

41
2ej



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

EL ARBITRAJE COMO MEDIO DE RESOLUCION DE CONTROVERSIAS ENTRE LAS INSTITUCIONES BANCARIAS Y SUS DEUDORES



T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADA EN DERECHO
P R E S E N T A
CECILIA GUADALUPE AZAR MANZUR

MEXICO, D. F.

1996



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

**"Si usted le debe 100 libras al banco,
tiene un problema;
pero si le debe 1 millón,
es el banco quien tiene el problema."**

John Maynard Keynes

A mis padres, a Carlos y a Paco.

**A la memoria del Lic. Salvador Neme Castillo,
con todo mi respeto y cariño.**

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	i
Abreviaturas utilizadas	vi
PRIMERA PARTE: <u>El arbitraje como medio alternativo de resolución de controversias.</u>	7
CAPÍTULO I. Los mecanismos de resolución de controversias.	9
A. Las partes resuelven el conflicto.	9
1. Sin la intervención de un tercero.	9
2. Con la intervención de un tercero que recomienda.	11
a. La mediación.	11
b. La conciliación.	13
B. Un tercero resuelve el conflicto.	16
1. Procedimiento judicial.	16
2. Procedimiento arbitral.	17
a. Concepto.	18
b. Clases.	20
i. Arbitraje de derecho y arbitraje de equidad.	21
ii. Arbitraje nacional y arbitraje internacional.	22
iii. Arbitraje ad-hoc y arbitraje institucional.	24
c. Ventajas.	26
CAPÍTULO II. El arbitraje en México.	29
A. Aspectos generales.	29
1. Antecedentes.	29
2. Fundamentos jurídicos en México.	32
a. Legislación interna.	32
b. Convenciones internacionales.	35
B. El acuerdo arbitral.	36
1. Concepto.	37
2. Clasificación.	38
a. De acuerdo a la forma.	38
b. De acuerdo al momento en que surge la controversia.	39

c. De acuerdo a la categoría de cláusula arbitral.	39
d. De acuerdo a la existencia o inexistencia de una sentencia judicial previa.	40
e. De acuerdo a la fuente que da origen al litigio.	40
3. Elementos.	41
a. Elementos de existencia.	41
i. El consentimiento.	41
ii. El objeto.	42
b. Elementos de validez.	43
i. La capacidad de las partes.	44
ii. Ausencia de vicios de la voluntad.	45
iii. Objeto, motivo o fin lícito.	46
iv. La forma.	46
4. Contenido.	48
a. Aspectos generales.	48
b. La redacción de un acuerdo arbitral o una cláusula compromisoria.	49
c. Elementos del acuerdo arbitral o de la cláusula compromisoria.	51
i. Arbitraje ad-hoc o arbitraje institucional.	51
ii. Campo de aplicación.	53
iii. Lugar del arbitraje.	54
iv. Composición del tribunal arbitral.	54
v. Costas del arbitraje.	55
vi. Renuncia a toda posibilidad de recurso contra laudo.	55
vii. Derecho aplicable.	56
viii. Idioma del arbitraje.	57
C. El árbitro.	58
1. Su capacidad.	58
2. Su designación.	60
3. Su imparcialidad e independencia.	60
D. La relación entre el árbitro y las partes.	61
E. El tribunal arbitral.	63
1. Legislación aplicable.	63
2. Clases de tribunales arbitrales.	64
a. De acuerdo al órgano que lo integró.	64
b. De acuerdo al número de árbitros.	65
c. De acuerdo al tipo de litigio.	65
d. De acuerdo al tipo de arbitraje.	65
3. Proceso de constitución del tribunal.	66
4. Aspectos sobre competencia.	67

F. Auxilio de la autoridad estatal al arbitraje.	68
SEGUNDA PARTE: <u>El conflicto bancario.</u>	72
CAPÍTULO III. Las relaciones jurídicas entre acreedores bancarios y sus deudores.	73
A. Tipos de operaciones y servicios bancarios.	73
1. Operaciones de captación.	74
2. Operaciones de colocación (crédito).	75
a. Los préstamos quirografarios.	77
b. Los créditos para el fomento o desarrollo.	77
c. Los créditos con garantía específica.	78
d. El crédito en cuenta corriente.	79
3. Los servicios.	80
B. Los conflictos.	81
1. El juicio ejecutivo mercantil.	81
a. Aspectos generales.	81
b. Regulación en el Código de Comercio y su tramitación.	86
2. Juicio especial hipotecario.	90
a. Aspectos generales.	90
b. Regulación en el Código de Procedimientos Civiles y su tramitación.	91
CAPÍTULO IV. El problema bancario-financiero en México a partir de 1995.	95
A. Origen y evolución.	95
1. De la nacionalización a la privatización de la banca.	95
2. Auge del crédito fácil.	97
a. La recuperación del préstamo al gobierno mexicano.	97
b. La apertura comercial.	98
3. La crisis.	99
B. La cartera vencida.	100
1. El crédito hipotecario.	101
2. El crédito empresarial.	101
3. El crédito al consumo.	102

C. Las medidas que se han tomado.	102
1. De la puerta de los bancos hacia adentro.	102
2. De la puerta de los bancos hacia a fuera.	103
D. La opinión de las partes.	104
1. Objetivo de la investigación.	104
2. Proceso de elección del método de investigación.	105
3. Datos generales sobre la investigación.	108
a. Fechas de realización.	108
b. Los sujetos entrevistados.	108
c. Medios utilizados.	109
4. Resultado de la investigación.	109
a. El punto de vista de la institución de crédito.	109
i. Duración de los juicios.	109
ii. Probabilidades de acuerdo previo.	110
iii. Factores de alteración de la duración de los juicios.	111
iv. Diferencia entre tribunales.	112
v. Lapso de tiempo entre la sentencia y la adjudicación o el remate del bien.	112
vi. Porcentaje del crédito recuperado por el banco.	113
vii. Costo de los servicios de un abogado externo para el banco.	114
viii. Posibilidad de perder casos para los bancos.	114
b. El punto de vista de la parte deudora.	115
i. Duración de los juicios.	115
ii. Factores de alteración de la duración de los juicios.	115
iii. Posibilidad de perder casos para los bancos.	116
iv. Probabilidades de acuerdo previo.	116
v. Expectativas de los abogados defensores.	117
vi. Criterio del abogado defensor para cobrar sus honorarios.	117
5. Conclusiones.	117
<u>TERCERA PARTE: Aplicación del arbitraje como medio de resolución de los conflictos bancarios: Una propuesta.</u>	119
CAPÍTULO V. Aplicación del arbitraje como medio de resolución de los conflictos bancarios.	120
A. El arbitraje en materia bancaria.	120
1. "Arbitrabilidad" de la materia bancaria.	120
2. Las ventajas del compromiso arbitral en materia bancaria.	122
a. Ventajas para el banco.	123

b. Ventajas para el deudor.	124
B. Aplicación del arbitraje.	125
1. La cláusula arbitral.	126
a. Arbitraje ad-hoc o arbitraje institucional.	127
b. Campo de aplicación.	128
c. Lugar del arbitraje.	128
d. Composición del tribunal arbitral.	128
e. Costas del arbitraje.	129
f. Renuncia a toda posibilidad de recurso contra laudo.	129
g. Derecho aplicable.	129
h. Idioma del arbitraje.	129
2. La Institución Nacional de Arbitraje Bancario.	130
a. Estatutos de la Institución.	130
i. Atribuciones.	131
ii. Organos.	131
iii. Deliberaciones y <i>quorum</i> .	134
b. Reglamento interior de la Institución.	134
i. Objeto.	134
ii. Autonomía.	135
iii. Confidencialidad.	135
iv. Areas de competencia.	135
v. Control de calidad de los árbitros y de los laudos que se emitan.	135
vi. Financiamiento.	135
c. Reglamento de arbitraje.	135
i. Integración del tribunal arbitral.	136
ii. La demanda de arbitraje.	138
iii. La contestación.	139
iv. La competencia del tribunal arbitral.	139
v. Provisión para gastos del arbitraje.	139
vi. Entrega del expediente al tribunal arbitral.	140
vii. Lugar, idioma y derecho aplicable al arbitraje.	140
viii. Medidas cautelares provisionales.	141
ix. Misión del árbitro.	141
x. Instrucción de la causa, audiencias y pruebas.	141
xi. Decisiones y laudos arbitrales.	143
xii. Costas del arbitraje.	144
d. Arancel.	145
i. Arancel para gastos administrativos.	145
ii. Aranceles para honorarios de un árbitro.	146

CONCLUSIONES.

BIBLIOGRAFÍA

ANEXOS.

Anexo 1: Datos generales de las personas entrevistadas.

Anexo 2: Cuestionarios aplicados a las personas entrevistadas.

Anexo 3: Contratos bancarios.

Índice de cuadros

Cuadro #1: Mediación y conciliación.	16
Cuadro #2: Clasificación del convenio arbitral de acuerdo a la forma.	39
Cuadro #3: Clasificación del convenio arbitral de acuerdo al momento en que surge la controversia.	39
Cuadro #4: Clasificación del convenio arbitral de acuerdo a la categoría de cláusula.	39
Cuadro #5: Clasificación del convenio arbitral de acuerdo a la existencia o inexistencia de una sentencia judicial previa.	40
Cuadro #6: Vicios del consentimiento.	45
Cuadro #7: Clasificación del tribunal arbitral de acuerdo al órgano que lo integró.	65
Cuadro #8: Clasificación del tribunal arbitral de acuerdo al número de árbitros.	65
Cuadro #9: Clasificación del tribunal arbitral de acuerdo al tipo de litigio.	65
Cuadro #10: Clasificación del tribunal arbitral de acuerdo al tipo de arbitraje.	66
Cuadro #11: Etapas del juicio ejecutivo mercantil y del juicio especial hipotecario.	94
Cuadro #12: Leyes que contemplan un mecanismo alternativo de solución de controversias.	121
Cuadro #13: Arancel para gastos administrativos del procedimiento arbitral	146
Cuadro #14: Arancel para honorarios de un árbitro.	146

INTRODUCCIÓN

La devaluación de la moneda mexicana en diciembre de 1994, dio lugar a la crisis más grande y de mayores consecuencias en la historia de nuestro país. A partir de ese momento, comenzó una etapa de desequilibrio e incertidumbre en la economía mexicana, cuyas repercusiones afectaron tanto al ámbito político como social.

Los problemas que sufrió el sistema bancario y financiero fueron una de las principales manifestaciones de la situación que se vivía y que, podríamos decir, aún no se resuelve. A raíz de las fluctuaciones en las tasas de interés, los particulares se enfrentaron a la imposibilidad de pagar las deudas que habían contraído con los bancos. Esto último, aunado a las consecuencias de una época previa en la que se había facilitado el otorgamiento de créditos, provocó un crecimiento desmedido de la cartera vencida, en todas las instituciones bancarias.

Para intentar solucionar el problema, se han aplicado diversas medidas de control, dentro de las cuales podemos mencionar a las "forzadas" reestructuraciones y a la creación de nuevas figuras financieras como las Unidades de Inversión (UDI's). Sin embargo, la situación nos muestra que estas alternativas han sido insuficientes, ya que no se ha logrado encontrar una forma de evitar que el gran número de casos llegue a los tribunales judiciales. Actualmente, la cantidad de juicios ejecutivos mercantiles y especial hipotecarios ha aumentado de manera considerable, convirtiéndose en procedimientos largos y costosos, contrariamente a lo que su propia naturaleza y regulación indican.

Ante la situación que se vive actualmente en el aparato judicial mexicano, es conveniente analizar la posible aplicación de medios alternativos de solución de controversias para dirimir aquéllas que han surgido entre las instituciones bancarias y sus deudores. Por ello, el objetivo del presente trabajo es proponer el

recurso al arbitraje como un mecanismo de resolución de estos conflictos, mediante el establecimiento de una Institución Nacional de Arbitraje Bancario, encargada de administrar los procedimientos, así como proponer una cláusula compromisoria que se incluya en los contratos bancarios y redactar un reglamento que establezca las normas a seguir.

Como hipótesis, partimos de la idea, en primer lugar, de que los mecanismos judiciales de solución de conflictos son insuficientes para responder a la demanda actual, y en segundo, de que existen otras vías que pueden ofrecer ventajas para las partes. El arbitraje podría resultar una vía más efectiva para la materia bancaria.

El presente trabajo se divide en tres secciones. La primera introduce el tema del arbitraje, como medio alternativo de resolución de controversias. La segunda trata de manera general el conflicto bancario originado por la devaluación del mes de diciembre de 1994. Por último, en la tercera se propone aplicar el arbitraje a la solución de las controversias entre las instituciones bancarias y sus deudores.

El estudio sobre el arbitraje abarca dos capítulos. El primero consiste en dar un panorama general de los diversos mecanismos de resolución de controversias, contemplando el caso en que las partes encuentran la solución al conflicto o bien, al no ser esto posible, se acude a la intervención de un tercero encargado de resolverlo. El segundo capítulo trata el caso particular del arbitraje en México, haciendo referencia a sus aspectos generales, al acuerdo arbitral como acto jurídico, al estudio del tribunal arbitral y su relación con las partes y, finalmente, al auxilio de la autoridad estatal a dicho mecanismo.

La segunda parte consta igualmente de dos capítulos. El primero habla de las diferentes relaciones jurídicas entre los acreedores bancarios y sus deudores y de los conflictos que, a raíz de ellas, se originan. El segundo capítulo expone las principales características del conflicto bancario-financiero que se vive en México,

a través de una revisión sobre sus orígenes, sus características, las medidas que se han tomado para controlarlo y la opinión de las partes directamente afectadas.

Finalmente, la última parte consta de un sólo capítulo, en el cual, se desarrolla la propuesta de esta tesis. Para ello, se analizó, en primer lugar, la "arbitrabilidad" de la materia bancaria y las ventajas que esto ofrecería. La realización de dicho proyecto se haría a través de cuatro puntos: 1. la redacción de una cláusula compromisoria que haga referencia a un procedimiento institucional y que deberá ser incluida en los contratos bancarios; 2. el establecimiento de una Institución debidamente organizada para administrar los procedimientos; 3. la elaboración de un reglamento que señale los pasos y las formalidades a cumplir en el arbitraje; y 4. la fijación de un arancel para gastos administrativos y para los honorarios de la autoridad arbitral.

Las fuentes utilizadas en la elaboración de esta investigación fueron la doctrina nacional e internacional sobre este tema, así como su regulación en México y en otros países en los que se ha desarrollado ampliamente. Asimismo, se estudiaron diversos reglamentos de arbitraje como el de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), el de la Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México (CANACO) y la Ley Modelo de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI). Por último, se elaboró una investigación empírica a través de 10 encuestas, para conocer la opinión tanto de la institución bancaria como de la parte deudora, acerca de la eficacia del sistema judicial y de la posibilidad de explorar otras vías para dirimir los conflictos que las vinculan.

No cabe duda que la figura del arbitraje ha comenzado a experimentar nuevos ámbitos de aplicación en nuestro país. Diversos eventos hacen prueba de ello, como su presencia en los tratados internacionales recientemente firmados por México, la reforma en 1993 al Título IV del Libro Quinto del Código de Comercio

Mexicano y el establecimiento de Comisiones encargadas de desempeñar la función de árbitro entre los prestadores de un servicio y los usuarios del mismo.

En la elaboración de este trabajo confirmamos que, efectivamente, este mecanismo puede tener mayor alcance del que se ha experimentado en México. Sus características favorecen, sobre todo, a las relaciones comerciales puesto que, su aplicación emana de la voluntad de las partes y, ofrece rapidez, menor costo, confidencialidad, neutralidad y la intervención de un árbitro que conozca teórica y prácticamente los puntos controvertidos. Además, el estudio de los conflictos bancarios nos permitió concluir que en ciertos casos el arbitraje puede ser más efectivo que en otros, y que su éxito dependerá de la aplicación fiel del reglamento correspondiente y de una administración transparente por parte de la Institución encargada.

Esta investigación fue posible merced a la ayuda y al apoyo de personas que ocupan un lugar esencial en mi vida y a quien no quisiera dejar de mencionar.

Mis padres y mis hermanos han sido siempre la inspiración de todos mis actos; éste no ha sido la excepción. Sus miradas, sus sonrisas y sus palabras me han abierto todos los caminos. La fuerza del núcleo familiar origina las fuerzas individuales. Gracias por su amor y confianza.

Mi estancia en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México representa un época determinante y llena de experiencias. A través de ella, tuve la fortuna de conocer la realidad de mi país, de vivirlo intensamente, de analizarlo y de aprender a trabajar por él. Gracias a mis maestros, descubrí el verdadero sentido de mi carrera y de la palabra 'Derecho'. Agradezco el apoyo de cada una de las autoridades académicas y administrativas que hacen posible el milagro del aprendizaje, desde una perspectiva real, libre y dispuesta a ofrecer

oportunidades y alternativas a cada alumno que pasa por las aulas universitarias. Espero saber retribuirle al *alma mater* de mi país, todo lo que recibí de ella.

Inicié mis estudios de licenciatura con las enseñanzas y los consejos del Dr. Pedro Astudillo Ursúa y, ahora, su apoyo y comprensión me permiten también cerrarlos, tal y como lo soñé. Gracias, maestro, por estar siempre presente.

Hago una mención especial a Guillermo Aguilar Alvarez, por permitirme ser testigo, día tras día, de sus conocimientos, su experiencia, y su gran humanismo; a Luis Alberto Aziz Checa, por transmitirme su entusiasmo y confianza y por enseñarme a trabajar con disciplina y esperanza, para obtener el resultado deseado. Ambos me han enseñado que la única y verdadera forma de ejercer esta profesión, es a través de la honestidad.

Finalmente, agradezco profundamente la asesoría de Sergio López Ayllón, sin la cual hubiera resultado imposible llegar a este momento. Su sabiduría, su tiempo y su calidad humana dieron el impulso necesario a este trabajo. Sergio, gracias siempre por ser y estar.

Abreviaturas utilizadas

C Civil	Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal.
CC	Código de Comercio Mexicano.
CPCDF	Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.
CFPC	Código Federal de Procedimientos Civiles.
LIC	Ley de Instituciones de Crédito.
LGTOC	Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.
DOF	Diario Oficial de la Federación.
CNUDMI	Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.
CCI	Cámara de Comercio Internacional
AAA	<i>American Arbitration Association.</i>
CANACO	Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México.
CIAC	Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial.
INAB	Institución Nacional de Arbitraje Bancario.

PRIMERA PARTE: EL ARBITRAJE COMO MEDIO ALTERNATIVO DE RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS.

Los conflictos entre individuos han sido siempre objeto de estudio, desde el punto de vista de sus orígenes, evolución y solución. De acuerdo con las diferentes etapas históricas, la forma de resolverlos ha variado, pero podemos observar que el recurso a una solución pacífica es cada vez más frecuente.

