las mujeres, pero es necesario ampliar el enfoque y abordar otros aspectos de diversidad.

Carlos comparó la situación en México con la de otros países, como Brasil, donde la presencia de mujeres en despachos de abogados es más alta. Subrayó la importancia de reconocer la raíz de los problemas y trabajar hacia una mayor igualdad de oportunidades en todos los ámbitos.

#### IV. ESFUERZOS DE LAS INSTITUCIONES ARBITRALES Y ABOGADOS DE PARTE

Andrea Orta resaltó la necesidad de romper con los sesgos inconscientes y reconocer la diversidad en todas sus dimensiones. Desde la perspectiva de CANACO, mencionó las adaptaciones realizadas para personas con discapacidad y los esfuerzos para impulsar la inclusión en los nombramientos de árbitros.

Andrea destacó la importancia de los aliados en la promoción de la diversidad y mencionó que el techo de cristal se ha roto en México en cierta medida gracias al apoyo de hombres y mujeres aliados. También mencionó la importancia de abordar cuestiones de diversidad que no siempre se reflejan en las estadísticas, como la neurodivergencia.

#### V. TAREAS PENDIENTES Y CONCLUSIONES

La conferencia sobre diversidad e inclusión en el arbitraje internacional arrojó luces sobre la importancia de promover entornos más diversos y equitativos en este campo. Los panelistas destacaron que la diversidad no solo es una cuestión de justicia, sino que también conduce a mejores resultados y decisiones más legítimas.

Sin embargo, también reconocieron que aún hay mucho por hacer. Se necesitan políticas más inclusivas, ajustes razonables y un mayor enfoque en grupos minoritarios específicos. Es crucial generar una conversación continua sobre discriminación y sesgos inconscientes, y promover la igualdad de oportunidades para todas las personas, independientemente de sus características o identidad.

La diversidad y la inclusión son temas fundamentales en el arbitraje internacional y deben abordarse de manera integral en todas las instituciones, tribunales arbitrales y despachos de abogados. Solo a través de un compromiso genuino y acciones concretas se podrá lograr una representación más equitativa y una justicia más sólida en el ámbito del arbitraje internacional.



---

# AMICI CURIAE EN PROCEDIMIENTOS ARBITRALES

---

*Mexico Arbitration Week*  
*31 de mayo de 2023*

*Guillermo Madrigal Monroy\**

Durante el tercer día del *Mexico Arbitration Week*, tuvo lugar el cuarto panel: “*Amici curiae en procedimientos arbitrales*”. La mesa fue moderada por Luis Alberto King (Angkor Legal) y el panel estuvo conformado por abogados de la talla de Gloria Álvarez (University of Aberdeen), Carmine Pascuzzo (GST LLP), Edward Martín Regalado (Regalado & Galindo Abogados), Héctor Anaya (Creel, García-Cuéllar, Aiza y Enríquez) y Abel Chávez Salinas (Chávez Salinas Abogados).

## I. DEFINICIÓN DE *AMICUS CURIAE*

Para iniciar la discusión, Luis Alberto le preguntó al panel: ¿Qué es el *amicus curiae*? Al respecto, Héctor Anaya mencionó que la historia del *amicus curiae*, se remonta a la historia del derecho romano, a través de la figura de un consejero que brindaba asesoría al magistrado para la resolución de los casos. Asimismo, destacó la existencia de diferentes tipos de participación de los *amici*, la cual depende del lugar y sistema jurídico donde se desenvuelven. Por último, señaló que en México hasta hace poco no existía regulación de la figura,<sup>1</sup> no obstante, la existencia de una tesis<sup>2</sup> que ya la explicaba. De acuerdo con Héctor y, siguiendo el criterio de la

---

\* Asociado en Chávez Salinas Abogados.

<sup>1</sup> El recién publicado Código Nacional de Procedimientos Civiles y familiares prevé la participación de *amicus curiae*. Artículo 1180. La autoridad jurisdiccional nacional para mejor proveer podrá admitir o allegarse de informes técnicos de personas, instituciones y organismos ajenos al litigio y que ostenten reconocida competencia sobre la cuestión planteada por las partes; éstas tendrán el carácter de Amigos del Tribunal y su informe no implicará el pago de costas u honorarios. D.OF. Decreto por el que se expide el Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares. 07 de junio de 2023.

<sup>2</sup> Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 54, Mayo de 2018, Tomo III, p. 2412.

tesis, la figura del *amicus curiae* resulta relevante debido a que son aportaciones de terceros sin interés jurídico en un asunto que, por la relevancia del tema, tiene un componente social. Cuestión que resulta ampliamente explorada en los procedimientos de arbitraje inversionista-Estado por el tipo de disputas que se ventilan.