La sociología del derecho se ha ocupado del estudio de los medios alternativos de solución de controversias. Diversos sociólogos han analizado las causas de las controversias sociales y la forma en que el derecho interviene como orden regulador. ¹

El hombre, desde su aparición, se revela como un ser inconforme por naturaleza, "el potencial para disputarse es infinito, las posibles fuentes de conflictos son innumerables y las controversias que han surgido son una proporción mínima de las que pueden desarrollarse"². El individuo se encuentra sometido a normas que limitan su conducta, en un primer plano, pero que una vez que ha surgido el conflicto, también están destinadas a resolverlo. Son precisamente este conjunto de reglas que tienden a resolver las controversias, las que varían según la sociedad de que se trate y el momento histórico en que se desarrolle.

Una sociedad compuesta de individuos carentes de tolerancia resulta una sociedad problemática, conflictiva y algunos autores la califican de "enferma". Sin

¹La sociología adquirió su formal autonomía como disciplina a partir de mediados del siglo pasado, y con ello el estudio sociológico del derecho inició su progreso. Sin embargo un siglo antes, ya se contaba con grandes obras como *De L'Esprit des Loix* de Montesquieu (1748) basado en los principios del derecho natural, pero aportando también un análisis del sistema jurídico de las distintas sociedades. Más adelante, a principios de nuestro siglo, Savigny, Maine, Durkheim y Hobhouse, entre otros, profundizaron sobre las diversas manifestaciones y concepciones del derecho en la colectividad humana donde uno de los temas centrales eran los conflictos y su solución. Bottomore, T.B. *Introducción a la sociología*. Barcelona, Ediciones Península, 1989, p.247.

²Fitzgerald, J. & R. Dickins. "Disputing in legal and non-legal context: some questions for sociologists of law" en *Law and Society Review*, Vol.15, No.3-4, 1980-1981, trad. Cecilia Azar M., p.684.

embargo, para otros autores, "las disputas no son cosas, son construcciones."³ Al surgir el problema y acudir a la ayuda o auxilio de un tercero, la parte demandante plantea el conflicto y al hacerlo revalúa el comportamiento de su opositor, lo ve desde un punto de vista distinto, lo reconstruye.

A lo largo de esta primera parte, haremos primero una revisión general de los mecanismos de resolución de controversias (capítulo I) y nos centraremos después en el caso particular del arbitraje en México (capítulo II).

³Felstiner, W.L.F., R.L. Abel & A. Sarat. "The emergence and transformation of dispute: naming, blaming and claiming" en Law and Society Review Vol.15, No.3-4, 1980-1981, trad. Cecilia Azar M., p.631.

CAPÍTULO I: LOS MECANISMOS DE RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS.

Las técnicas de solución de conflictos varían de acuerdo con la persona u órgano que resuelve el conflicto; al surgir éste, las partes mismas pueden elegir la solución (A) o bien, al ser esto imposible, acuden al auxilio de un tercero ajeno al conflicto (B).⁴

A. Las partes resuelven el conflicto.

A pesar de que el medio bilateral de resolver controversias es característico de la era primitiva, en la que la parte ofendida tomaba venganza individualmente y resolvía el conflicto agrediendo de la misma manera a su oponente, en nuestros días también encontramos mecanismos de solución en los que no hay intervención de un tercero, o si lo hay solamente funge como recomendador.

1. Sin la intervención de un tercero.

Cuando el conflicto es resuelto entre las partes, estamos hablando de la transacción: medio de solución de controversias por el cual las partes, a través de concesiones recíprocas, ponen fin a un conflicto. Cada una debe ceder en sus pretensiones de tal forma que se alcance un equilibrio. Es el medio de autocomposición bilateral por excelencia que busca evitar un juicio debido a que ninguna de las partes involucradas lo desean. A diferencia de las figuras que analizaremos más adelante, la transacción puede darse de manera autónoma o dentro del proceso arbitral. En este último caso, el juicio se interrumpe por haber llegado las partes, por sí solas, a un arreglo, mismo

⁴La siguiente clasificación está basada en el curso impartido por Guillermo Aguilar Álvarez en 1989 en las Universidades de París X y Montpellier, Francia.

que deberá firmarse en lo que generalmente se llama "convenio de transacción".⁵

En cuanto a su naturaleza jurídica el C.Civil incluye a la transacción en los diferentes tipos de contratos, señalando en su artículo 2944 que se trata de "un contrato por el cual las partes, haciéndose recíprocas concesiones, terminan una controversia presente o previenen una futura."

Las condiciones esenciales de la transacción son:

- la existencia de una controversia y
- la buena fe, o la disponibilidad de las partes para llegar a un acuerdo.

En el caso de las transacciones muy desarrolladas o agentes muy especializados puede llevarse a cabo todo un procedimiento conducido por las partes, en el que haya notificaciones, plazos y formalidades determinados por ellas mismas y todo un intercambio de opiniones y posibles soluciones. Generalmente se presupone la existencia de un vínculo anterior que puede ser un contrato del cual se desprenden obligaciones que han sido incumplidas, hecho que da lugar a la disputa.

En la práctica, y por razones de seguridad jurídica, una vez firmado el contrato de transacción por las partes, éste debe ser legitimado por una autoridad a fin de que quede perfeccionado. Dicha "homologación" es

⁵Respecto al convenio de transacción que se da dentro del proceso arbitral, la Ley Modelo de la CNUDIC (mejor conocida por su siglas en inglés, Ley Modelo UNICITRAL), aprobada por la Comisión el 21 de junio de 1985, señala en su artículo 30, párrafo primero, que "si, durante las actuaciones arbitrales, las partes llegan a una transacción que resuelva el litigio, el tribunal arbitral dará por terminadas las actuaciones y si lo piden ambas partes y el tribunal arbitral no se opondrá, hará constar la transacción en forma de laudo arbitral en los términos convenidos por las partes." Debido a que la reforma del CC respecto al arbitraje, de 1993, fue inspirada en esta Ley Modelo, encontramos el equivalente de este precepto en los artículos 1447 y 1448 de dicho ordenamiento.

comúnmente realizada por un tribunal arbitral, sobre todo en los casos en que la transacción se da dentro del mismo proceso arbitral.

Una vez agotado este recurso de solución, existen dos posibles resultados a los que las partes pueden llegar:

- el éxito de su mecanismo: que da lugar a la celebración de un nuevo contrato, a la modificación del anterior o simplemente a la indemnización de una de las partes y, por lo tanto, terminación de la relación contractual;
- el fracaso de su mecanismo: que los llevará a acudir a la intervención de un tercero, si desean resolver el problema, o simplemente a la subsistencia del mismo.

2. Con la intervención de un tercero que recomienda.

Quando las características del conflicto impiden toda posible solución entre las mismas partes, se hace imprescindible la asistencia de un tercero, mismo que puede recomendar solamente, guiando a los oponentes, o bien imponer una solución que deberá ser acatada.

Los casos en que el tercero sólo recomienda son los siguientes.

a. La mediación:

La figura de la mediación ha sido ampliamente estudiada ya que se emplea como medio alternativo de solución de controversias en muchos países, anterior al arbitraje. Su característica esencial es la intervención

de un tercero ajeno al litigio que hace posible la convivencia entre los oponentes y los guía en la búsqueda de la solución.⁶

Para que sus argumentos y su opinión resulten atractivas para las partes, el mediador debe ser una persona relacionada con la materia litigiosa. Debe tratarse de una persona con prestigio y seriedad.

El mediador actúa como un guía neutral en un proceso de colaboración voluntario, en el que las partes participan en la solución del conflicto. Se propone espontáneamente y ofrece un camino para que no existan ni ganadores ni perdedores, sino que simplemente las partes estén dispuestas a ceder ciertos intereses y obtener así beneficios mutuos, siempre de una manera igualitaria.

El mediador trabaja con las partes para que, después de haber obtenido su confianza y haberse hecho acreedor a la versión de los sucesos, se elabore un conjunto de soluciones adecuadas.

Aunque sencillo, puede hablarse aquí de todo un procedimiento con actos ordenados y concatenados entre sí:

- Primer paso: el mediador tiene contacto con las partes, conjunta o separadamente. En este momento se establecen las reglas elementales de trato.
- Segundo paso: se plantea el conflicto con los datos que las partes proporcionan.

⁶La mediación ocupa un lugar importante en el estudio de los medios alternativos de controversias. Sobre el particular puede consultarse: Riskin, L. & J. E. Westbrook, Dispute Resolution and Lawyers, St. Paul Minnesota, West publishing Co., 1992, p. 196 a 249 y Redfern A. & M. Hunter, Law & Practice of International Commercial Arbitration, London, Sweet & Maxwell, 1986, p. 20 y 21.

- Tercer paso: se proponen ciertas soluciones y se incentiva a las partes a escoger la más adecuada.
- Cuarto paso: una vez elegida la mejor opción se puede asesorar a las partes en cuanto a la forma de ejecutarla.

La legislación interna mexicana es prácticamente omisa en cuanto a dicho mecanismo, sin embargo a nivel Internacional es muy frecuente⁷.

b. La conciliación:

De acuerdo con Ulises Montoya Alberti, la conciliación en materia mercantil es "un mecanismo o alternativa, no procedimental de resolución de conflictos, a través del cual las partes entre quienes existe una diferencia susceptible de transacción originada en una relación comercial o derivada del ejercicio de actividades mercantiles ponen fin a sus diferencias."⁸ Como primera impresión, puede destacarse que efectivamente las partes son las que solucionan el conflicto, pero orientadas por un tercero que recomienda objetiva e imparcialmente.

En nuestros días se recurre frecuentemente a la conciliación, debido a que algunos reglamentos y convenciones la contemplan como medio idóneo para resolver ciertas diferencias⁹. Como veremos en la tabla comparativa que se presenta más adelante, la diferencia esencial entre el mediador y el conciliador es que el primero se limita a hacer posible la

⁷La mediación es contemplada en los tratados de libre comercio que México ha celebrado en los últimos años, como un medio previo al arbitraje. El TLC con América del Norte dedica su artículo 2007 a los buenos oficios, la conciliación y la mediación, recursos a los que puede acudir cualquiera de las partes en caso de no haber podido resolver su controversia por medio de las consultas (artículo 2006). Igualmente los TLC celebrados por México con Costa Rica, Bolivia y el G-3 (México, Colombia y Venezuela) mencionan el recurso a la mediación en los artículos 1706, 1905 y 1906 respectivamente.

⁸Montoya Alberti, U. El arbitraje comercial. Lima, Cuzco, 1988, p.25.

⁹*Idem*, ver *supra* notas sobre mediación 6 y 7.

comunicación entre las partes y a aclarar los aspectos que éstas, por estar involucradas, no pueden notar; mientras que el segundo propone, es decir, desempeña una función más activa. La conciliación da un paso más adelante puesto que el tercero interviene en la toma de decisiones, indicando cuál es la más adecuada, de acuerdo con las conclusiones a las que se han llegado después de conocer el conflicto.

Por otra parte, a pesar de que en comparación con la mediación, la conciliación implica una mayor intervención, la decisión tomada sigue careciendo de fuerza para ser acatada. Tal y como lo explica R. David, la solución propuesta por el conciliador o mediador para ser acatada, debe ser antes expresamente aceptada por las partes, es decir que éstas deben haber manifestado su deseo de adherirse a ella¹⁰. Como veremos más adelante, la decisión del árbitro, en cambio, se impone sin requerir de la aceptación de los oponentes.

Al igual que el arbitraje, existe la conciliación *ad hoc* y la institucional. En la primera, a través del acuerdo, las partes deciden someter su diferencia a un arreglo conciliatorio según sus propias reglas. En el segundo caso se hace alusión a una institución que la tenga contemplada como alternativa de solución. Algunos autores afirman que la conciliación carece de procedimiento, entendiendo a éste como todo un conjunto de actos concatenados entre sí, del cual si está revestido el arbitraje. Sin embargo tanto en la conciliación como en la mediación se sigue un proceso que aunque sea sencillo y flexible, da un orden a las cosas. Se establecen reglas, formas, plazos por las mismas partes o por el reglamento de la Institución aludida, pero siempre como simples guías y consejos, que bien pueden ignorarse por los interesados¹¹. Una vez obtenida la posible

¹⁰David, R. *L'arbitrage dans le commerce international*, París, Economica, 1982, p.11.

¹¹La Cámara Internacional de Comercio (CCI), creada en 1923 y con sede en París, no solamente cuenta con uno de los reglamentos de arbitraje más completos y recurridos sino también con un reglamento de conciliación facultativa. Este no exige una tentativa de conciliación previa a la

solución, las partes tienen la opción de seguirla y ejecutarla o de ignorarla y acudir al arbitraje o a tribunales judiciales, o simplemente permanecer en conflicto.

Debido a los puntos en común y a la integración de estos medios alternativos en reglamentos o instrumentos internacionales, en la práctica se pueden confundir fácilmente con el arbitraje. Es común calificar de ocioso el estudio de sus líneas divisorias, por lo que comúnmente se opta por decir que solamente existen dos alternativas: la judicial o la privada, sin hacer distinción dentro de la segunda.

Sin embargo, hay que dejar establecido que ni la conciliación ni la mediación forman parte del arbitraje mismo; son alternativas autónomas, con sus propias características.¹²

introducción de la demanda de arbitraje. Tampoco obliga a las partes a pasar al arbitraje en caso de que la conciliación fracase. El texto cuenta con 11 artículos, a través de los cuales se ofrece a los compromitentes una opción para la solución a sus diferencias comerciales internacionales con la intervención de un conciliador nombrado por la misma Cámara. La parte interesada en recurrir a la conciliación debe presentar su solicitud ante la Secretaría de la Corte de Arbitraje de la CCI, y ésta a su vez notificará a la otra parte para que en un plazo máximo de 15 días informe si acepta o no dicho medio resolutorio. Los principios que deberán guiar al conciliador son la imparcialidad, la equidad y la justicia. Además deberá respetarse en todo momento la confidencialidad del procedimiento. La tentativa concluye (1) con la firma de un acuerdo por las partes, (2) con la redacción de un acta no motivada en la cual el conciliador hará constar el fracaso de dicho medio o (3) con la decisión de una o ambas partes de no continuar con el procedimiento conciliatorio.

¹²En la doctrina francesa existe otra figura llamada "expertise" que podría tener su equivalencia en el peritaje pero no como recurso de los árbitros dentro del procedimiento arbitral, sino como mecanismo independiente. La CCI ha creado el "Centre International d'Expertise Technique" y ha emitido un reglamento en el cual se establecen las disposiciones que deben regir este proceso y se propone una cláusula tipo. El experto emite una opinión a petición de las partes respecto a un tema de alto grado técnico. Hace únicamente observaciones de hecho relacionadas con la materia que maneja; no responde de las consecuencias que su declaración provoque ni ésta debe forzosamente acatarse. Esta opción es comúnmente recurrida para cuestiones relacionadas con productos de la industria mecánica, sobre la construcción de fábricas o bien en contratos de cooperación industrial. (Mayor información en R. David, *op. cit.* nota 10 p.10 y 11)

Cuadro # 1: Mediación y conciliación.

Mediación	Conciliación
Interviene espontáneamente para acercar a las partes y facilitar la comunicación.	Es llamado por las partes para proponer una solución.
En ambos casos las partes tienen la alternativa de seguir o no la solución propuesta. No existe obligación de acatarla. ¹³	

B. Un tercero resuelve el conflicto.

La segunda alternativa de resolución de conflictos, recurrida cuando el acuerdo entre las partes resulta imposible, supone la intervención de un tercero ajeno al conflicto e imparcial. Su decisión debe ser acatada por las partes. Debido a que el objetivo de este estudio no es el análisis del procedimiento judicial, nos referimos solamente a sus lineamientos generales (1). Más adelante, haremos una mención más extensiva sobre el arbitral (2).

1. Procedimiento judicial.

El proceso jurisdiccional realizado por el Estado es considerado como el medio más institucional y evolucionado de solución de controversias, y es definido por Cipriano Gómez Lara como "el conjunto de actos desenvueltos por el órgano estatal jurisdiccional, por las partes interesadas y por los terceros ajenos a la relación sustancial."¹⁴ Dichos actos tienden a culminar en la aplicación de una ley general a un caso concreto con el objetivo de solucionarlo.

¹³Cabe señalar que Néstor de Buen Lozano, al hablar de la solución de los conflictos laborales en su libro Derecho procesal del trabajo, México, Porrúa, 1994, p.93 y sigs., se refiere a la conciliación y a la mediación de manera contraria al tratamiento que le dan la generalidad de los doctrinarios del arbitraje. De acuerdo con dicho autor, "la conciliación persigue simplemente una función de acercamiento de las partes, las que actúan en el diseño de las soluciones a partir de posiciones distantes, en tanto que en la mediación es el tercero el que dinámicamente formula la proposición en base a la información recabada la que evidentemente no tiene necesariamente que vincularse a las propuestas de los interesados, sino que puede tener un contenido diferente".

¹⁴Gómez Lara, C., Teoría general del proceso, México, Harla, 1990, p.33.

Respecto a sus elementos distintivos, podemos mencionar los siguientes:

- el procedimiento judicial se lleva a cabo por tribunales judiciales constituidos bajo las leyes mexicanas y establecidos por el Estado, a través de su Poder Judicial;
- una vez que el procedimiento ha sido iniciado por una de las partes, la otra está obligada a acudir ante los tribunales para expresar lo que a su derecho convenga; y
- el litigio es resuelto por un juez imparcial que ha sido designado por el Estado, de acuerdo a los diversos criterios de competencia.

No es objeto del presente trabajo analizar la impartición de justicia como facultad del Estado, sino estudiar la posibilidad de encontrar otras alternativas que resulten más adecuadas en determinados casos y además, que aligeren la carga que tienen los tribunales judiciales, debido a la situación actual de nuestro país.

A través del desarrollo de otros mecanismos de resolución de conflictos, no se busca desacreditar o menospreciar al proceso jurisdiccional, sino por el contrario favorecerlo, eliminando litigios que requieren de otra atención. Como veremos más adelante¹⁵, existen determinadas materias que no pueden ser sometidas al arbitraje y que por lo tanto son competencia exclusiva de tribunales judiciales; sin embargo existen otras como la comercial en que el arbitraje ofrece mayores ventajas a las partes.

2. Procedimiento arbitral.

Paralelamente al procedimiento judicial, toda persona tiene la facultad de someter sus controversias al foro arbitral, siempre y cuando se trate de una

materia que no forme parte de aquéllas que son objeto exclusivo del poder judicial. Estudiaremos a continuación el concepto (a), las clases (b) y las ventajas (c) del arbitraje.

a. Concepto.

Citaré a continuación algunas definiciones que la doctrina nos ofrece, lo que nos llevará a destacar los rasgos esenciales del arbitraje.

El Diccionario Jurídico Mexicano señala que el arbitraje "es una forma heterocompositiva, es decir, una solución al litigio, dada por un tercero imparcial (Carnelutti), un juez privado o varios, generalmente designado por las partes contendientes (...), siguiendo un procedimiento que aunque regulado por la ley adjetiva tiene un ritual menos severo que el del procedimiento del proceso jurisdiccional."¹⁶

El arbitraje es "aquella institución jurídica por la que dos o más personas establecen, por medio de una declaración de voluntad que reúne determinadas circunstancias, que una cierta controversia específicamente determinada, existente entre ellas, sea resuelta, conforme a un procedimiento establecido, por tercero o terceros al que o a los que instituyen juez o jueces de sus contiendas y a cuya decisión (laudo arbitral) se someten expresamente, ya sea ésta dictada conforme a derecho o conforme a equidad."¹⁷

"Es un proceso jurídico tramitado, desarrollado y resuelto por particulares. Es una relación jurídica triangular, en cuyo vértice superior se encuentra el árbitro, que es el sujeto ajeno a los intereses en disputa, y llamado por las

¹⁵Ver *infra* Capítulo II/B/2/ii.

¹⁶Flores García, F. "Arbitraje" en Diccionario Jurídico Mexicano, UNAM, 3ª edición, México, Porrúa y UNAM, 1989, p. 198.

partes para componer las diferencias que las separan. En contraste con el proceso judicial, el arbitraje es más dúctil y maleable. Abarca la mera Intermediación y aún el dictamen de un experto, hasta la conciliación, la amigable composición, el laudo en conciencia y el procedimiento en derecho."¹⁸

"Es una técnica tendiente a encontrar la solución a una cuestión que tenga que ver con las relaciones entre dos o más personas, por una o varias personas-árbitro o árbitros-Instituidas por un acuerdo privado y cuyo poder no es otorgado por el Estado."¹⁹

El arbitraje consiste en "instituir una jurisdicción privada por el cual los litigios son excluidos de la jurisdicción pública, a efecto de ser resueltos por personas investidas, para un caso determinado, con los poderes para juzgar tal litigio."²⁰

Es el "instituto mediante el cual el Derecho Procesal faculta a quienes se encuentran en controversia para designar los jueces que la resolverán y para establecer los mecanismos con que éstos deberán actuar para

17González Soria, J.. La intervención judicial en el arbitraje. Recursos jurisdiccionales y elección judicial del laudo arbitral. Madrid, Cámara de Comercio e Industria de Madrid, 1988, p.55.

18Brisaño Sierra, H. El arbitraje comercial. doctrina y legislación. México, LIMUSA, 1988, p.12. Cabe señalar que de esta definición anuncia la diferencia en el alcance que la intervención arbitral puede tener ya que, de acuerdo a lo que las partes manifiesten, el árbitro puede fungir únicamente como experto que rinde un dictamen, o un conciliador que une a las partes o un árbitro en derecho que deberá seguir todo un procedimiento formal y predeterminado.

19David, R. *op. cit supra* nota 10, trad. Cecilia Azar M., p.9.

20Robert, J.. L'arbitrage. droit interne. droit international privé, 5ta. edición, París, Dalloz, 1983, p.9, trad. Cecilia Azar M.. La expresión 'jurisdicción privada' empleada por el autor resulta sumamente polémica ya que el hecho de que el árbitro tenga o no jurisdicción es un tema que siempre ha sido objeto de discusión. Algunos autores como Cipriano Gómez Lara (*op.cit supra* nota 14 p. 122 y sigs) afirman que la jurisdicción es una función reservada únicamente al Estado como ente soberano, y "realizada a través de una serie de actos que están proyectados o encaminados a la solución de un litigio o controversia, mediante la aplicación de una ley general a ese caso concreto controvertido para solucionarlo o dirimirlo." De acuerdo con la definición anterior, la expresión de Robert 'jurisdicción privada' resultaría una aberración. Sin embargo si partimos de la noción etimológica del término jurisdicción, que es 'decir el derecho', podemos aceptar que efectivamente lo que hace un árbitro al dirimir una controversia es decir el derecho, y aplicar una ley según acuerdo de las partes o, si falta éste, la que él juzgue conveniente de acuerdo a diversos criterios.

lograrlo, quedando las partes obligadas por imperio de la Ley a respetar el fallo que dicten.²¹

De las definiciones mencionadas anteriormente, se desprenden los siguientes rasgos distintivos del arbitraje:

- es una institución jurídica tendiente a resolver una controversia presente o futura y que ha sido previamente determinada por las partes;
- su aplicación emana de la voluntad de las partes;
- la facultad del árbitro para juzgar no ha sido otorgada por el Estado, sino por la voluntad de las partes; no requiere de la intervención judicial, en principio;²²
- el árbitro debe ser imparcial, es decir no tener ningún conflicto de intereses respecto a las partes o a la materia misma del arbitraje;
- puede ser a través de tribunal unitario o colegiado, según acuerdo de las partes;
- puede manifestarse a través de una cláusula compromisoria o un acuerdo independiente;
- el árbitro puede juzgar conforme a derecho o por equidad y
- las partes están obligadas a respetar y cumplir el laudo que se dicte.

b. Clases.

²¹Gebaldón, F.. El arbitraje en el código de procedimiento civil, Caracas, Paredes Editores, 1987, p.15. Resulta interesante resaltar la importancia que este autor venezolano da al Derecho público al ponerlo prácticamente por encima de la voluntad de las partes. Sin duda Gebaldón forma parte de los juristas que atribuyen al arbitraje una naturaleza procesal y no contractual, a diferencia de otros autores que lo consideran un mero acuerdo de voluntades en el cual no interviene el Imperio del derecho público.

²²La función de la autoridad judicial frente al arbitraje se encuentra regulada y limitada tanto en la doctrina como en la legislación interna mexicana. El Título IV del Libro Quinto del CC determina en qué casos y bajo qué condiciones interviene la autoridad judicial en un proceso arbitral. (ver *infra* Capítulo II, apartado F)

El procedimiento arbitral ha sido clasificado desde diversos criterios. Las clasificaciones más importantes son las siguientes:

I. Arbitraje de derecho y arbitraje de equidad.

En cuanto al primero, el árbitro actúa con apego a la ley aplicable al caso. Sus decisiones se encuentran fundadas y motivadas conforme a derecho. El procedimiento reviste formalidades jurídicas en cuanto a plazos, principios generales, respeto a los derechos elementales de las partes, etc...

El arbitraje de equidad, en cambio, tiene su fundamento únicamente en el leal saber y entender del árbitro. "La decisión de equidad recibe otras denominaciones tales como el pronunciamiento 'ex aequo et bono', la apreciación en conciencia, el fallo según el leal saber y entender, la amigable composición," señala Montoya Alberti.²³ Su actuación no se encuentra subordinada a ningún tipo de formalidades, el procedimiento se desarrolla libremente.

Personalmente creo que el arbitraje de equidad implica menos seguridad jurídica para las partes. El amigable componedor tiene amplias facultades, otorgadas por los regímenes jurídicos tanto internos como internacionales, para no observar las disposiciones de las partes en cuanto al derecho elegido como el que se aplicaría al caso y decidir así conforme a lo que ellos juzguen conveniente²⁴. Pero aún así, es una

²³Montoya Alberti, U. *op cit supra* nota 8 p.18.

²⁴En repetidas ocasiones hemos visto el análisis de esta cuestión en casos de arbitrajes CCI. Como ejemplo pueden citarse los siguientes: Caso #5904, publicado en el *Journal du Droit International* #4 de 1989, Editado por Edouard Clunet, p. 1112; caso #4972, *idem op. cit.*, p. 1108 y caso #5477, publicado en el *Journal du Droit International* #4 de 1988, Editado por Edouard Clunet, p. 1206.

técnica comúnmente empleada en otros países como Francia, en casos llevados ante la Cámara de Comercio Internacional (CCI).

En países donde el arbitraje comienza a abrir sus puertas a los conflictos comerciales, se recurre más frecuentemente al arbitraje de derecho, debido a que su procedimiento es más completo y seguro para las partes.

ii. Arbitraje nacional y arbitraje internacional.

El carácter nacional o internacional del arbitraje depende de los criterios de cada país. En las legislaciones internas, cada régimen jurídico establece lo que en ese territorio debe considerarse como arbitraje nacional o internacional.

En cuanto a nuestro Código de Comercio la clasificación es la siguiente:

El primer artículo (1415) delimita el ámbito de aplicación del Título IV, Libro Quinto, señalando que "las disposiciones del presente título se aplicarán al arbitraje comercial nacional y al internacional cuando el lugar del arbitraje se encuentre en territorio nacional, (...)".

Más adelante el artículo 1416 establece en su fracción III que por arbitraje internacional se entenderá aquél en el que:

"a) Las partes al momento de la celebración del acuerdo de arbitraje, tengan sus establecimientos en países diferentes; o

b) El lugar de arbitraje, determinado en el acuerdo de arbitraje o con arreglo al mismo, el lugar del cumplimiento de una partida sustancial de

las obligaciones de la relación comercial o el lugar con el cual el objeto de litigio tenga una relación más estrecha, esté situado fuera del país en el que las partes tienen su establecimiento. (...)"

En el caso particular de la legislación mexicana esta clasificación, si bien es necesaria, no presenta mayor problema puesto que sea el arbitraje nacional o internacional, la ley aplicable sigue siendo el Título IV del Libro Quinto del CC en ambos casos. Cuando las partes optan por un arbitraje institucional y hacen referencia a un reglamento, éste podrá aplicarse gracias a que las disposiciones internas así lo permiten.²⁵

En cuanto a los aspectos que determinan la nacionalidad del arbitraje Montoya Alberti nos menciona que "cuando todos los factores (...), tales como el asunto de la disputa, domicilio de las partes y de los árbitros, ley aplicable, lugar del arbitraje convergen a una jurisdicción no hay inconveniente en determinar la nacionalidad del mismo"²⁶. La dificultad surge cuando alguno de estos aspectos se encuentra sometido a otra jurisdicción; entonces deberá observarse la norma interna para saber cuál de ellos es el que determina el carácter nacional o internacional del procedimiento.

Actualmente, el arbitraje internacional ocupa un lugar muy importante y ello se debe, según Michael John Mustill a dos eventos: por un lado, la inauguración de la CCI con su respectiva Corte de Arbitraje y por el otro, el reconocimiento de los riesgos que sufría el arbitraje al cruzar las

²⁵El artículo 1417, fracción I y II indica que "cuando una disposición del presente título:

I.- Deje a las partes la facultad de decidir libremente sobre un asunto, esa facultad entrañará a un tercero, incluida una institución, a que adopte la decisión de que se trate, excepto en los casos previstos en el artículo 1445;

II.- Se refiera a un acuerdo entre las partes, se entenderán comprendidas en ese acuerdo todas las disposiciones del reglamento de arbitraje a que dicho acuerdo, en su caso, remita.

(...)"

²⁶Montoya Alberti, *op. cit. supra* nota 8, p. 19.

fronteras y enfrentarse a los problemas de ejecución de sus laudos. Gracias a la celebración de Convenciones como la de Ginebra sobre la Ejecución de Sentencias Extranjeras de 1927 y la de Nueva York de 1958, se tomó seriamente consciencia de este problema. En respuesta, las naciones actualizaron sus leyes internas, definiendo su tendencia.²⁷

iii. Arbitraje *ad hoc* y arbitraje institucional.

Actualmente esta clasificación ha adquirido mucha fuerza debido a la multiplicación de los Centros Administradores de Arbitraje y el papel tan importante que ocupan en el desarrollo de los medios alternativos de solución de controversias.

El arbitraje *ad hoc* está previsto en cada contrato de manera específica. A través de la cláusula arbitral, las partes no solamente confían el conflicto que existe entre ellas a la decisión de un tribunal arbitral, sino que además establecen las reglas que seguirá el procedimiento, la sede en que se llevará a cabo, el proceso de constitución y funcionamiento del tribunal etc...²⁸

A pesar de que ofrece libertad para diseñar un proceso de acuerdo a las necesidades de las partes y a los hechos particulares de la disputa, el arbitraje *ad hoc* presenta algunos problemas puesto que requiere de una asesoría sólida respecto a los temas y los detalles que las partes deben considerar. Si consideramos que el ámbito de mayor aplicación del arbitraje, y el que nos interesa particularmente en este trabajo, es la

²⁷Mustill, M.J.. "Arbitration: History and Background", comunicación personal, s/d, p.48 y 49.

²⁸Cabe señalar que si bien a la Ley Modelo CNUDMI (ver supra nota 5) se le llama comúnmente "Reglamento", los arbitrajes sometidos a sus disposiciones no son institucionales ya que la CNUDMI no es una organización que administra o supervisa arbitrajes, ni se encarga de la nominación de árbitros. Como lo señala la resolución 31/98 de la Asamblea General de Naciones Unidas del 15 de diciembre de 1976, el objetivo de la Ley Modelo es ofrecer reglas sobre arbitraje aceptables en países de sistemas jurídicos, sociales y económicos diferentes para así contribuir al desarrollo de relaciones económicas internacionales armónicas.

materia comercial, debemos partir de la premisa de que se trata de comerciantes que no necesariamente conocen las formalidades que debe revestir un aparato jurisdiccional, lo que los obliga a buscar asesoría externa. Un acuerdo que contemple un arbitraje *ad hoc* debe ser sumamente preciso y cuidadoso en su redacción ya que la ausencia de algún concepto o su imprecisión implicaría menos seguridad jurídica para las partes. Alain Plantey opina a este respecto que "se ha notado que para los litigios más importantes y difíciles (el arbitraje *ad hoc*) deja ciertas incertidumbres inquietantes especialmente en el campo del procedimiento aplicable si no existen requisitos precisos".²⁹ José Ma. Abascal por su parte menciona que para que un arbitraje de esta naturaleza funcione se debe contar con "el auxilio de expertos muy calificados, con partes dispuestas a cooperar y una buena ley que regule el arbitraje"³⁰; resulta difícil encontrar la coincidencia de estos tres requisitos.

"El arbitraje *ad hoc* sólo se recomienda en circunstancias especiales; en la práctica corriente es mejor el institucional" afirma José Ma. Abascal.³¹

En cuanto al arbitraje institucional podemos decir que surge al hacerse patentes las restricciones que presentaba el sistema *ad hoc*. En este caso, el procedimiento se ve regido por un reglamento preestablecido, al cual las partes hacen mención en su contrato y, a través de ello, se adhieren a sus disposiciones. Se trata de procesos determinados por los llamados Centros Administradores de Arbitraje, dentro de los cuales los más importantes son: la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI,

²⁹Plantey, A.. "El arbitraje internacional en un mundo en cambio", en El arbitraje comercial internacional. (Suplemento especial del Boletín de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI), París, Cámara Internacional de Comercio, abril 1995, p.11.

³⁰Abascal, J.A.. "Arbitraje institucional y arbitraje *ad hoc*", México, 1994, comunicación personal, p.4

³¹Abascal, J.A. *Idem*, p.2.

la CIAC, la *London Court of International Arbitration*, la AAA y la Cámara de Comercio de Estocolmo. Cada centro emite un reglamento que las partes adoptan, vinculándose a él de tal modo que sus disposiciones se convierten en obligatorias. El centro asume la responsabilidad que representa la aplicación del reglamento.

Gracias a la multiplicación de estas instituciones, el arbitraje es ahora considerado como un mecanismo independiente, con sus propias reglas y características, lo que lo lleva a perfeccionarse día tras días. Entre los centros existe una competencia "natural" que los ha llevado a preocuparse por ofrecer las mejores condiciones y alternativas para las partes, a fin de insitirlas a escoger el reglamento e Institución que más seguridad y confianza les ofrezca.³²

c. Ventajas.

El arbitraje ofrece determinadas ventajas que vale la pena destacar; tomando en cuenta que el objetivo no es enfrentarlo al proceso judicial ni definir cuál es mejor, sino simplemente demostrar que para ciertos casos puede resultar una alternativa más conveniente. Tanto uno como el otro tienen su propio ámbito de aplicación y son mecanismos autónomos.

³²Varios autores han escrito respecto a la importancia que tiene seleccionar adecuadamente la institución administradora del arbitraje. De aspectos como éste, de un buen clausulado y de una atinada selección del árbitro pueden depender el éxito de dicho mecanismo (ver *intra* Cap.II, apartados B y E). De acuerdo con José Ma. Abascal Zamora "El éxito del arbitraje administrado se debe, de modo notable, a la efectiva administración del arbitraje, que queda garantizado por la intervención de una institución permanente, experimentada e íntegra." Abascal Zamora J.M., "Cómo escoger una institución arbitral", México, 1994, comunicación personal. Alan Redfern y Martin Hunter, reconocidos practicantes del arbitraje comercial internacional y autores de un notable libro sobre la materia, señalan cuatro factores que es importante ponderar antes de escoger a una institución. Recomienda optar por una (1) que tenga un juego de reglas justas y efectivas; (2) que cuente con personal experimentado y competente; (3) que sea, y se muestre, independiente, tanto en la forma como está establecida como en su operación; y, (4) que ofrezca una aceptable garantía de permanencia. A pesar de lo importante que es el lugar donde estará la sede del arbitraje, la experiencia de la institución, su competencia e integridad, resultan ser factores más importantes." (p.2)

En cada estudio sobre el arbitraje, el autor en cuestión dedica una sección o un párrafo especial a mencionar las razones por las cuales este mecanismo puede resultar una buena opción. Se habla constantemente de que es un medio económico, rápido, eficaz y reservado³³, o bien dúctil, maleable y a puerta cerrada, en un ambiente de cordialidad³⁴. Otros autores, como Cipriano Gómez Lara, enfocan su análisis de los puntos positivos del arbitraje en la ausencia de formalismos, como la no-obligación "de denunciar las irregularidades fiscales, si las hay"³⁵. Por otra parte, el grado de especialización y avance tecnológico que puede ofrecer el arbitraje representa también una razón fuerte para acudir a él en casos que requieran de un conocimiento profundo de determinada materia.

Fernando Flores García menciona que esta vía de solución de conflictos "en épocas recientes ha cobrado nuevos bríos y la frecuencia y (...) la preferencia con que se ve favorecida, especialmente en el orden internacional y en el privado, va en aumento, considerándosele un instrumento práctico y útil debido a que permite evitarse entrar en la avalancha de negocios contenciosos que se ventilan en los tribunales y a la posibilidad de designación de un tercero imparcial, a la vez calificado (se alude a honoríficas razones) en su preparación jurídica, en sus condiciones subjetivas y porque no está involucrado ni presionado por el cúmulo judicial"³⁶. A través de estas afirmaciones notamos que para este autor la mayor ventaja que ofrece el arbitraje es la selección de una persona adecuada y capaz de resolver el conflicto eficazmente gracias a que se encuentra alejado del sistema estatal y sus vicios.

33González Sorla, J. *op. cit. supra* nota 17, p.59.