## II. CASOS MÁS RELEVANTES EN RELACIÓN CON LA FIGURA DEL *AMICUS CURIAE*

De acuerdo con Abel Chávez, los casos de *Methanex c. Estados Unidos de América*<sup>3</sup> y *UPS c. Canadá*<sup>4</sup> fueron en su momento los casos más importantes bajo Capítulo 11 del TLCAN<sup>5</sup> (ahora Capítulo 14 del T-MEC).<sup>6</sup> Lo anterior, al no existir disposiciones expresas que ayudaran a decidir sobre su admisión. Así, los tribunales que conocieron de dichos casos tuvieron que fijar los criterios para admitir la participación del *amicus* consistentes en: (i) si el *amici* asiste al tribunal en la determinación de un hecho o situación jurídica; (ii) si el *amici* provee una perspectiva, conocimiento o visión distinta del de las partes contendientes; (iii) si se refiere a cuestiones dentro de la disputa; y (iv) si tiene un interés significativo o interés público. Posteriormente, Abel nombró diversas disposiciones que recogerían estos criterios tales como la Declaración de la Comisión de Libre Comercio del TLCAN sobre la Participación de Partes No Contendientes,<sup>7</sup> las Reglas y Reglamentos del CIADI (2006)<sup>8</sup> y las últimas enmiendas a las Reglas y Reglamentos del CIADI<sup>9</sup> que entraron en vigor en 2022.

<sup>3</sup> *Methanex Corporation c. Estados Unidos de América*, Caso *ad-hoc* bajo el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI.

<sup>4</sup> *United Parcel Service of America Inc. c. Canadá*, Caso CIADI No. UNCT/02/1.

<sup>5</sup> Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), 2001.

<sup>6</sup> Tratado entre México, Estados Unidos y Canadá, 2018.

<sup>7</sup> Declaración de la Comisión de Libre Comercio del TLCAN sobre la Participación de Partes No Contendientes, 2003.

<sup>8</sup> Reglas de Arbitraje del CIADI, 2006.

<sup>9</sup> Reglas de Arbitraje del CIADI, 2022.

### III. SITUACIÓN ACTUAL DE LA FIGURA DE *AMICUS CURIAE* Y SUS CRITERIOS

Por su parte, Carmine Pascuzzo indicó que actualmente existen 69 solicitudes para participar como *amicus curiae* en casos fuera del TLCAN, lo que dejaba entrever una tendencia irreversible sobre la participación de los *amici* en este tipo de procedimientos. Asimismo, Carmine señaló que además de los casos señalados por Abel, casos como *Aguas del Tunari*<sup>10</sup> y *Vivendi*<sup>11</sup>/*Interaguas contra Argentina* forman parte de una primera generación, mientras que, en una segunda generación, se podrían ubicar casos como *Bear Creek contra Perú*,<sup>12</sup> *Eco Oro contra Colombia*<sup>13</sup> y *Philip Morris contra Uruguay*.<sup>14</sup> Además, apuntó que la importancia de los *amici* y criterios que se han tomado en cuenta para su participación se ha abordado desde dos aristas. El primero, al atacar la falta de legitimación y transparencia del sistema de solución de controversias inversionista-Estado, y el segundo, el rol que tienen los *amici* para brindar contexto y ayuda al tribunal para resolver manera comprensiva y eficiente de la disputa conforme a los criterios mencionados anteriormente.

### IV. ROL DEL *AMICUS CURIAE* DENTRO DE LOS TRIBUNALES NACIONALES

Sobre el tema Edward Regalado nos explicó que el *amicus curiae* en cortes nacionales podría tener un interés diferente. Además, remarcó que en el caso particular de México en los casos que ha enfrentado o se ha pronunciado sobre la interpretación del tratado, tradicionalmente se había opuesto a la participación de los *amici* bajo el TLCAN alegando que era una figura anglosajona. No obstante, Edward nos comentó que la Suprema Corte en México ha admitido la participación de los *amici curiae* considerando el Artículo 598 del Código Federal

<sup>10</sup> *Aguas del Tunari, S.A. c. República de Bolivia*, Caso CIADI No. ARB/02/3.

<sup>11</sup> *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A. c. República de Argentina*, Caso CIADI No. ARB/97/3.

<sup>12</sup> *Bear Creek Mining Corporation c. República de Perú*, Caso CIADI No. ARB/14/21.