34Briseño Sierra, H. *op. cit. supra* nota 18, p.12.

35Gómez Lara, C. *op. cit. supra* nota 14 p.35.

36Flores García, F.. "El arbitraje privado (reflexiones sobre algunas normativas procesales mexicanas)" en Revista de la Facultad de Derecho de México, Nums. 172-173-174, México, UNAM, 1991, p.77.

Personalmente, considero que las ventajas más importantes del arbitraje son, por un lado, la libertad que ofrece a las partes de planear su propio mecanismo de solución de controversias, sin formalismos innecesarios pero con orden y responsabilidad (lo que les hará ahorrar tiempo y dinero) y, por el otro, la posibilidad de que la relación comercial que une a los comprometidos no se extinga.

A nivel internacional, cabe señalar que además de las ventajas mencionadas anteriormente, el arbitraje representa una alternativa para instaurar un foro fuera de los regímenes nacionales. El derecho aplicable al conflicto será el que las partes elijan³⁷, al igual que el lugar del procedimiento. De acuerdo con Alan Plantey, "las empresas le encuentran diversas ventajas (al arbitraje): una mejor respuesta a los problemas técnicos; el deseo de una mayor rapidez del procedimiento; la búsqueda de la confidencialidad en los negocios y también el beneficio de los tratados internacionales que otorgan al laudo arbitral extranjero o internacional, un efecto del cual las decisiones judiciales sólo gozan en virtud de las convenciones diplomáticas bilaterales."³⁸

La eficacia y aplicabilidad del arbitraje en el mundo comercial es entonces indudable; el proceso judicial no es la única alternativa para resolver las diferencias entre los individuos. ¿Pero cuál es la situación de dicha vía en nuestro país y qué establecen las reglas que lo rigen? El siguiente capítulo de esta sección pretende responder a estas preguntas dando un panorama general del arbitraje en México.

³⁷Si se trata de un arbitraje institucional, cada reglamento contempla las reglas a seguir en lo que a elección del derecho aplicable se refiere. El artículo 11 del Reglamento de la CCI por ejemplo señala que "las reglas aplicables al procedimiento arbitral son las que resultan del presente reglamento y, en caso de silencio de éste, las que las partes o en su defecto el árbitro determinen, con referencia o no a una ley procesal interna aplicable al arbitraje."

³⁸Plantey, A. *op. cit supra* nota 29 p.10.

CAPÍTULO II: EL ARBITRAJE EN MÉXICO.

Como hemos visto en el capítulo anterior, la aplicación e importancia del arbitraje en el mundo actual es indiscutible; las ventajas que ofrece están a la vista en los tratados y contratos internacionales, al igual que en regímenes jurídicos nacionales que se han dedicado a perfeccionar su legislación. En México existen pruebas, que mencionaremos a lo largo de este capítulo, de que dicho medio de resolución de controversias es cada día más recurrido y aceptado. En primer lugar consideraremos algunos aspectos generales del arbitraje (A). Más adelante nos ocuparemos del acuerdo arbitral (B), el árbitro (C), la relación árbitro-partes (D), el tribunal arbitral (E) y finalmente el auxilio de la autoridad estatal (F).

A. Aspectos generales.

1. Antecedentes.

Los antecedentes y evolución del arbitraje han sido frecuentemente tema de estudio.³⁹ Algunos autores afirman que antes de que existiera el proceso jurisdiccional estatal, ya había surgido el arbitral como medio de resolución de controversias. Sin embargo no es en esto en lo que estriba su importancia, sino en que se trata de la designación voluntaria de una persona o de un grupo de personas, encargado de proporcionar una solución jurídica y ejecutable a la controversia que opone a los contratantes. La mediación, la transacción y la conciliación, como mencionamos anteriormente⁴⁰, pueden ser consideradas como figuras jurídicas que prepararon el terreno para el desarrollo posterior del arbitraje.

³⁹Véase entre otros a Gabaldón, F. *op. cit. supra* nota 21, p. 15 y sigs; David, R. *op. cit. supra* nota 10, p. 39; Briseño Sierra H., "El Arbitraje comercial en México", en El arbitraje en el derecho latinoamericano y español, Lima, Cuzco, 1989, p. 361 y L. Péreznieto, "Arbitraje privado en México", en El arbitraje en el derecho latinoamericano y español, Lima, Cuzco, 1989, p. 408.

⁴⁰Ver supra Capítulo I, apartado A.

Durante la Colonia encontramos algunos antecedentes del arbitraje en nuestro país como son la regulación que a este respecto ofrecían las Leyes de Partidas, la Nueva Recopilación y posteriormente la Novísima Recopilación. Sin embargo, en ese entonces no era verdaderamente necesario pensar en medios alternativos de solución de controversias ya que las exigencias eran menores. En nuestro siglo, las necesidades del comercio son cada vez mayores y más complejas, lo que nos ha llevado a buscar otras vías que permitan la convivencia y que favorezcan las relaciones mercantiles. Ello, aunado a un sistema judicial ineficiente e insuficiente, ha favorecido el desarrollo del arbitraje.

A manera de ejemplo, la Ley de Cámaras de Comercio y de las Industrias de 1941, otorga a las cámaras la facultad de actuar como árbitro en los conflictos entre comerciantes. Más adelante, en 1956, la Ley creadora de la Comisión para la Protección del Comercio Exterior considera a la conciliación, la recomendación y el arbitraje como medios para la solución de conflictos.

Por otra parte, vale la pena mencionar que la necesidad a la que se han enfrentado las naciones de actualizarse en materia de comercio internacional ha favorecido la evolución de nuestro objeto de estudio. La prueba más clara de ello, en México, es la reforma del 22 de julio de 1993 al Título IV del Libro Quinto del CC. En él se adopta la ley modelo propuesta por la CNUDMI (mejor conocida por sus siglas en inglés-la UNCITRAL) y se contempla todo un procedimiento arbitral que abarca desde la composición del tribunal hasta el reconocimiento y ejecución de los laudos emitidos.

Cabe señalar que la aplicación del arbitraje no se limita a la materia mercantil. Existen otros campos, como el laboral, el ámbito de los seguros⁴¹

⁴¹La Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros, en el segundo capítulo del título V, contempla un procedimiento de conciliación que debe agotarse necesariamente antes de

y la protección al consumidor⁴² que contemplan al arbitraje como medio resolutorio de los conflictos que surjan en razón de la celebración de contratos.

En cuanto a materia bancaria, existe un procedimiento que los particulares pueden iniciar ante la Comisión Nacional Bancaria. La LIC contempla en su artículo 119 que "los usuarios del servicio de banca y crédito podrán, a su elección, presentar reclamaciones ante la Comisión Nacional Bancaria, o hacer valer sus derechos ante los tribunales competentes de la Federación o del orden común." Cuando los particulares opten por esta alternativa, las Instituciones bancarias estarán obligadas a someterse a un procedimiento de conciliación. Si éste fracasa, entonces, de acuerdo a la fracción II del artículo

cualquier otro medio de resolución de controversias. El particular (reclamante) debe presentar un escrito ante la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros, mismo que servirá para correr traslado a la compañía demandada. Esta, a su vez, deberá presentar a la Comisión un informe en el que responderá de todos los hechos que se exponen en la reclamación. Acto seguido, se cita a una junta de avenencia y si en ella no se llega a un acuerdo, la Comisión invita a las partes a que la nombren árbitro y se inicia el procedimiento arbitral. Partiendo del supuesto de que el arbitraje es un acto basado en la voluntad de las partes, éstas pueden rechazar la oferta de la Comisión y dirigirse a la autoridad judicial. Las etapas del procedimiento arbitral son, a grandes rasgos las siguientes: una vez aceptado el procedimiento arbitral, brevemente se fijarán las cuestiones objeto del litigio. Las reglas aplicables serán las que las partes hayan señalado y supletoriamente se aplicará el CC y el Código de Procedimientos civiles para el D.F. En cuanto a los términos, la demanda deberá presentarse hasta 9 días después de haber acordado someter la diferencia al arbitraje; igualmente, la empresa demandada cuenta con 9 días para presentar su contestación a partir del día en que ha sido emplazada a juicio. La Comisión fija dentro de este segundo plazo el término que juzga conveniente para ofrecer, admitir, recibir y desahogar pruebas (que no deberá exceder de 40 días). Las partes contarán con 10 días para formular alegatos. La Comisión podrá solicitar los documentos, la información y las cosas que necesite para resolver las cuestiones objeto del arbitraje. Una vez cumplidas las etapas, se dictará laudo definitivo. La ejecución del laudo corresponde a la Comisión (artículo 135) y sólo será impugnabile por juicio de amparo. En caso de ser favorable al particular, se otorga un plazo de 15 días para que la empresa aseguradora cumpla con lo dispuesto por el laudo, sino se hará acreedora a una multa.

⁴²Ley Federal de Protección al Consumidor, en su sección tercera, también contempla, de manera muy general, un procedimiento arbitral en caso de surgir un conflicto entre proveedores y consumidores. En este caso no se contempla un procedimiento conciliatorio previo, las partes, si así lo desean, pueden acudir directamente al arbitraje, nombrando a la Procuraduría como autoridad arbitral. El artículo 120 de dicho ordenamiento señala que "las partes formularán compromiso en el que fijarán las reglas del procedimiento que convencionalmente establezcan, aplicándose supletoriamente el CC y a falta de disposición de dicho Código, el ordenamiento procesal civil local aplicable". Independientemente de las funciones de arbitraje que la Procuraduría puede ejercer, también se llevará una lista de árbitros autónomos de la cual las partes podrán escoger la autoridad que dirimirá su conflicto. Respecto al laudo, la Ley señala que éste "estará sujeto a aclaración dentro de los dos días siguientes a la fecha de su notificación" (artículo 122).

120, la Comisión invitará a las partes a que la nombren árbitro. Se podrá optar por un procedimiento en amigable composición o de estricto derecho.

Los preceptos mencionados establecen las reglas que deberán regir el procedimiento elegido por las partes y la forma en que deberá ejecutarse el laudo que la Comisión dicte. En la práctica, se han iniciado pocos procedimientos arbitrales o conciliatorios ante la Comisión. Como veremos más adelante⁴³, tanto la institución bancaria como el particular prefieren acudir directamente ante tribunales judiciales, en lugar de pasar por el procedimiento previo de conciliación y de arbitraje que propone la Comisión. Esto puede ser por falta de información al público respecto a las ventajas que pueden tener estas opciones, o bien por falta de confianza de parte de los contratantes de la fuerza que pueda tener la decisión de la Comisión.

El recurso al arbitraje es cada vez más frecuente y su legislación más detallada. Sin embargo aún existen ámbitos en los cuales puede perfeccionarse su aplicación. Para ello, revisaremos brevemente sus fundamentos jurídicos internos y externos.

2. Fundamentos jurídicos en México.

a. Legislación interna.

En cuanto a legislación interna, el arbitraje tiene como bases legales en nuestro país las siguientes:

- El Código de Comercio (C.C.);
- El Código Federal de Procedimientos Civiles (CFPC);
- El Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal (CPCDF) y los locales de cada entidad federativa de la República.

Analizaremos brevemente el contenido de cada uno de estos ordenamientos:

Código de Comercio: El 22 de julio de 1993 fue reformado el Título IV del Libro Quinto, relativo al juicio arbitral, adoptando los lineamientos propuestos por la ley modelo de la UNICITRAL.⁴⁴ A partir de esta fecha, existe un nuevo régimen legal aplicable al arbitraje comercial en México, al que puede someterse cualquier controversia, incluyendo las nacionales y las internacionales.

Las aportaciones más importantes de esta reforma son:

- reconoce el derecho de las partes de someter sus diferencias al arbitraje (artículo 1416);
- impide que la intervención judicial sea un obstáculo del procedimiento arbitral (artículos 1421 y 1424);
- acota los motivos de anulación del laudo (artículos 1457 a 1460);
- cubre el procedimiento en lo que las partes no hayan resuelto (artículo 1418, 1426, 1427, 1429, 1435, 1436 y otros);
- contempla la renuncia al recurso de apelación y
- le da al laudo arbitral la misma fuerza legal de la cual goza la sentencia judicial definitiva (capítulo VI).

⁴³Ver infra Capítulo IV apartado D.

⁴⁴En mi opinión, la apertura internacional que México ha experimentado en los últimos años fue una de las causas que dio lugar a estas reformas. A lo largo de dicho título se puede percibir la importancia del aspecto internacional para legislador. Así por ejemplo, el artículo 1416 da la definición de arbitraje internacional; el 1427 contempla la posibilidad de nombrar a un árbitro de nacionalidad distinta a la de las partes; se contempla la determinación acerca del idioma y derecho aplicable al procedimiento (artículos 1438 y 1445 respectivamente) y por último se dedica todo un capítulo (capítulo IX) al reconocimiento y ejecución del laudo contemplando la posibilidad de que haya sido dictado en otro país.

En resumen, el CC establece reglas en materia de designación y recusación de árbitros (artículos 1426 a 1431), competencia arbitral (artículos 1432 y 1433), organización del procedimiento (artículos 1434 a 1444), pronunciamiento del laudo (artículos 1445 a 1451), recursos de impugnación (artículos 1457 a 1460, 1462 y 1463), costas (artículos 1452 a 1456) y reconocimiento y ejecución del laudo (artículo 1461).

Código Federal de Procedimientos Civiles :No cabe duda que actualmente, cualquier procedimiento arbitral puede regirse ampliamente por el CC, gracias a las reformas citadas. Sin embargo, existen disposiciones de carácter meramente procesal que nos remiten al CFPC. Los artículos 1460 y 1463 del Título IV, Libro Quinto del CC, hacen alusión al 360 del ordenamiento procesal en lo que se refiere a sustanciación del procedimiento de nulidad del laudo⁴⁵.

Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal (CPCDF) y los locales de cada entidad federativa:En el CPCDF y los correspondientes para las entidades federativas se contempla el juicio arbitral de manera general. El capítulo IV del título quinto del CPCDF hace alusión a la preparación del juicio arbitral, siendo necesario presentar el documento que incluya la cláusula compromisoria que muestre que es voluntad de las partes someter determinada controversia al arbitraje. Más adelante, el título octavo señala las reglas generales que deberán regir dicho procedimiento dentro de las cuales encontramos por ejemplo las limitaciones acerca de los negocios que se pueden someter al arbitraje (artículo 615) y la obligación de los jueces ordinarios de auxiliar a los

⁴⁵El texto del artículo 360 del CFPC es el siguiente: "Promovido el incidente, el juez mandará dar traslado a las otras partes por el término de tres días. Transcurrido el mencionado término, si las partes no promovieren pruebas ni el tribunal las estimare necesarias, se citará para dentro de los tres días siguientes, a la audiencia de alegatos, la que se verificará concurran o no las partes. Si se promoviere prueba, o el tribunal la estimare necesaria, se abrirá una dilación probatoria de diez días y se verificará la audiencia en la forma mencionada en el capítulo V del título primero de este libro. En cualquiera de los casos anteriores, el tribunal dentro de los cinco días siguientes, dictará su resolución."

árbitros (artículo 634)⁴⁶. Cabe señalar que estas disposiciones no se contraponen a las del CC, anteriormente comentadas.

b. Convenciones internacionales.

Aunque esta investigación no tiene como objeto el análisis del arbitraje internacional, ya que el punto de estudio es la situación del deudor mexicano ante la institución bancaria, resulta importante considerarlo pues, en ese ámbito, esta figura tiene un desarrollo muy significativo.

El fundamento jurídico de la aplicación de los tratados en México lo encontramos en el artículo 133 de la Constitución Política, el cual señala que "esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados."

Los instrumentos internacionales⁴⁷ más importantes, aplicables en México, para nuestro estudio son:

⁴⁶Artículo 615 del CPCDF: "No se pueden comprometer en árbitros los siguientes negocios: I. El derecho de recibir alimentos; II. Los divorcios, excepto en cuanto a la separación de bienes y a las demás diferencias puramente pecuniarias; III. Las acciones de nulidad de matrimonio; IV. Los concernientes al estado civil de las personas, con la excepción contenida en el artículo 339 del C. Civil; V. Los demás en que lo prohíba expresamente la ley." El artículo 634 indica que "los jueces ordinarios están obligados a impartir el auxilio de su jurisdicción a los árbitros."

⁴⁷Igualmente no deben dejarse a un lado las aportaciones que ha dado el *Lex mercatoria* a través de las reglas de procedimiento de los centros administradores y las leyes modelo sobre arbitraje. Brevemente recordamos que la *Lex Mercatoria* surge por la importancia que adquirieron los usos y costumbres comerciales y la necesidad de darles un respaldo jurídico. Su desarrollo ha beneficiado esencialmente a la práctica internacional del comercio, dando lugar a la celebración de Convenciones (ej: Convención de Panamá) que a su vez fomentaron la creación de reglamentos de procedimientos arbitrales (ej: Reglamento de Procedimientos de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial). Actualmente el papel que juegan los reglamentos y leyes modelo basados en el *Lex mercatoria* es de suma importancia ya que ofrecen a las partes la posibilidad de elegir las

- La Convención de Naciones Unidas sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras (Nueva York, 1958) (publicada en el DOF el 22 de junio de 1971);
- Convención interamericana sobre arbitraje comercial internacional (Panamá, 1975) (publicada en el DOF el 27 de abril de 1976);
- Convención Interamericana sobre eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos extranjeros (Montevideo, 1979) (publicada en el DOF el 28 de agosto de 1987) y
- Convención entre los Estados Unidos Mexicanos y el Reino de España sobre reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos arbitrales en materia civil y mercantil (publicada en el DOF el 5 de marzo de 1992).

La aportación más importante de estas convenciones es la seguridad que tienen las partes de que el laudo dictado podrá ser reconocido y por lo tanto ejecutado en otro país que haya firmado el tratado, a pesar de que existan diferencias entre los regímenes jurídicos internos, pero siempre y cuando se cumplan con las reglas de orden público de la nación involucrada⁴⁸.

B. El acuerdo arbitral.

Como mencioné anteriormente⁴⁹, la fuerza del arbitraje estriba en que surge del acuerdo de voluntades y no de la imposición de una autoridad. Como todo acto jurídico, puede revestir diversas formas, contiene elementos de existencia y de

reglas procesales que más seguridad les ofrezcan y se adapte mejor al caso en cuestión. Así, encontramos Leyes como la de la CNUDMI, que ha inspirado ordenamientos como el reglamento de la AAA, o de la Comisión Permanente de Arbitraje de la CANACO. Mustil, M. "The New Lex Mercatoria: The first 25 years" en *Arbitration International*, Vol. 4, No. 2 s/d.

⁴⁸De acuerdo con el artículo 1457 del CC, "los laudos arbitrales sólo podrán ser anulados por el juez competente cuando: (...) II. El juez compruebe que, según la legislación mexicana, (...) el laudo es contrario al orden público."

⁴⁹Ver *supra* Capítulo I apartado B.

validez y está constituido por un clausulado; temas que analizaremos a continuación.

1. Concepto.

Tanto la doctrina como la legislación sobre arbitraje definen al acuerdo arbitral ya que es considerado el punto de partida de dicha figura.

El CC en su artículo 1416, fracción I indica que para efectos del título IV se deberá entender por acuerdo arbitral "el acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. (...)"

El artículo 7 de la Ley Modelo de la CNUDMI señala que es "el acuerdo por el que las partes deciden someter al arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual."

José Alberto Silva señala que "el acuerdo arbitral es un convenio y, como tal, crea o transfiere derechos y obligaciones entre los contratantes. Se trata de un convenio que en lugar de contener normas sustantivas, contiene en gran medida normas procesales."⁵⁰

Briseño Sierra por su parte, al hablar de la forma y contenido de los acuerdos arbitrales y al referirse específicamente a la cláusula compromisoria dice que ésta "expresa la voluntad de las partes de someter a arbitraje controversias futuras que puedan suscitarse por el contrato en el que la cláusula está inserta, sin más especificaciones que sobre el

⁵⁰Silva, J.A., Arbitraje Comercial Internacional en México, México, Pireznielo Editores, 1994, p. 60.

organismo arbitral, a veces las reglas del procedimiento y otras la misma sede del arbitraje, y aún el idioma que se empleará.”⁵¹

El deseo de las partes queda plasmado en cada contrato por medio de una cláusula que traduce su voluntad de someter las diferencias originadas del contrato al arbitraje o bien en un acuerdo independiente. Este acto representa una de las manifestaciones más importantes y reveladoras de la autonomía de la voluntad, puesto que en él queda fundamentada la instrumentación de todo un sistema de resolución de controversias, independiente del aparato estatal. Por medio del acuerdo, las partes renuncian a su derecho de accionar ante tribunales estatales y al mismo tiempo se impide a éstos ejercer sus facultades sobre los litigios que surjan a raíz del contrato.

La cláusula o el acuerdo pueden ser muy amplios o sólo indicativos, es decir que su contenido depende del tipo de arbitraje al que las partes deseen someter sus diferencias (arbitraje ad-hoc o arbitraje institucional). El texto puede incluir las reglas para la constitución del tribunal, el número de árbitros, el lugar y el idioma en que deberá llevarse a cabo (en caso de tratarse de un contrato internacional), las formalidades que deberán cumplirse etc..., o bien solamente señalar la institución y el reglamento que regirán el litigio.

2. Clasificación.

a. De acuerdo a la forma.

⁵¹Briseño Sierra, H., *op. cit. supra* nota 18 p.27.

Cuadro #2: Clasificación del convenio arbitral de acuerdo a la forma.

Acuerdo independiente	Cláusula compromisoria
con disposiciones propias en forma de clausulado.	que forme parte del contrato que vincula a las partes.

b. De acuerdo con el momento en que surge la controversia:

Cuadro #3: Clasificación del convenio arbitral de acuerdo al momento en que surge la controversia.

Acuerdo preliminar	Acuerdo definitivo o compromiso arbitral
prevé la existencia de litigios futuros.	la controversia ya ha surgido, es presente.
subsiste mientras exista la posibilidad de que un litigio surja.	se extingue al resolverse el conflicto para el cual fue creado.

c. De acuerdo a la categoría de cláusula arbitral.

Dentro de la clase de acuerdo preliminar, cuando se trata de una cláusula insertada en un contrato, también ésta puede ser de dos categorías distintas:

Cuadro #4: Clasificación del convenio arbitral de acuerdo a la categoría de cláusula.

Cláusula preparatoria	Cláusula arbitral o compromisoria
Las partes se comprometen a celebrar más adelante un acuerdo arbitral; asegura a futuro la celebración del compromiso arbitral.	Se pacta directamente el recurso al arbitraje como medio de resolución de controversias.
Algunos autores no la consideran un verdadero acuerdo arbitral, sino sólo una promesa que estará sometida a cambios y circunstancias que la harán cumplirse o no.	En la práctica su aplicación es cada vez mayor, tanto a nivel internacional como nacional puesto que ofrece seguridad.

d. De acuerdo a la existencia o inexistencia de una sentencia judicial previa.

En lo que se refiere al acuerdo definitivo o compromiso arbitral, se parte de la premisa de que el litigio ya ha surgido, es presente y se conoce sus características. Sin embargo puede darse el caso en que, antes de ser sometido al arbitraje, el conflicto ya ha sido previamente resuelto por sentencia judicial.

Cuadro #5: Clasificación del convenio arbitral de acuerdo a la existencia o inexistencia de una sentencia judicial previa.

Cuando el litigio no ha sido resuelto.	Cuando ya existe una sentencia judicial.
En este caso el arbitraje entra como medio de resolución de controversias en el amplio sentido de la expresión, encargándose de todo el procedimiento y dictando las disposiciones que deberán cumplirse.	Surge cuando las partes no han quedado satisfechas con la sentencia del tribunal judicial, siempre y cuando la conozcan ampliamente. Aunque haya sido resuelto aparentemente, el litigio subsiste puesto que las partes, ambas, siguen inconformes. ⁶²

e. De acuerdo a la fuente que da origen al litigio.

- por incumplimiento de un contrato preexistente o
- por incumplimiento de una obligación no contractual.

Ya han sido mencionadas algunas de las características del incumplimiento de una obligación predeterminada. En cuanto al incumplimiento de una obligación contractual, existe la posibilidad de incluir el arbitraje en documentos como un testamento o un acta constitutiva, donde se previene el posible surgimiento de una diferencia.

En la práctica mexicana se han dado poco estos casos, sin embargo también resultan interesantes puesto que muestran la extensión que puede abarcar este medio de resolución de controversias.

3. Elementos.

Siguiendo la clasificación que el C.Civil establece, menciono brevemente los elementos que integran un acuerdo arbitral:

a. Elementos de existencia:

Al hablar de los elementos de existencia de un acto jurídico, nos referimos a los requisitos necesarios para que éste produzca sus efectos y sea reconocido como tal. Hay diversas tendencias según el autor que los estudie, pero generalmente, se habla del consentimiento y del objeto. La forma se incluye como elemento de existencia sólo en los casos en que la ley así la califica expresamente.

i. El consentimiento:

"El consentimiento es la unión o conjunción acorde de voluntades de los sujetos contratantes, en los términos de la norma, para crear o transmitir derechos y obligaciones" indica Miguel Angel Zamora y Valencia⁵³. Partiendo de la base de que la voluntad es un elemento esencial de todo acto jurídico, el consentimiento es su máxima expresión puesto que implica que dos o más partes se han comprometido en dar nacimiento a un acto común que tendrá ciertas consecuencias jurídicas.

⁵² Artículo 610 del CPCDF: "El compromiso puede celebrarse antes de que haya juicio, durante éste y después de sentenciado, sea cual fuere el estado en que se encuentre. El compromiso posterior a la sentencia irrevocable sólo tendrá lugar si los interesados la conocieren."

⁵³ Zamora y Valencia, M.A. Contratos Civiles, 4ta edición, Postrúa, México, 1992, p. 29.

Cabe mencionar que al celebrar un contrato e incluir en él un acuerdo arbitral, en forma de cláusula por ejemplo, se están obteniendo, de cierta forma, dos consentimientos distintos e independientes. Por ejemplo, al celebrar un contrato de prestación de servicios profesionales se requiere de la expresión de la voluntad de las partes en cuanto a lo que se está conviniendo, pero el consentimiento de adoptar el arbitraje como medio de resolución de controversias no va implícito, debe expresarse separadamente. La cláusula compromisoria goza de autonomía y por ello su negociación requiere de especial cuidado.

ii.El objeto:

La doctrina generalmente se refiere al objeto del acto jurídico como la conducta de las partes compromitentes, misma que puede manifestarse a través de una acción (dar o hacer) o de una omisión (no hacer). De acuerdo con el C.Civil, el contenido de la acción o de la omisión debe ser posible y lícita cuando se trata de un hacer, y posible y determinada o determinable cuando se hable de una cosa.⁵⁴

Particularmente, cuando se trata del arbitraje, el objeto representa la voluntad de someterse al procedimiento arbitral para dirimir la controversia, presente o futura y por lo tanto nos estamos refiriendo a una acción que consiste en un hacer. Este objeto puede ser muy amplio puesto que incluye el arbitraje seleccionado, las reglas a seguir, la controversia a resolver etc... Y no debemos olvidar que el litigio que se está previniendo debe ser posible, puesto que en caso contrario el objeto del acuerdo no tendrá razón de ser.

⁵⁴Artículo 1794, 1824, 1825 y 1827 del C.Civil.

En el derecho mexicano existen materias que no pueden ser sometidas al arbitraje. Tal es el caso de las controversias del orden familiar, reservadas a la justicia estatal⁵⁵. Incluir las en el objeto del acuerdo de arbitraje lo afectaría de nulidad por ilicitud. A este respecto Cipriano Gómez Lara menciona que "tratándose del arbitraje, (...), el Estado limita sus posibilidades a determinado tipo de asuntos, porque no todos los casos le son sometibles; los asuntos en donde se ventile alguna cuestión de orden público referidas estrictamente al derecho público, no podrán someterse al conocimiento de jueces privados, debido a que pueden verse afectados intereses ajenos al litigio en cuestión. Por ejemplo, en el divorcio, en los asuntos del estado civil y en los juicios de alimentos, el orden estatal no permite el arbitraje."⁵⁶

La noción de "orden público" es de suma importancia para los efectos del presente estudio, por ello cabe recordar su definición. De acuerdo al Diccionario Jurídico Mexicano del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, el orden público en sentido estricto es el "conjunto de instituciones jurídicas que identifican o distinguen el derecho de una comunidad; principios, normas e instituciones que no pueden ser alteradas ni por la voluntad de los individuos (...) ni por la aplicación de derecho extranjero."⁵⁷ Cabe señalar que el concepto de orden público no abarca solamente normas legisladas sino que incluye también usos y costumbres del país en cuestión, y que deben ser tomados en cuenta al momento de decidir conforme a derecho.

b. Elementos de validez.

⁵⁵Ver texto del artículo *supra* nota 46.

⁵⁶Gómez Lara C., Derecho Procesal Civil, 5ª edición, México, Harla, 1991, p. 305.

⁵⁷Tamayo y Salmorán, R. "Orden público" en Diccionario Jurídico Mexicano, UNAM, 3ª edición, México, Porrúa y UNAM, 1989, p. 2279.

En este caso se trata de los requisitos necesarios para que el contrato tenga consecuencias jurídicas y los efectos normales que prevé la norma. Estos elementos deben existir aún antes de que el mismo contrato surja.

i. La capacidad de las partes:

Para celebrar un contrato o realizar cualquier acto que tenga repercusiones en el mundo del derecho, las partes deben ser titulares de derechos y obligaciones plenamente capaces.

Este elemento de validez ha sido definido como "la aptitud de las personas para ser titulares de derechos y obligaciones y para hacerlos valer por sí mismas en el caso de las personas físicas o por conducto de sus representantes legales, en el caso de las personas morales."⁵⁸

De los artículos 22 y 23 del C.Civil se desprende que la capacidad puede ser de goce (o capacidad jurídica, adquirida con el nacimiento de la persona y extinguida al momento de su muerte) o bien de ejercicio (que le permite obrar contemplando los efectos jurídicos que sus actos provoquen, y que se adquiere con la mayoría de edad).

Cabe señalar que el hecho de incluir en un contrato un acuerdo arbitral puede tener consecuencias importantes para terceros que no han expresado necesariamente su voluntad en ese sentido. Por ejemplo, el socio de una empresa carece de capacidad para pactar un acuerdo arbitral, puesto que no está facultado para transigir sobre el objeto de la controversia. Asimismo, el tutor se ve imposibilitado a transigir sobre los negocios del incapacitado, al igual que el albacea con respecto a los bienes de la sucesión. Sólo las partes afectadas directamente por el

⁵⁸Zamora y Valencia, M.A. *op.cit.* supra nota 53 p. 35.

litigio, presente o futuro, tienen capacidad para pactar sobre la forma de resolverlos.

ii. Ausencia de vicios de la voluntad:

Existen tantos criterios de clasificación de este tema, como autores que han escrito sobre ellos, y resulta difícil encontrar un concepto de la expresión "vicios de la voluntad." Lo cierto es que se trata de determinadas circunstancias que, sin suprimir el consentimiento otorgado por las partes, si lo dañan, o invalidan, provocando nulidad relativa del contrato.

Los vicios que regula nuestra legislación son:

Cuadro #6: Vicios del consentimiento.

Vicio	Concepto
Error	es el conocimiento equivoco de la realidad, una concepción errónea de las cosas. Puede referirse a la forma, uso o características de la cosa o la falsa identidad si se trata de una persona.
Dolo	"cualquier sugestión o artificio que se emplee para inducir a error o mantener en él a alguno de los contratantes." (artículo 1815 C. Civil)
Violencia	"hay violencia cuando se emplea fuerza física o amenazas que importen peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud o una parte considerable de los bienes del contratante, de su cónyuge, de sus ascendientes, de sus descendientes o de sus parientes colaterales dentro del segundo grado." (artículo 1819 C. Civil)

Lesión	"es el perjuicio que sufre una persona de la cual se ha abusado por estar en un estado de suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria, en la celebración de un contrato, consistente en proporcionar al otro contratante un lucro excesivo en relación a lo que él por su parte se obliga." (artículo 17 C. Civil)
--------	---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

iii. Objeto, motivo o fin lícito:

El artículo 1831 del C.Civil establece que "el fin o motivo determinante de la voluntad de los que contratan tampoco debe ser contrario a las leyes de orden público ni a las buenas costumbres." Es importante hacer notar que no se trata de la licitud de la cosa objeto del contrato o de la acción en si misma, sino de la conducta de las partes que recae sobre esa cosa o acción. Esa conducta es la que debe ser lícita, es decir, que debe ser acorde con lo preceptuado por una norma imperativa.

El motivo se refiere a las intenciones internas o subjetivas del sujeto relacionadas directamente con el objeto del contrato mientras que el fin se traduce en el destino que el contratante quiere dar a la cosa o acción objeto del contrato.

iv. La forma.

Finalmente, en lo que a forma se refiere, partiendo de la idea de que el acuerdo arbitral depende de la voluntad de las partes, no existen formalidades que deban cumplirse estrictamente.

En los códigos nacionales, convenciones internacionales, leyes modelo y reglamentos, poco se exige en cuanto a la forma que debe revestir el

acuerdo arbitral. La *Convención sobre reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras* (Nueva York 1958), por ejemplo, habla de un acuerdo escrito pero no se refiere a la escritura como un requisito indispensable, es más, contempla la posibilidad de que el acuerdo se dé en canje de notas o telegramas, incluso que la aceptación sea verbal.

El Título IV, Libro Quinto del CC, es más específico, pero aún así deja a las partes la elección de toda una gama de manifestaciones para expresar su acuerdo. El artículo 1423 dice a la letra:

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

Otro requisito de forma, que podría parecer indispensable, es la firma de los compromitentes ya que la Convención de Nueva York (1958), la de Panamá (1975) y el mismo CC, aluden al 'acuerdo firmado por las partes'. Sin embargo, la redacción que sigue a esta expresión da a entender que puede darse a conocer en cualquier forma que no necesariamente será firmada.

En conclusión, no puede considerarse a la forma como un verdadero elemento de validez para la celebración del compromiso arbitral, excepto en el caso en que las propias partes establezcan en su acuerdo, ciertas formalidades ineludibles y de los cuales dependerá entonces la validez del acto.

Una vez que se haya cumplido con los elementos esenciales y de validez que todo acto jurídico debe tener, el paso siguiente es la redacción del clausulado o de la cláusula compromisoria que incluirá todas las reglas que lo van a regir.

4. Contenido.

a. Aspectos generales.

Cuando el acuerdo arbitral reviste la forma de un convenio independiente, se constituye a través de un clausulado, del cual puede depender su éxito ya que cuando su redacción es desorganizada y confusa, su aplicación lo es igualmente. Lo establecido por las cláusulas es de gran trascendencia puesto que se trata de cambiar todo el aparato impartidor de justicia y crear uno distinto. Por eso debe observarse su redacción tan cuidadosamente.

Si el acuerdo arbitral se manifiesta por medio de una cláusula compromisoria que forma parte de un contrato principal, la misma atención deberá centrarse en sus elementos y en los temas que abarque.

Las cláusulas del acuerdo o las partes de la cláusula compromisoria pueden ser:

- necesarias (todo acuerdo arbitral debe, ante todo, determinar qué controversias se someterán al arbitraje, es decir, debe delimitar su ámbito de aplicación);
- opcionales (de acuerdo con el artículo 1426 y siguientes del CC, son cláusulas opcionales las que indiquen: el nombre del o de los árbitros que constituyan el tribunal; el nombre del o de los substitutes; el número de árbitros; las reglas a seguir para la designación y constitución del tribunal; el lugar y el idioma en que se llevará a cabo el proceso arbitral; la ley aplicable al fondo del litigio; las normas de procedimiento a seguir; el tipo de fallo (según estricto derecho o como amigable componedor) y el plazo de duración del proceso arbitral⁵⁹) y
- prohibidas (la cláusula que contenga como objeto de arbitraje un litigio reservado a la impartición de justicia estatal será considerada una disposición prohibida y que afectará de nulidad el acuerdo arbitral⁶⁰)

b. La redacción de un acuerdo arbitral o una cláusula compromisoria.

La redacción del acuerdo arbitral ha sido en muchas ocasiones objeto de estudio. En los principales libros que se han escrito sobre la teoría y la práctica del arbitraje⁶¹, encontramos invariablemente recomendaciones acerca de como conformar dicho texto, y las ventajas que ofrece el hecho de que sea claro y lo más exacto posible. "Cuando mejor redactada esté

⁵⁹Para estos efectos, el último párrafo del artículo 1445 es de suma importancia:

"En todos los casos, el tribunal arbitral decidirá con arreglo a las estipulaciones del convenio y tendrá en cuenta los usos mercantiles aplicables al caso."

⁶⁰El artículo 1457 contempla como causa de nulidad del laudo la inclusión de una controversia no susceptible de arbitraje.

⁶¹Véase entre otros a Bernstein, R. Handbook of Arbitration Practice, London, Sweet & Maxwell, 1987; Craig, W. L., W.W. Park & J. Paulsson International Chamber of Commerce Arbitration, 2nd edition, New York-London-Rome & Paris, ICC Publishing S.A. & The Oceana Group Publishers, 1990; David R. *op.cit supra* nota 10; Redfern, A. & M. Hunter, *op.cit supra* nota 6.

la cláusula, menores serán las probabilidades de tener que recurrir a ella" opina Stephen R. Bond.⁶²

Consecuencias de una buena redacción:

- se contribuye a la rapidez y eficacia del procedimiento arbitral, características que atraen a las partes y que las han hecho acudir a este medio alternativo y
- tiene poder disuasivo frente al contratante que contemple el incumplimiento de sus obligaciones.