<sup>13</sup> *Eco Oro Minerals Corp. c. República de Colombia*, Caso CIADI No. ARB/16/41.

<sup>14</sup> *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. y Abal Hermanos S.A. c. República Oriental de Uruguay*, Caso CIADI No. ARB/10/7.

de Procedimientos Civiles.<sup>15</sup> Indicó también que existen diversas disposiciones en la legislación nacional que podrían servir de apoyo para esta figura.<sup>16</sup>

## V. LIMITACIONES DE LA FIGURA

En su intervención, Gloria reflexionó sobre el uso eficiente de esta figura. Para Gloria, la intervención del *amicus curiae* debería ser solamente científica con el fin de brindar una asistencia real al tribunal, sobre todo en una época de transformación en el arbitraje internacional ante la aparición de nuevos conceptos que engloba la justicia social como: ESG, transparencia, cambio climático, transición energética, etc.

Al explicar su postura, Gloria utilizó diversos casos entre ellos Bear Creek contra Perú<sup>17</sup> del cual resaltó el hecho de que el *amicus* brindará al tribunal conceptos como el de “licencia social”, así como los casos de Glamis contra Estados Unidos<sup>18</sup> y Clayton contra Canadá<sup>19</sup> en los cuales existió interés de ciertas comunidades en participar por la defensa de valores culturales en juego. No obstante, en ambos casos los tribunales decidieron desechar sus participaciones. Además, Gloria resaltó la importancia del *amicus curiae* en materia de arbitraje comercial y los cambios que prevé en las disposiciones de las instituciones arbitrales más importantes.

En este sentido, Gloria concluyó que, además de los criterios mencionados por los otros panelistas, la participación de un *amicus curiae* debe tener un carácter

---

<sup>15</sup> Código Federal de Procedimientos Civiles. Artículo 598. Para mejor proveer, el juzgador podrá valerse de cualquier persona, documento o cosa, a petición de parte o de oficio, siempre que tengan relación inmediata con los hechos controvertidos. El juez deberá recibir todas aquellas manifestaciones o documentos, escritos u orales, de terceros ajenos al procedimiento que acudan ante él en calidad de *amicus curiae* o en cualquier otra, siempre que sean relevantes para resolver el asunto controvertido y que los terceros no se encuentren en conflicto de interés respecto de las partes.

<sup>16</sup> Artículo 1205 del Código de Comercio, Artículo 79 del Código Federal de Procedimientos Civiles y Artículo 278 del Código de Procedimientos Civiles de la Ciudad de México.

<sup>17</sup> *Bear Creek Mining Corporation c. República de Perú*, Caso CIADI No. ARB/14/21.

<sup>18</sup> *Glamis Gold, Ltd. c. Estados Unidos de América*, Caso *ad-hoc* bajo el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI.

<sup>19</sup> *Bilcon of Delaware et al c. Canadá*, Caso CPA No. 2009-04.

---

científico con interés social-económico y gratuito debido a la problemática que deviene de legitimidad del sistema de arbitraje internacional, por lo que la inclusión de este tipo de vocabulario y conceptos ayuda a su legitimización.

## VI. COMENTARIO FINAL

La discusión sostenida por el panel fue muy enriquecedora al exponer la evolución y desarrollo que ha tenido la figura de los *amici curiae* en legislaciones nacionales, cortes nacionales y en los procedimientos inversionista-Estado.

Como fue mencionado por el panel, si bien los *amici* comienzan a tener una marcada participación dentro del arbitraje inversionista-Estado habrá que distinguir entre amigos que querrán lo mejor para la solución de la disputa, de amigos que tengan intereses distintos según los criterios fijados por los tribunales para admitir su participación y la normativa disponible. Además, los tribunales se enfrentarán al reto de valorar la existencia y adopción de nuevos conceptos como “licencia social”, “patrimonio cultural”, “área de interés cultural” para decidir sobre la admisión de un *amicus curiae*.

Por el momento, solo queda mantenernos al pendiente sobre la evolución de este tema y tal vez en la próxima edición del *Mexico Arbitration Week* poder resolver algunas preguntas como ¿podría algún organismo judicial internacional como la Corte Interamericana de Derechos Humanos intervenir como *amicus curiae* en un procedimiento inversionista-Estado? ¿Conoceremos de la participación de un *amicus curiae* en arbitraje comercial? ¿Cuál será la interpretación y destino que se le dará a la nueva regla 67(2) de las nuevas Reglas y Reglamentos de Arbitraje del CIADI y del Artículo 14.D.7(3) del T-MEC?