Consecuencias de una mala redacción:

- nulidad de la cláusula y por lo tanto del laudo, si ya fue dictado y
- discrepancias que dan lugar a la intervención de la institución arbitral (si se trata de un arbitraje institucional) o al árbitro elegido (si es el caso de un arbitraje *ad-hoc*)⁶³.

Bond señala a este respecto que "la ambigüedad es el peor enemigo imaginable debido a que puede producir la ineffectividad de la cláusula o, en el mejor de los casos, crear complicaciones costosas en tiempo y dinero que terminarán por neutralizar las razones que inspiraron a las partes a recurrir al arbitraje."⁶⁴ Efectivamente, resulta absurdo pensar que la cláusula que pretende regular las controversias que puedan surgir entre

⁶²Bond, S. R. "Cómo redactar una cláusula compromisoria" en El arbitraje comercial internacional, (Suplemento especial del Boletín de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI), París, Cámara Internacional de Comercio, abril 1995, p.25.

⁶³Los principales defectos que se han encontrado en una cláusula arbitral son la inconsistencia, incertidumbre e inoperabilidad.

⁶⁴Bond, S. R., *op. cit. supra* nota 62, p.26

las partes, implique por sí misma otro objeto de conflicto. Es por ello que su redacción debe ser cuidadosa y tomada en cuenta seriamente.

Generalmente cuando dos personas (físicas o morales) manifiestan su voluntad de celebrar un contrato, tienen la falsa convicción de que sus relaciones permanecerán en buenos términos siempre, pase lo que pase. A ello se debe, en cierta manera, que al momento de redactar el contrato, no se ponga especial atención en las disposiciones que contemplan la resolución de conflictos, ya que piensan que nunca van a surgir.

Por otra parte, cuando se ha decidido someter dichos conflictos a la autoridad judicial, la redacción no exige tanto cuidado, ya que simplemente se adoptan las expresiones comunes⁶⁵. Sin embargo la intervención de la autoridad arbitral debe plasmarse en el contrato con mayor reflexión y negociaciones. Cabe señalar que cuando se trata de un arbitraje internacional, las exigencias se vuelven aún mayores ya que se debe pensar en el lugar del arbitraje, en el idioma en que se llevará a cabo, en el derecho aplicable al fondo y al proceso, etc....

c. Elementos del acuerdo arbitral o de la cláusula compromisoria.

i. Arbitraje *ad-hoc* y arbitraje institucional.

La reciente multiplicación de centros administradores de arbitraje se debe a que éstos ofrecen ventajas que simplifican los trámites y dan mayor seguridad a las partes, como lo son, una cláusula ya redactada,

⁶⁵La redacción que generalmente se adopta es la siguiente: "Las partes convienen en que cualquier controversia, diferencia, disputa, demanda o reclamación entre éstas relacionada con la interpretación, cumplimiento o ejecución del presente contrato será sometida a las leyes de México y a la jurisprudencia y competencia de los tribunales competentes de México D.F., por lo que las partes renuncian a cualquier otro fuero que pudiera corresponderles por razón de sus domicilios presentes o futuros o por cualquier otra causa."

un reglamento establecido, experiencia de los árbitros etc...⁶⁶. En México, la CANACO, en su carácter de Sección Mexicana de la CIAC, como representante de los intereses de los empresarios del comercio, los servicios y el turismo, cumple con esta función a través de la Comisión Permanente de Arbitraje.⁶⁷

Generalmente la cláusula *ad hoc* se redacta de la siguiente manera:

"Para la interpretación, ejecución y cumplimiento del presente contrato, ambas partes se someten a un arbitraje *ad-hoc*, renunciando a cualquier otro fuero que les pudiera corresponder por razón de sus domicilios presentes o futuros, así como por cualquier otra causa, sujetándose a las siguientes reglas:

- i) Las partes se someten al Título Cuarto, "Del arbitraje comercial", del Libro Quinto del Código de Comercio de los Estados Unidos Mexicanos;
- ii) El panel estará integrado por tres árbitros, uno designado por cada una de las partes y el tercero por éstos;

⁶⁶Cuando se trata de un arbitraje institucional, según el criterio del artículo 1416 del CC, puede recurrirse a una institución permanente de carácter internacional como lo es la Corte de Arbitraje de la CCI.

⁶⁷El 7 de agosto de 1995, el Consejo Directivo de la Cámara aprobó el nuevo Reglamento de Procedimientos de la Comisión Permanente de Arbitraje, mismo que se compone de las siguientes secciones: I. Disposiciones Generales; II. Composición del Tribunal Arbitral; III. Procedimiento arbitral; y IV. Laudo. La Comisión se integra por un Presidente y dos vicepresidentes. Los cargos tienen una duración de un año con posibilidad de reelección. Son elegidos por el Consejo Directivo de la Cámara, órgano que cuenta con 23 consejeros propietarios y 23 suplentes, todos con la calidad de comerciantes. Los ingresos por cuotas arbitrales con los que cuenta la Comisión son destinados al financiamiento de la misma, es decir a los gastos administrativos ya que los integrantes no perciben salario alguno. Los árbitros por su parte cobran por honorarios cuando participan en un procedimiento arbitral. La administración de la Comisión debe llevarse de tal forma que pueda sostenerse aunque no haya arbitrajes en proceso. De acuerdo a datos proporcionados por la Comisión, hasta 1994 se habían manejado alrededor de 15 casos por año. En septiembre de 1995, este número ya había sido superado.

iii) El arbitraje tendrá lugar en la Ciudad de México Distrito Federal, y el procedimiento se desahogará en idioma español; y

iv) La ley sustantiva aplicable será la ley de los Estados Unidos Mexicanos."

El ejemplo más común de cláusula institucional es el modelo propuesto por la Corte de Arbitraje de la CCI:

"Todas las desavenencias que deriven de este contrato serán resueltas definitivamente de acuerdo con el Reglamento de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, por uno o más árbitros nombrados conforme a este Reglamento."

La cláusula modelo propuesta por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI o UNCITRAL) también es empleada con frecuencia, aunque remite a un procedimiento CCI:

"Todo litigio, controversia o reclamación resultante de este contrato o relativo a este contrato, su incumplimiento, resolución o nulidad, se resolverá mediante arbitraje de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, tal como se encuentra en vigor. La autoridad nominadora será la Cámara de Comercio Internacional (CCI) que actuará de conformidad con los procedimientos adoptados por la CCI con esta finalidad."

ii. Campo de aplicación.

Uno de los puntos que deben precisarse invariablemente en una cláusula de esta naturaleza es su ámbito de aplicación. Partiendo de la

premisa de que dicha disposición forma parte del contrato, su aplicación debe limitarse a las controversias que de él deriven. Así por ejemplo encontramos expresiones como: "todas las desavenencias que deriven de" o "que surjan de o se relacionen con" o "que se produzcan bajo" o "relacionadas directamente y/o indirectamente con la ejecución" (d)el presente contrato etc...

Con estas fórmulas se delimita el campo de aplicación del compromiso arbitral, restringiéndolo a los conflictos que surjan en razón de la celebración del contrato en cuestión. También en este punto debe tenerse especial cuidado, sobre todo cuando se trata de un procedimiento *ad-hoc*, ya que se corre el peligro de emplear la expresión equivocada y ésta ser interpretada restrictivamente, dejando fuera del campo de aplicación, cierto grupo de controversias. Una vez más se comprueba la ventaja de contar con una institución que contemple estos detalles y que ofrezca un modelo de cláusula preestablecido.

iii. Lugar del arbitraje.

La determinación de la sede del arbitraje no debe ser subestimada. En los arbitrajes internacionales, es de suma importancia dejar establecido el lugar en que se llevará a cabo el procedimiento, ya que en caso de conflicto, será un punto determinante.

iv. Composición del tribunal arbitral.

El siguiente elemento que debe ser cuidadosamente examinado es la composición del tribunal arbitral, es decir, cuántos árbitros lo integrarán, qué cualidades deberán tener, cómo serán seleccionados, etc... A pesar de ser un punto que requiere de menor esfuerzo para ser

negociado, no debe dejar de considerarse. En la práctica puede notarse que es más común acudir a un tribunal colegiado que unitario, ya que cuando se trata de tres o más árbitros (siempre recomendable el número impar), la imparcialidad de la decisión está asegurada.

Una de las ventajas del arbitraje está en que efectivamente se puede elegir personas que resuelvan el conflicto que no sean abogados, sino que simplemente posean conocimientos más precisos en ciertas artes, oficios o profesiones y por lo tanto resuelven de manera más exacta, dominando ampliamente los puntos controvertidos del asunto.

Las partes pueden convenir también cuál será el procedimiento de recusación de árbitros y las causas que den lugar a ello. Sin embargo, en caso de no especificarlo, el CC se aplicará supletoriamente, según el artículo 1429⁶⁸.

v. Costas del arbitraje.

La cantidad que se destinará al pago de honorarios de los miembros del tribunal y los gastos administrativos no debe estar necesariamente especificada en la cláusula. Si se trata de un arbitraje institucional bastará con remitirse al reglamento en cuestión. En el caso de un procedimiento ad-hoc, se estará a lo que las partes señalen sin dejar de tomar en cuenta lo que disponga el derecho aplicable al caso.

vi. Renuncia a toda posibilidad de recurso contra laudo.

⁶⁸Artículo 1429: "Las partes podrán acordar libremente el procedimiento de recusación de árbitros. A falta de acuerdo, la parte que desee recusar a un árbitro enviará al tribunal, dentro de los quince días siguientes a aquél en que tenga conocimiento de su constitución o de circunstancias que den lugar a dudas justificadas respecto de la imparcialidad del árbitro o su independencia, o si no posee las cualidades convenidas, un escrito en el que exponga los motivos para la recusación. (...)"

Precisamente una de las ventajas más relevantes del arbitraje es que excluye la intervención judicial, tanto al momento de dictar sentencia como en cuanto al fondo del proceso. A este respecto, el artículo 1421 establece claramente que "salvo disposición en contrario, en los asuntos que se rijan por el presente título, no se requerirá intervención judicial."

El artículo 24 del Reglamento de la CCI estipula que "las partes se comprometen a ejecutar sin demora el laudo que se dicte y renuncian a cualquier vía de recurso a las que puedan renunciar."

La manifestación de esta renuncia es de capital importancia sobre todo a nivel internacional ya que en algunos regímenes jurídicos existen disposiciones que permiten la revisión del laudo por los tribunales nacionales.⁶⁹

vii. Derecho aplicable.

El derecho aplicable al caso va de la mano con la elección del lugar en el cual se llevará a cabo el arbitraje. La legislación del país especifica las condiciones y la extensión de la intervención de los jueces nacionales en el arbitraje, las probabilidades de ejecución del laudo y las normas que regirán el procedimiento. Las partes están facultadas para determinar cuál será el régimen jurídico al cual deba ser sometido el caso y al que deberá ajustarse el tribunal arbitral. Dicha libertad está contemplada por el artículo 1435 del CC. El señalar que derecho regirá el procedimiento y el fondo del arbitraje se simplifica las cosas ya que en las disposiciones jurídicas elegidas pueden estar contemplados todos los elementos que contempla una cláusula. Tal es el caso del

Título IV del CC; sus preceptos toman en consideración la libertad de las partes para conformar su procedimiento y a falta de ello, la de los árbitros para intervenir en las decisiones, de acuerdo a las circunstancias y particularidades del caso.

viii. Idioma del arbitraje.

Por último haremos una breve mención acerca de la conveniencia de incluir en la redacción de la cláusula arbitral el idioma en el cual se desarrollará el procedimiento. Al igual que el lugar y el derecho aplicable, el idioma es un elemento que cobra mayor relevancia en los contratos internacionales.

Equivocadamente se piensa que el idioma en que está redactado el contrato será el mismo del arbitraje. Como en los otros casos, si las partes no han expresado su voluntad respecto a este elemento, los árbitros lo determinarán tomando en consideración las circunstancias del caso.

Como podemos ver, el tema del acuerdo arbitral resulta esencial para pensar en un desarrollo exitoso de dicho medio resolutorio de controversias. Si las partes se ven debidamente asesoradas en lo que a redacción y alcance se refiere, se podrá obtener un convenio que incluya todo un procedimiento de solución de conflictos *ad hoc*, o la referencia a la institución más adecuada. El acuerdo arbitral ofrece la ventaja de ser un acto cuya única limitación es la obligación de cumplir con lo acordado y con los principios generales del derecho y las normas de orden público, ya que ello asegurará el reconocimiento y ejecución del laudo que se obtenga.

66 Tal es el caso de la Ley sobre Arbitraje de Inglaterra de 1979, la cual exige una renuncia expresa si las partes desean evitar la revisión del laudo por los jueces ingleses ("exclusion agreement"). S.R. Bond, *op. cit supra* nota 62, p.35

Sin embargo, existe otro elemento que las partes deben tomar en cuenta de manera imprescindible, y éste es el árbitro que resolverá la controversia que las vincula.

C. El árbitro.

La elección del árbitro es un aspecto tan delicado e importante que de ello puede depender el éxito y el buen desarrollo del proceso arbitral. Hay quien asegura que el arbitraje vale lo que vale el árbitro. Su independencia e imparcialidad deben quedar claramente definidas. Como ya dijimos, no es un auxiliar de la justicia estatal, sino todo un órgano administrador de justicia cuando las partes así lo han elegido.

1. Su capacidad:

El árbitro puede tener tantas características y aptitudes como las partes y el mismo litigio lo requieran. Escoger a la persona más adecuada y cercana a la materia en controversia no es fácil ya que pueden haber muchos aspectos en juego.

Ante todo, el árbitro debe gozar del pleno ejercicio de sus derechos para asumir el cargo. De acuerdo con las reglas genéricas, el árbitro debe contar con la edad suficiente para ser titular de derechos y obligaciones, tener condiciones mentales aptas, y en general no sufrir de ninguna restricción que le impida desarrollar dicha actividad.

En algunos códigos, tratados o reglamentos, puede establecerse la nacionalidad como requisito (de mayor conveniencia) para el desempeño de este cargo, sobre todo cuando se trata de litigios internacionales. Por ejemplo, nuestro Código de Comercio en su artículo 1427 fracc. V, señala

que "en el caso de árbitro único o del tercer árbitro, (el juez) tomará en cuenta asimismo, la conveniencia de nombrar un árbitro de nacionalidad distinta a la de las partes." Pero tal y como lo vemos en la redacción, esto es totalmente discrecional.

Antes de la reforma de 1993 al Título IV del Libro Quinto del código, los requisitos para ser árbitro eran mayores; actualmente gracias a la aceptación gradual de la multicitada figura jurídica, estas formalidades han ido desapareciendo.

Por otra parte , más particularmente, las partes suelen elegir a una persona que tenga conocimientos tanto teóricos como prácticos de la materia en litigio. El árbitro debe estar relacionado de alguna forma con la temática a resolver, puesto que ello le dará certeza y veracidad a su laudo. Sin embargo esto no quiere decir que deba tratarse de un perito en la materia. En todo procedimiento, el árbitro puede acudir a la opinión de un experto y considerar su dictamen en su decisión.

Existe polémica respecto a la relación que el árbitro debe tener con el derecho. Algunos autores se inclinan a decir que el árbitro debe ser jurista; otros solamente señalan que basta con que tenga los conocimientos básicos de la práctica jurídica tanto sustantiva como procesal.

En mi opinión, es indudable que todo procedimiento de resolución de controversia, aunque sea llevado por un tribunal no estatal, debe revestir formalidades que se apeguen a derecho. Toda autoridad resolutoria debe actuar y resolver conforme a derecho, y el árbitro particularmente deberá, además, tomar en cuenta elementos técnicos, científicos, comerciales etc... El manejo de los plazos, el ejercicio de las acciones y excepciones de las partes, el respeto de los derechos de cada una de ellas, y otros temas requieren forzosamente de un conocimiento de la teoría y de la práctica

jurídica, sustantiva y procesal; por ello considero que un árbitro debe ser ante todo licenciado en derecho.

2. Su designación:

Como ya dijimos, las partes gozan de plena facultad para elegir a su propio juzgador. Puede darse por dos vías distintas:

Por designación directa: las partes señalan a la persona que ocupará el cargo, sin intervención de autoridad o tercero. Se trata generalmente de arbitrajes *ad hoc* en los que se puede elegir conjuntamente o de manera individual, señalando cada parte cierto número de árbitros.

Por designación indirecta: las partes eligen al árbitro a través de la facultad que le confieren a un tercero para que indique quien ocupará el cargo. El tercero puede ser un particular, un centro administrador de arbitraje o el mismo poder judicial. Es el trámite que conviene para el arbitraje institucional.

3. Su imparcialidad e independencia.

En todo proceso de constitución de un tribunal arbitral debe llevarse a cabo el análisis de la imparcialidad e independencia del o de los miembro(s). Aunque sean conceptos cercanos, la doctrina explica que la imparcialidad es una disposición del espíritu, que solamente puede notarse en la práctica, mientras que la independencia es una situación de hecho que puede apreciarse objetivamente⁷⁰. Más claramente, puede decirse que la independencia se refiere a la relación entre el árbitro y las partes; la

⁷⁰Robert, J., *op. cit. supra* nota 20, p. 114.

imparcialidad existe entre el árbitro y el objeto de la controversia⁷¹. No debe compararse el sistema de comprobación de la autonomía de los jueces con el de los árbitros, ya que en el caso de los últimos, las partes tienen un trato más directo y personal con las autoridades que van a dirimir el conflicto. Por esta cercanía, el aseguramiento de la posición de los árbitros es aún más delicado. Las partes son las que eligen a la autoridad y ello puede poner en riesgo el trato igualitario que debe darse a cada una. En este caso, la intervención de una institución administradora asegura el proceso de comprobación de la calidad de los árbitros.

Cabe señalar aquí que el hecho de que cada una de las partes nombre a un árbitro no significa que éstos funjan como abogados de cada una de ellas; los integrantes del tribunal deben ser totalmente ajenos al conflicto y a los comprometidos; ello les permitirá dirimir la controversia conforme a derecho o a equidad. Si así lo desean, las partes pueden contratar separadamente un abogado que las asesore en el desarrollo del procedimiento.

Es obligación de los árbitros comunicar por escrito a las partes o a la Institución los hechos y circunstancias susceptibles de poner en duda su independencia. Una vez iniciado el procedimiento arbitral, sigue latente la posibilidad de que surja algún hecho o circunstancia que afecte su actuación y si así es, deben notificarlo inmediatamente.

Una vez que se ha reconocido la existencia de un acuerdo arbitral entre las partes, surgen dos clases de relaciones: por un lado tenemos la relación que une a las partes en conflicto y por la otra, aquella que nace entre éstas y la autoridad arbitral. A esta última nos referiremos en el siguiente apartado.

D. La relación entre el árbitro y las partes.

⁷¹Aguilar Alvarez, G. "The challenge of arbitrators", Arbitration International Vol. 6 No. 3, 1990, p. 214.

Para la celebración de un acuerdo arbitral, su implementación y actualización, no basta con el acuerdo entre las partes comprometidas, debe existir la aceptación expresa del árbitro o árbitros que se pretende designar. A este segundo acuerdo W. Kisch lo llamó 'contrato compromisario' diciendo que se celebra "entre los sujetos del litigio y él o los árbitros"⁷² Igualmente en España se hace alusión a un "contrato de dación y recepción de arbitraje" mediante el cual el árbitro acepta expresamente hacerse cargo del proceso. Otros autores lo comparan con un 'mandato' en el que el árbitro funge como mandatario de las partes. Personalmente creo que el mandato no es la figura jurídica más adecuada para calificar la relación árbitro-partes, ya que el primero no presta sus servicios profesionales, es una autoridad que dicta, ordena, decide. La misma Ley Modelo de la UNICITRAL le da ese carácter, sin embargo al reformarse el Título IV, Libro Quinto del CC, afortunadamente, se sustituyó el término por el de 'encargo'.

El inicio de su intervención surge por la voluntad de las partes, pero una vez elegido, adquiere poder para que sus resoluciones sean acatadas. Tanto la ley interna como las convenciones internacionales le otorgan poder para decir el derecho. La aceptación del árbitro perfecciona el acuerdo arbitral dándole plena validez tanto orgánica como procesal. La falta de dicha aceptación provoca la caducidad del compromiso.⁷³

Cuando se trata de un tribunal plural, se requiere la aceptación de todos los miembros; es decir que no nace una sola relación, sino tantas relaciones como árbitros constituyan el tribunal.

El procedimiento de nombramiento y aceptación del cargo de los árbitros es un tema de suma importancia en toda la regulación al respecto. El Reglamento de

⁷²Citado por J.A. Silva, *op. cit. supra* nota 50 p.80.

⁷³Robert, J. *op. cit. supra* nota 20, p.113.

la CCI, por ejemplo, contempla en su artículo 2 todo el trámite que debe seguirse para la constitución del tribunal con el propósito de asegurar la imparcialidad y autonomía de sus integrantes.

E. El tribunal arbitral.

La figura de tribunal arbitral es relativamente reciente, ya que anteriormente sólo se hacía referencia al "árbitro".⁷⁴

1. Legislación aplicable.

La característica más importante del tribunal arbitral es su autonomía frente a los tribunales judiciales. No debe ser considerado como auxiliar de la justicia estatal, sino como todo un órgano impartidor de justicia, con competencia y fundamento legal.

De acuerdo con la Ley Orgánica de los Tribunales de Justicia del Fuero Común del D.F. (LOTJDF), el tribunal arbitral es reconocido como un órgano totalmente capaz para aplicar las leyes, y se le incluye dentro de los que "administran justicia".⁷⁵

La legislación que regula su funcionamiento es, sin duda alguna, la establecida en el acuerdo arbitral, y decidida por las partes. En caso de que se haya omitido disposición alguna entonces se aplicará supletoriamente la legislación interna, tal y como lo señala el CC en diversos preceptos con las expresiones: "a falta de acuerdo entre las partes", "salvo pacto en

⁷⁴Idem p.109.

⁷⁵Artículo 1: "Corresponde a los Tribunales de Justicia del Fuero Común del Distrito Federal, (...) la facultad de aplicar las leyes en asuntos civiles y penales del citado fuero, lo mismo que en los asuntos del orden federal en los casos en que expresamente las leyes de esta materia les confieren jurisdicción".

Artículo 2: "La facultad a que se refiere el artículo anterior se ejerce: VI. por los árbitros."

contrario"...poniendo siempre la voluntad de las partes como principio rector del acuerdo.

Cuando se trata de arbitrajes internacionales y al referirse a la denegación del reconocimiento y ejecución de la sentencia, la Convención de Nueva York establece que la ley que regula la constitución del tribunal arbitral es la especificada en el acuerdo arbitral y, en caso de que falte, conforme a la ley del lugar donde se efectúa el arbitraje.⁷⁶

Del artículo 1426 al 1431 del CC se establecen las reglas a seguir en caso de falta de acuerdo entre las partes para la constitución del tribunal, y así se toca los temas de nombramiento de árbitros, número de árbitros, imparcialidad de los mismos, caso y procedimiento de recusación y nombramiento de sustituto.

En todo momento, si las partes no logran llegar a un acuerdo, se podrá solicitar al juez que intervenga como autoridad auxiliadora, a fin de que el proceso de constitución se lleve a cabo.

2. Clases de tribunales arbitrales.

Existen diversos criterios de clasificación para los tribunales arbitrales. Los más relevantes y de interés para el presente estudio son:

a. De acuerdo al órgano que lo integró:

76 Artículo V (1) (d) de la Convención sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras (Nueva York 1958): "Sólo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia, a instancia de la parte contra la cual es invocada, si esta parte prueba ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución: (...) d) que la constitución del tribunal o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, que la constitución del tribunal o el procedimiento arbitral, no se han ajustado a la ley del país donde se ha efectuado el arbitraje."

Cuadro #7: Clasificación del tribunal arbitral de acuerdo al órgano que lo integró.

Tribunal oficial	Tribunal privado
constituido por una autoridad estatal o paraestatal.	constituido por las partes; es el más conocido en la práctica y puede ser diseñado por las mismas partes o por el Centro administrador de arbitraje.

b. De acuerdo al número de árbitros:

Cuadro #8: Clasificación del tribunal arbitral de acuerdo al número de árbitros.

Tribunal unitario	Tribunal colegiado
constituido por un solo árbitro	integrado por una pluralidad; representa la mayoría actualmente, sobre todo para las cuestiones internacionales puesto que ofrece mayor seguridad; generalmente son en número impar.

c. De acuerdo al tipo de litigio:

Cuadro #9: Clasificación del tribunal arbitral de acuerdo al tipo de litigio.

Tribunal general	Tribunal especial o especializado
su competencia no se limita a cierto tipo de litigios	aquellos que sólo conocen de determinada clase de litigios; tal es el caso por ejemplo de los tribunales que se instituyen en la Comisión Nacional de seguros y fianzas, estrictamente para resolver controversias relacionadas con dichas materias.

d. De acuerdo al tipo de arbitraje:

Cuadro #10: Clasificación del tribunal arbitral de acuerdo al tipo de arbitraje.

Tribunal <i>ad hoc</i>	Tribunal institucional
carece de permanencia; sólo ha sido integrado para resolver el caso concreto de acuerdo a lo señalado en el acuerdo por las partes; al terminar la controversia, desaparece	son permanentes y continuos; integrados por árbitros de los centros de administración y de acuerdo con el reglamento regidor de dicha institución.

3. Proceso de constitución del tribunal.

Cuando surge una desavenencia y una de las partes, al menos, no está dispuesta a negociar una solución amigable, entonces la constitución del tribunal arbitral es inminente.

"Parece haber consenso general en que, junto con la rapidez y la confidencialidad, una de las características del arbitraje es la posibilidad que tienen las partes de escoger el juez que ellas consideren más altamente calificado para decidir el litigio que las opone" asegura Fernando Mantilla Serrano en sus reflexiones acerca de cómo escoger el árbitro al momento de surgir una controversia.⁷⁷

Tanto en el arbitraje *ad hoc* como en el institucional, el motor de la constitución del tribunal es la presentación de la demanda.

Habrán entonces dos puntos que decidir: el número de árbitros y la forma de designarlos.

En cuanto al número de árbitros, la práctica nos muestra que generalmente se opta por un número impar, ya que así se obtiene un laudo más confiable. Cuando se trata de un arbitraje institucional, puede darse el caso, como en la

Corte de Comercio Internacional, que el centro administrador intervenga supletoriamente para fijar el número de árbitros si las partes no llegaron a un convenio, tomando en cuenta "la complejidad del litigio, los montos en juego y el origen, la calidad de las partes y las peculiaridades culturales o políticas aptas a crear dificultades de comprensión."⁷⁸

Una vez designados se procederá a determinar si existe algún inconveniente para que dichas personas funjan como autoridades del proceso, es decir que deberá verificarse su independencia e imparcialidad para así evitar recusaciones posteriores. Puede solicitarse que dicha imparcialidad sea confirmada por escrito. En todo proceso de constitución del tribunal arbitral, el análisis respecto al conflicto de intereses de las autoridades es la parte esencial ya que busca ofrecer a las partes la seguridad de que su controversia será juzgada conforme a las reglas de igualdad.

Diversos tratadistas opinan que por eso no es recomendable designar nominativamente al árbitro desde la celebración del acuerdo, ya que si bien en ese momento puede resultar imparcial, al surgir la controversia puede tener alguna imposibilidad para desempeñar el cargo. Con el paso del tiempo, el árbitro puede perder su neutralidad, por ejemplo por haber contraído vínculos profesionales con alguna de las partes.⁷⁹

Una vez integrado el tribunal y con la certeza de la independencia de sus integrantes, entonces el juicio arbitral puede iniciar.

4. Aspectos sobre competencia.

⁷⁷Mantilla Serrano, F. "La constitución del tribunal arbitral: cómo escoger el árbitro", en El Arbitraje Comercial Internacional, (Suplemento especial del Boletín de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI), París, Cámara Internacional de Comercio, abril 1995, p.37.

⁷⁸Plantey, A., *op. cit supra* nota 29 p.15.

⁷⁹Paulsson, J. "The Contribution of english and American legislation." (s/d)

La competencia del tribunal arbitral se ve delimitada por dos fuerzas distintas: por un lado, las leyes tanto nacionales como internacionales, y por el otro la misma voluntad de las partes.

De la competencia otorgada por las leyes, el árbitro obtiene el fundamento para fungir como verdadera autoridad impartidora de justicia. Conoce y decide acerca del litigio principal, incluyendo los incidentes y excepciones que de él se deriven. Goza de plena capacidad para acudir a los tribunales estatales para solicitar su cooperación y auxilio, si lo juzga necesario.

Cuando el Estado establece algunas materias que serán reservadas a la justicia estatal, también está ejerciendo fuerza sobre la competencia de los tribunales arbitrales, delimitando su alcance.

Respecto a la competencia derivada de las partes, está surge al momento en que los compromitentes sustraen la litis de la competencia estatal para depositarla en manos de la autoridad arbitral. Esta competencia se completa cuando el o los árbitros aceptan el asunto y deciden resolver la controversia.

Una vez calificado de competente, el tribunal está facultado para decidir respecto a la validez del acuerdo, su vigencia, alguna posible modificación y hasta sobre su misma competencia; además, a petición de una de las partes, podrá ordenar la adopción de medidas precautorias. A ello se refiere el capítulo IV del Título IV del CC.

F. Auxilio de la autoridad estatal al arbitraje.

Si bien ha quedado asentado que el árbitro es una autoridad plenamente facultada para resolver conflictos conforme a derecho, sin la intervención estatal, debe también aceptarse que guarda una relación cercana con la

autoridad judicial, quien en repetidas ocasiones funge como institución auxiliadora.

Dicha intervención tiene diferentes grados y matices según el país de que se trate. En el nuestro, la tendencia más bien es de garantizar y apoyar al tribunal arbitral, no controlario o limitario. No hay obligación de hacer partícipe a la autoridad estatal de que se está realizando un juicio arbitral, y tampoco se admite su supervisión.

Como fundamento legal, el artículo 634 del CPCDF señala que "los jueces ordinarios están obligados a impartir el auxilio de su jurisdicción a los árbitros."

A continuación, mencionaré brevemente algunos casos en que la intervención de la autoridad jurisdiccional estatal se hace necesaria:

Generales:

- El juez tiene la obligación de remitir sin demora el litigio al arbitraje, cuando cualquiera de las partes lo soliciten.⁸⁰
- El juez, a solicitud de las partes, puede intervenir en la designación del árbitro, cuando éstas no hayan llegado a un acuerdo.
- El juez debe, en caso de considerarlo necesario, apercibir al árbitro para que cumpla con sus obligaciones, como declararse imparcial, resolver sin demora, etc...⁸¹
- A solicitud de las partes, el juez puede revisar la capacidad y neutralidad del árbitro.

En materia estrictamente procesal:

⁸⁰Artículo 1424 del CC: "El juez al que se someta un litigio sobre un asunto que sea objeto de un acuerdo de arbitraje, remitirá a las partes al arbitraje en el momento en que lo solicite cualquiera de ellas, a menos que se compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o de ejecución imposible"

⁸¹Artículo 636 del CPCDF: "El juez debe compeler a los árbitros a cumplir con sus obligaciones."

- Las partes pueden solicitar al juez la imposición de medidas cautelares.⁸²
- Existen 3 excepciones que pueden interponerse ante autoridad estatal en un juicio: la excepción de compromiso (cuando hay un acuerdo arbitral para resolver ese litigio), la excepción de litispendencia (se está llevando a cabo el proceso arbitral) y la excepción de cosa juzgada (la controversia ya fue resuelta por tribunal arbitral y el laudo fue reconocido y ejecutado).
- En caso de requerirlo, la autoridad estatal debe facilitar a las partes los medios para obtener pruebas.

Después del proceso arbitral:

- Las resoluciones de un proceso arbitral emitidas por el árbitro no son sólo opiniones sino verdaderas decisiones, sin embargo al momento de reconocerlas y ejecutarlas se suele acudir al auxilio de la autoridad estatal.
- El tribunal estatal puede, si así lo expresan las partes, fungir como órgano de segunda instancia, para impugnar la resolución arbitral. Sin embargo existe una gran polémica respecto a esta forma de intervención de la autoridad estatal en el arbitraje, ya que puede hablarse de una pérdida de sustancialidad de dicha figura. La aplicación de dicho recurso debe seguir ciertos principios, precisamente para que no se interprete como una forma de restar fuerza y seguridad a las decisiones arbitrales.

González Soría, por su parte, menciona a este respecto que "la tutela judicial sobre el procedimiento arbitral debe traducirse fundamentalmente en: a)

efectiva garantía de la eficacia del convenio arbitral, impidiendo a las partes incumplidoras acudir al procedimiento judicial si se hubiera pactado el sometimiento a arbitraje; b) adopción de medidas cautelares, para evitar pasividad o mala fe de alguna de las partes en la administración de las pruebas; c) adopción de medidas provisionales que impidan que alguna de las partes, de mala fe, sustraiga activos que puedan poner en su día en peligro la ejecución del laudo arbitral; d) revisión de los laudos a través de los recursos que, (...), deben ser limitados y e) ejecución forzosa de los laudos arbitrales en aquellos casos en los que las partes no lo hicieran voluntariamente.”⁸³

Es muy importante destacar que, siendo el tiempo uno de los aspectos más cuidados por el arbitraje, cuando se acude al auxilio de la autoridad estatal, éste debe ser eficaz y no dilatorio, puntos que protege y advierte el Título IV, Libro Quinto del CC a través de sus preceptos.

El arbitraje representa una opción muy favorable en la resolución pacífica de las controversias. La forma en que surge, la voluntad de las partes como principal fundamento, el reconocimiento que de la autoridad estatal recibe y todas sus facetas lo hacen cada vez más atractivo para los comerciantes en sus relaciones tanto mercantiles como financieras, a nivel nacional e internacional.

Después de un revisión breve pero necesaria para ubicar el objeto de estudio, de sus clases, elementos y ventajas, procede ahora analizar los rasgos generales del conflicto bancario en México, sus orígenes y evolución, para así después poder justificar la aplicabilidad del arbitraje en la resolución de las controversias que se susciten de las relaciones acreedores-deudores.

⁸²Artículo 1425 del CC: “Aun cuando exista un acuerdo de arbitraje las partes podrán, con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante su transcurso, solicitar al juez la adopción de medidas cautelares.”

⁸³González Soria, J., *op. cit. supra* nota 17 p. 60.

SEGUNDA PARTE: EL CONFLICTO BANCARIO

El estudio de los dos capítulos anteriores, respecto de los medios alternativos de resolución de controversias, y particularmente del arbitraje, tuvo como principal objetivo señalar sus principales lineamientos y destacar sus ventajas.

La crisis económica, política y social que se desató en diciembre de 1994, afectó esencialmente al sistema financiero y bancario de nuestro país. Como consecuencia, los particulares se enfrentaron ante la imposibilidad de pagar sus deudas, lo que provocó que las relaciones jurídicas entre las instituciones bancarias y sus deudores se tomaron controvertidas, incrementando el número de juicios hipotecarios y ejecutivos mercantiles.

De acuerdo a un artículo publicado el pasado 3 de junio de 1996 en la Revista Proceso, Intitulado "Con engaños y amenazas, hasta de cárcel, los bancos y sus abogados extorsionan a los deudores", el resultado de la crisis económica y de las medidas que se tomaron no es alentador. La cartera vencida se triplicó en año y medio; los deudores hipotecarios (900,000) engloban actualmente un débito de 150,000 millones de pesos y 20% de los que lograron renegociar su deuda, han caído una vez más en mora.

De acuerdo a la misma fuente, según datos del Tribunal Superior de Justicia del D.F., del 1 de diciembre de 1995 al 15 de mayo de 1996, se presentaron 4,671 demandas de 41 instituciones bancarias contra particulares y 5,897 de particulares contra el mismo número de instituciones.

En esta parte intentaremos dar un panorama general de dicho conflicto, analizando en primer lugar las diversas clases de relaciones entre bancos y particulares (capítulo I), para después hacer un resumen del problema bancario-financiero que dio lugar a la situación que se vive actualmente (capítulo II).

CAPÍTULO III. LAS RELACIONES JURÍDICAS ENTRE ACREEDORES BANCARIOS Y SUS DEUDORES.

El objetivo de este capítulo no es hacer un análisis jurídico profundo de las operaciones que se realizan en una institución bancaria. El propósito es únicamente tener un panorama de las relaciones jurídicas que nacen entre los particulares y los bancos, a partir de las cuales surgieron los conflictos que nos ocupan.

Las fuentes para el presente capítulo fueron la LIC, la LGTOC y un documento interno elaborado en Banca Cremi acerca de los instrumentos financieros que se manejan.⁶⁴

A. Tipos de operaciones y servicios bancarios.

El artículo 2 de la LIC limita la prestación del servicio de banca y crédito a las instituciones de crédito, que pueden ser de banca múltiple y de desarrollo. Además, establece que por 'servicio de banca y crédito' debe entenderse "la captación de recursos del público en el mercado nacional para su colocación en el público, mediante actos causantes de pasivo directo o contingente, quedando el intermediario obligado a cubrir el principal y, en su caso, los accesorios financieros de los recursos captados."