---

# ARBITRAJE Y JUDICATURA (CONVERSACIÓN CON UN MINISTRO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN)

---

*Mexico Arbitration Week  
31 de mayo de 2023*

*Ana Sofía Vargas Hernández\**

*Eduardo Lobatón Guzmán\*\**

Este reporte se centra en el primer *Fireside Chat* titulado “Arbitraje y Judicatura”, que tuvo lugar durante la primera edición de *Mexico Arbitration Week*. La Dra. Margarita Beatriz Luna Ramos, Ministra en Retiro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), fue entrevistada por Eduardo Lobatón Guzmán (Asociado, Hogan Lovells) y Frida Altamirano Jiménez (Secretaria General del CAM).

Eduardo Lobatón comenzó presentando la idea de que un buen arbitraje requiere de tres elementos: (a) una buena cláusula arbitral, (b) un buen tribunal arbitral, y (c) una buena judicatura. Estos elementos sentaron las bases para iniciar una conversación sobre la perspectiva del Poder Judicial mexicano respecto de los métodos alternativos de solución de controversias (MASC). La Dra. Luna Ramos argumentó que, debido a las tradiciones del sistema jurídico mexicano, el país fue relativamente lento en adoptar los MASC distintos a la negociación y los convenios de transacción.

---

\* Miembro de la Secretaría General del CAM

\*\* Asociado en Hogan Lovells.

## I. LA TRANSFORMACIÓN PROVOCADA POR LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 2008

Un punto de inflexión ocurrió en 2008 con la reforma constitucional que reconoció los MASC a nivel constitucional. El reconocimiento de los MASC en el artículo 17 de la Constitución mexicana impulsó su aceptación y uso en México.

La Dra. Luna destacó que no existe divorcio entre el Poder Judicial y los MASC. Estos últimos no sólo han demostrado ser eficaces, sino que también alivian la carga de trabajo excesiva de los tribunales nacionales. Además, resaltó la importancia de que los profesionales dedicados a los MASC demuestren la eficacia y conveniencia de estos métodos para ciertas disputas.

En cuanto al cambio en la percepción del arbitraje por parte del Poder Judicial después de la reforma constitucional, la Ministra en retiro señaló que inicialmente existía aprensión entre los jueces, que veían los MASC como un medio para eludir al Poder Judicial. Sin embargo, con el tiempo, los jueces en México han mostrado un mayor interés en los MASC, especialmente el arbitraje. La Dra. Luna atribuyó este creciente interés a factores como el TLCAN, que atrajo la atención sobre el arbitraje, y la reforma constitucional de 2008, que reforzó aún más este interés.

## II. ¿CUÁL ES EL PAPEL DE LA JUDICATURA CUANDO ACTÚA EN AUXILIO DEL ARBITRAJE?

A continuación, se abordó el papel que debe tener la judicatura al actuar en auxilio del arbitraje. La Dra. Luna hizo hincapié en una distinción fundamental entre los tribunales judiciales y los arbitrales: el tribunal arbitral deriva su competencia de la autonomía de la voluntad de las partes, mientras que el Poder Judicial tiene una naturaleza jurídica diferente. La Dra. Luna expresó su entendimiento del arbitraje bajo la teoría “contractual”, en oposición a la teoría “jurisdiccional”. De acuerdo con la Dra. Luna, la función del poder judicial es garantizar la eficacia del procedimiento arbitral en caso de incumplimiento de una de las partes con su pacto de arbitrar.

Reflexionando sobre la evolución en la comprensión del arbitraje por parte del Poder Judicial mexicano, la Dra. Luna reconoció que en el pasado hubo cierta confusión en cuanto a la naturaleza jurídica del arbitraje. Sin embargo, señaló que el Poder Judicial ha sentado precedentes positivos que posicionan a México como una jurisdicción arbitral avanzada.

Como ejemplo, mencionó el caso *Infored c. Grupo Radio Centro*,<sup>1</sup> que tuvo una larga y compleja historia procesal. Este caso atrajo mucha atención, lo que provocó que algunos se refieran a él como el “Quijote Mexicano”.<sup>2</sup> La Dra. Luna explicó cómo las decisiones de los tribunales inferiores mostraron inicialmente una falta de comprensión del arbitraje. Por ejemplo, un juzgado local de Ciudad de México anuló inicialmente el laudo porque los árbitros no eran expertos en asuntos de radio, a pesar de que el acuerdo de arbitraje no contenía tal requisito. La Dra. Luna también explicó que la decisión de anulación fue impugnada a través de un juicio de amparo indirecto, lo cual, en su opinión, es una caracterización errónea de la naturaleza del arbitraje.

No obstante, el caso concluyó favorablemente para el arbitraje. El laudo fue reconocido como válido y la SCJN emitió una resolución en la que describe la visión del Poder Judicial sobre el arbitraje.<sup>3</sup> La explicación de la SCJN demostró su visión favorable y su apoyo al arbitraje.

### III. JURISPRUDENCIA MEXICANA SOBRE ARBITRAJE

Posteriormente, se recapitularon varias decisiones históricas del Poder Judicial mexicano que han dado forma a la comprensión del arbitraje en el país.

---

<sup>1</sup> *Amparo en Revisión 2160/2009*, Primera Sala, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 8 de septiembre de 2010.

<sup>2</sup> Francisco González de Cossío, ‘El Caso Infored v. Grupo Radio Centro: El Quijote Mexicano’, *Spanish Arbitration Review* No. 12, España, 2011.

<sup>3</sup> *Amparo en Revisión 2160/2009*, Primera Sala, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 8 de septiembre de 2010, pp. 35-38.

La Dra. Luna comenzó discutiendo el *Amparo Directo 71/2014*,<sup>4</sup> una decisión histórica en la que la Suprema Corte sentó por primera vez las bases de lo que constituye el “orden público” como causal para anular o denegar el reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral bajo derecho mexicano. La SCJN sostuvo que el “orden público” es un concepto jurídico indeterminado y abstracto, y corresponde a los jueces y tribunales determinar su contenido caso por caso, dependiendo del momento y lugar en que se tome la determinación. El orden público, por lo tanto, es un concepto jurídico en constante movimiento y evolución. No obstante, la SCJN continuó explicando que, a pesar de su naturaleza cambiante, existe un núcleo duro en el orden público, compuesto por la esencia de las instituciones jurídicas fundamentales, sustantivas y procesales, ya que ambas son los elementos subyacentes y unificadores del marco jurídico mexicano.

Además de analizar el concepto de “orden público”, la Ministra en retiro destacó que el caso fue relevante para resolver que el Poder Judicial no puede ni debe volver a examinar el fondo del asunto en la fase de anulación. El fondo de la decisión arbitral no está sujeto a revisión judicial, y la apreciación y valoración de las pruebas quedan a discreción del tribunal arbitral. Los autores hacen notar que este principio fue confirmado recientemente por la SCJN en el *Amparo Directo en Revisión 7790/2019*.<sup>5</sup>

La Dra. Luna mencionó otro precedente significativo relacionado con la autenticación de laudos. El artículo 1461 del Código de Comercio establece que la parte que pida la ejecución de un laudo debe presentar el original del laudo “debidamente autenticado”. La constitucionalidad de esta disposición fue discutida en el *Amparo Directo en Revisión 7856/2019*. Tras decisiones contradictorias de tribunales inferiores sobre el significado de “autenticación”, la

---

<sup>4</sup> *Amparo Directo 71/2014*, Primera Sala, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 18 de mayo de 2016.

<sup>5</sup> *Amparo Directo en Revisión*, Primera Sala, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 5 de agosto de 2020.

---

SCJN resolvió que el requisito de autenticación era desproporcionado, innecesario y, por tanto, inconstitucional.<sup>6</sup>

La Dra. Luna Ramos concluyó enfatizando que, si bien el acuerdo de arbitraje es un contrato y una norma entre las partes, el arbitraje depende del Poder Judicial para asegurar su efectividad. Destacó la importancia de que el Poder Judicial mexicano comprenda cuándo puede intervenir para apoyar el arbitraje. Según la Ministra en retiro, el Poder Judicial mexicano ha desempeñado un papel crucial en el establecimiento de México como un importante centro para el arbitraje, impulsando el crecimiento de los MASC en el país.

#### IV. CONCLUSIÓN

En general, la discusión mostró el progreso de México como una jurisdicción arbitral avanzada, con el Poder Judicial desempeñando un papel crucial en el establecimiento del país como una importante sede de arbitraje. La visión favorable del Poder Judicial mexicano hacia el arbitraje, junto con una serie de decisiones históricas, ha contribuido al crecimiento de los MASC y ha fortalecido la posición de México en el panorama del arbitraje internacional.

---

<sup>6</sup> *Amparo Directo en Revisión 7856/2019*, Primera Sala, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 14 de octubre de 2020.

REVISTA  
JURÍDICA  
DEL CENTRO DE ARBITRAJE DE MÉXICO

---

Arbitraje Internacional desde la  
Perspectiva Iberoamericana

---

CAM CENTRO  
DE ARBITRAJE  
DE MÉXICO