De este texto se desprenden las dos operaciones esenciales de la banca: la captación y la colocación de recursos provenientes del público.

El Título III de la LIC regula las operaciones realizadas por las instituciones de crédito. Específicamente, el artículo 46 las enumera en 25 fracciones⁶⁵ que pueden clasificarse en tres grandes grupos:

⁶⁴Banca Cremi, Manual práctico del crédito tradicional, México 1995.

⁶⁵Artículo 46: "Las instituciones de crédito sólo podrán realizar las operaciones siguientes:

- operaciones de captación;
- operaciones de colocación y
- servicios.

1. Operaciones de captación.

La institución bancaria es un intermediario en los mercados del dinero y del crédito. Para obtener recursos que le permitan cumplir con sus funciones, el banco cuenta con diversos mecanismos, los cuales comentaremos brevemente a continuación.

-
- I. Recibir depósitos de dinero: (...);
 - II. Aceptar préstamos y créditos;
 - III. Emitir bonos bancarios;
 - IV. Emitir obligaciones subordinadas;
 - V. Constituir depósitos en instituciones de crédito y entidades financieras del exterior;
 - VI. Efectuar descuentos y otorgar préstamos o créditos;
 - VII. Expedir tarjetas de crédito con base en contratos de apertura de crédito en cuenta corriente;
 - VIII. Asumir obligaciones por cuenta de terceros, con base en créditos concedidos, a través del otorgamiento de aceptaciones, endoso o aval de títulos de crédito, así como de la expedición de cartas de crédito;
 - IX. Operar con valores (...);
 - X. Promover la organización y transformación de toda clase de empresas o sociedades mercantiles y suscribir y conservar acciones o partes de interés en las mismas, (...);
 - XI. Operar con documentos mercantiles por cuenta propia;
 - XII. Llevar a cabo por cuenta propia o de terceros operaciones con oro, plata y divisas, (...);
 - XIII. Prestar servicio de cajas de seguridad;
 - XIV. Expedir cartas de crédito previa recepción de su importe, hacer efectivos créditos y realizar pagos por cuenta de clientes;
 - XV. Practicar las operaciones de fideicomiso a que se refiere la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, y llevar a cabo mandatos y comisiones;
 - XVI. Recibir depósitos en administración o custodia, o engarantía por cuenta de terceros, de títulos o valores y en general de documentos mercantiles;
 - XVII. Actuar como representante común de los tenedores de títulos de crédito;
 - XVIII. Hacer servicio de caja y tesorería relativo a títulos de crédito, por cuenta de las emisoras;
 - XIX. Llevar la contabilidad y los libros de actas y de registro de sociedades y empresas;
 - XX. Desempeñar el cargo de albacea;
 - XXI. Desempeñar la sindicatura o encargarse de la liquidación judicial o extrajudicial de negociaciones, establecimientos, concursos o herencias;
 - XXII. Encargarse de hacer avalúos (...);
 - XXIII. Adquirir los bienes muebles e inmuebles necesarios para la realización de su objeto (...);
 - XXIV. Celebrar contratos de arrendamiento financiero y adquirir los bienes que sean objeto de tales contratos y
 - XXV. Las análogas y conexas que autorice la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, (...)."

Los instrumentos de captación más comunes son:

Para personas físicas:

- cuentas de cheques⁸⁶ y cuentas maestras;
- cuentas productivas⁸⁷;
- inversión inmediata;
- pagarés a diferentes plazos⁸⁸ y
- mesa de dinero.

Para personas morales:

- cuentas de cheques y cuentas maestras;
- fondos empresariales;
- pagarés a diferentes plazos;
- mesa de dinero y
- otros.

No debe perderse de vista que la mercancía de los bancos es el dinero captado.

2. Operaciones de colocación (crédito).

⁸⁶El cheque como título de crédito es regulado por el capítulo IV del título I de la LGTOC, en el cual se indican las menciones que éste debe contener, las presunciones de la ley en caso de omisión, las clases (al portador y nominativo), las partes vinculadas (librador, librado y tenedor), las acciones de éstas, etc...

⁸⁷Tanto las cuentas maestras como la productivas se rigen por las disposiciones del depósito bancario, regulado en la primera sección del capítulo II del título II de la LGTOC, dedicado a las operaciones de crédito. En esta figura se permite al depositario, en este caso en banco, disponer de la cantidad entregada siempre y cuando la restituya de acuerdo a lo estipulado (salvo algunas excepciones como lo son el depósito constituido en caja, saco o sobre cerrado, que no transfieren la propiedad al depositario).

⁸⁸El pagaré se encuentra regulado en el capítulo III del título I de la LGTOC. Dicho ordenamiento establece los elementos que éste debe contener, así como las diversas clases que existen de acuerdo a las menciones que en él se hagan (e.g. pagaré domiciliado)

En todas las operaciones de colocación del banco, existe un riesgo que debe evaluarse y asumirse. Los datos que la institución debe tomar en cuenta, entre otros, son la capacidad de pago, el entorno económico y sus estudios debe ser muy cuidadoso ya que no debe olvidarse que los recursos que se prestan son de los depositantes a los que se debe dar seguridad de que la Institución podrá responder cuando se le soliciten retiros de las inversiones.

Las operaciones de crédito son conocidas como operaciones activas⁸⁹. Existen diversos criterios de clasificación del crédito; los más relevantes son los siguientes:

- según el plazo: los créditos pueden ser de corto, mediano y largo plazo;
- según el sector: para producción o servicios;
- según su instrumentación: por títulos de crédito (cheque, letra de cambio, pagaré); por contrato (privado o público) o por contrato y título de crédito (tarjetas de crédito);
- según la garantía otorgada: sin garantía o con garantía (personal, real u otra);
- según su destino: para operaciones en tránsito, para la distribución, para el financiamiento de ventas, para el fomento o desarrollo, para el comercio exterior, para la adquisición o construcción de viviendas, para el consumo y otros.

⁸⁹Las operaciones activas de los bancos están reguladas por el capítulo III de la LIC "De las Operaciones Activas". El artículo 65 señala que "para el otorgamiento de sus financiamientos, las instituciones de crédito deberán estimar la viabilidad económica de los proyectos de inversión respectivos, los plazos de recuperación de éstos, las relaciones que guarden entre sí los distintos conceptos de los estados financieros o la situación económica de los acreditados, y la calificación administrativa y moral de estos últimos, sin perjuicio de considerar las garantías que en su caso, fueren necesarias.(...)"

Comentaremos brevemente algunos de los préstamos y operaciones más comunes entre una institución bancaria y los particulares:

a. Los préstamos quirografarios.

Dentro de los préstamos sin garantía, los más frecuentes son los quirografarios, también conocidos como préstamos en blanco o préstamos directos. Se otorgan generalmente para resolver necesidades transitorias de tesorería con un plazo máximo de 180 días. Son considerados los más riesgosos, ya que se desconoce el destino que se le dará al monto y si el particular cuenta o no con los recursos para su liquidación.

b. Los créditos para el fomento o desarrollo.

Los créditos que comunmente se otorgan a las empresas son los de habilitación y avío⁹⁰, los simples con garantía hipotecaria y las hipotecas industriales, agrícolas o ganaderas⁹¹.

Los financiamientos para habilitación y avío están condicionados a que su importe se destine estrictamente al fomento de la producción agrícola,

⁹⁰La LGTOC contempla estos créditos señalando que deberán ser empleados estrictamente para "la adquisición de las materias primas y materiales, y en el pago de los jornales, salarios y gastos directos de explotación indispensables para los fines de (la) empresa" (artículo 321). Además, la LIC establece ciertas reglas para el otorgamiento de los créditos de habilitación y avío en el artículo 66, dentro de las cuales destacan la obligación de instrumentarlo mediante póliza ante corredor público titulado, en escritura pública o en contrato privado (firmado por triplicado ante dos testigos) y la posibilidad de establecer garantías reales sobre bienes muebles o inmuebles, además de los que constituyen la garantía propia de estos créditos).

⁹¹El artículo 67 de la LIC regula la constitución de hipotecas en favor de instituciones de crédito. El precepto señala que éstas deberán permitir al deudor la explotación de los bienes afectos a las hipotecas conforme al destino que les corresponda. Asimismo se establece la obligación de inscribir dichas garantías en el Registro Público de la Propiedad del lugar o lugares en que estén ubicados los bienes. El último párrafo nos remite a lo señalado por el artículo 214 de la LGTOC. La importancia del artículo mencionado es que determina la cobertura de una hipoteca cuando ha sido constituida como garantía de los créditos otorgados y de los títulos emitidos; el texto señala: "(...) Cuando se constituya hipoteca, se entenderá que la hipoteca cubre, sin necesidad de ulteriores anotaciones o inscripciones en el Registro Público, todos los saldos que eventualmente, dentro de los límites del crédito total representado por la emisión, queden insolutos por concepto de obligaciones o cupones no pagados o amortizados en la forma que se estipula.(...)"

ganadera, avícola o industrial. Su plazo máximo es de 3 años, y se determinará según el ciclo del negocio. Los requisitos exigidos por el banco en este caso son mayores ya que el empresario debe proporcionar estado de costos, de producción, de ventas y un flujo de efectivo. Su instrumentación es a través de un contrato de apertura de crédito simple, constituyéndose prenda en favor de la institución sobre los bienes que se adquieran además del nombramiento de un fiador en el contrato de crédito y un aval en los pagarés que compueben la disposición del crédito.

Los créditos simples con garantía hipotecaria por su parte se otorgan para invertir en el fomento de la actividad económica del solicitante, pudiendo ser para apoyo al capital de trabajo, la consolidación de pasivos, la inversión en activos etc. Su plazo máximo es de 7 años, pero el pago de intereses invariablemente debe ser mensual. La garantía hipotecaria son inmuebles que puedan ser fácilmente transmitidos como casas, edificios urbanos, comerciales. Su instrumentación también es mediante contrato de apertura de crédito simple con garantía hipotecaria, con la concurrencia de un fiador en el contrato y avales en los pagarés.

Finalmente, las hipotecas industriales, agrícolas o ganaderas se otorgan como garantías para créditos que se conceden a industriales, agricultores o ganaderos, cuyo destino es satisfacer todo tipo de necesidades económicas para el fomento de la empresa, pudiendo ser materias primas, necesidades en efectivo, compra de maquinaria y consolidación de pasivos, entre otros. Su plazo máximo es de 7 años. La unidad industrial en si misma constituye la garantía hipotecaria, incluyendo los terrenos, las construcciones, la maquinaria, el mobiliario y equipo, las cuentas por cobrar, los inventarios etc.

c. Los créditos con garantía específica.

Dentro de este rubro encontramos los préstamos prendarios (o pignoratícios); los préstamos con garantía fiduciaria y los simples con garantía prendaria.

Los primeros están garantizados por un pagaré que firma el cliente y por bienes no perecederos de amplio mercado y fácil realización, títulos de crédito u otros documentos que representen mercancías o valores. Los plazos son de 180 días y el pagaré en el que se instrumenta el crédito debe vencer 5 días antes de que venza el bono de prenda.

Los préstamos de garantía fiduciaria se destinan para apoyar el capital de trabajo de las empresas, a la compra de activos, a la construcción de viviendas etc. El objeto del crédito debe estar debidamente descrito en el contrato en que se instrumente.

Por último, los simples con garantía prendaria se diferencian de los primeros en que se instrumentan a través de un contrato de crédito a mayor plazo, mismo en que se deberá especificar el objeto del crédito. La garantía puede ser títulos de crédito, acciones y valores cotizados, depósitos de valores emitidos por el Gobierno Federal, etc.

d. El crédito en cuenta corriente⁹²:

Este crédito puede darse en dos modalidades distintas:

- Mediante el préstamo, el acreditado puede disponer del importe con cheques de una cuenta especial, expidiéndolos sin contar con fondos en la cuenta. Es otorgado exclusivamente a clientes de solvencia moral

⁹²De acuerdo al artículo 302 de la LGTOC, "en virtud del contrato de cuenta corriente, los créditos derivados de las remesas recíprocas de las partes se anotan como partidas de abono o de cargo en una cuenta, y sólo el saldo que resulte a la clausura de la cuenta constituye un crédito exigible y

conocida y su monto está determinado previamente. El acreditado repondrá los fondos al banco, y éste le cobrará intereses por los saldos diarios que arroje la cuenta y una comisión por apertura. Además está obligado a realizar remesas para crédito a fin de que el 50% de su saldo quede cubierto en algún momento de cada período de 180 días.

- Mediante un contrato de crédito en cuenta corriente a un plazo y monto previamente determinados, según la capacidad de pago del solicitante, entre otros datos. Dicho contrato puede ser con garantía hipotecaria, fiduciaria o prendaria y debe contener el destino del crédito claramente expresado. Se dispone del monto a través de pagarés hasta por la cantidad determinada y por el plazo establecido.

3. Los servicios.

Por último, los bancos también ofrecen otros servicios mediante los cuales obtienen ingresos importantes y que vale la pena mencionar:

- servicios de avalúos;
- recepción de pagos por ventanilla;
- órdenes de pago;
- fidelcomisos;
- giros;
- certificación de cheques;
- cheques de caja;
- cheques de viajero;
- servicios de cajas de seguridad;
- pago de nóminas; y
- pagos electrónicos.

disponible." Dicho contrato finaliza al vencimiento del plazo convenido o al extinguirse el crédito o el objeto para el cual fue otorgado.

Como toda relación entre individuos, las operaciones entre las instituciones bancarias y los particulares pueden generar ciertos conflictos debido al incumplimiento de las obligaciones contraídas. De ello nos ocuparemos a continuación.

B. Los conflictos.

Una de las consecuencias de los problemas económicos, políticos y sociales que se originaron a finales de 1994, fue la crisis bancaria. Los particulares se enfrentaron a un incremento de sus deudas y las instituciones se vieron imposibilitadas a hacer frente a sus obligaciones como depositarias de los patrimonios tanto individuales como empresariales.

En el campo jurídico, dichas controversias dieron lugar a litigios mercantiles (juicios ejecutivos mercantiles) y civiles (juicios hipotecarios), de los cuales haremos una breve revisión.

1. El juicio ejecutivo mercantil

a. Aspectos generales

Para el estudio de este juicio, deben tomarse en cuenta primeramente las características de un juicio ejecutivo como tal.

De acuerdo con Niceto Alcalá Zamora y Castillo, "el juicio ejecutivo tiene, desde su antecedente medieval, carácter sumario, es decir breve (aunque en la práctica no lo sea en la medida apetecible); ello representa, en contraste con el ordinario una ventaja (la rapidez) y un inconveniente (las menores garantías procesales,...)"⁹³. Aparece debido a la necesidad de

⁹³Alcalá Zamora y Castillo, N. Clinica procesal, 2ª edición, México, Porrúa, 1982, p.260

abreviar los trámites del proceso ordinario, teniendo como origen un reconocimiento de la obligación del deudor por el juez y que debe hacer que se cumpla. Desde su aparición, el juicio ejecutivo se traduce entonces en un procedimiento sumario que pretende hacer efectivo el título ejecutivo que posee el acreedor y cuyas excepciones oponibles por la parte deudora están limitadas a la validez del título y a algunos presupuestos procesales como la competencia de la autoridad.

El juicio sumario, según Carlos Arellano García, a diferencia del ordinario "entraña compactación de las etapas procesales para lograr una mayor expedición en la realización de trámites hasta que llegue el momento de resolución, plazo de dictado de sentencia."⁹⁴

"En el juicio ejecutivo...la presunción de inocencia a favor del demandado, que rige en el ordinario...se reemplaza por una de culpabilidad, derivada de la existencia del título ejecutivo...y en virtud de la cual...la carga de la prueba se desplaza hacia el deudor..."⁹⁵ señala Alcalá Zamora, mostrando que al iniciar un juicio de esta naturaleza, rige la premisa de que el demandado efectivamente debe cierta cantidad de dinero expresada en el documento llamado "título ejecutivo".

El juicio ejecutivo no pone en duda el derecho que se está declarando, sino que su principal objetivo es hacer cumplir una obligación que se encuentra determinada en el título.

Las principales características de este procedimiento son entonces:

- legalidad (sólo en los casos en que la ley lo señala puede ser admitido);

⁹⁴Arellano García, C. *Teoría General del Proceso*, 4ª edición, México, Porrúa, 1992, p.26.

⁹⁵Alcalá Zamora y Castillo, N. *op. cit. supra* nota 93, p.261

- sumariedad (es o debe ser muy breve en su sustanciación); y
- especialidad (ya que tiene una tramitación propia).

Vale la pena señalar algunos conceptos necesarios para el estudio de esta clase de juicios:

La acción ejecutiva: la doctrina nos dice que "la acción ejecutiva...es la facultad que la ley confiere al acreedor para conseguir que el Estado haga cumplir los actos ejecutivos a que se ha obligado el deudor."⁹⁶

El título ejecutivo: el mismo autor señala que el "título ejecutivo es el documento en que consta el derecho que ha de hacerse efectivo por la ejecución y cuya cualidad la declara la ley"⁹⁷. Cipriano Gómez Lara por su parte señala que el título ejecutivo constituye una prueba preconstituida de la acción que se está ejercitando. En dicho documento se consigna una obligación indubitable y predeterminada.⁹⁸ De esto se desprende que para ejercitar la acción ejecutiva, se requiere forzosamente de la existencia y posesión de un título ejecutivo, "sin título ejecutivo no hay juicio ejecutivo" afirma Gómez Lara.⁹⁹

Existen dos clases de títulos ejecutivos: los civiles y los mercantiles. Los primeros están regulados por el Código de Procedimientos Civiles y los segundos por el Código de Comercio y por la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito. Para el presente estudio, enfocaremos nuestra atención en los segundos ya que son las que se expiden en las relaciones bancarias¹⁰⁰.

⁹⁶Parodi R., C. "El juicio ejecutivo mercantil en el Perú" en la Revista Procesal, Año 6, número 1 al 6, México 1977, p.364.

⁹⁷*ibidem*.

⁹⁸Gómez Lara, C. *op.cit. supra* nota 56, p.251 y 252.

⁹⁹*ibidem*.

¹⁰⁰El artículo 68 de la LIC establece claramente que "los contratos o las pólizas en los que, en su caso, se hagan constar los créditos que otorguen las Instituciones de crédito, junto con los estados de cuenta certificados por el contador facultado por la institución de crédito acreedora, serán títulos

Además de la denominación 'títulos de crédito' también se les conoce como 'títulosvalor', expresión empleada por el sistema germano, austriaco y suizo (*wertpapier*). Según el Diccionario Jurídico Mexicano del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, los títulosvalor comprenden además del derecho de crédito, derechos de posesión, derechos de disposición, status de socio, derechos corporativos en general¹⁰¹. La LGTOC habla de 'títulos de crédito' y los define en su artículo 5 como "los documentos necesarios para ejercitar el derecho literal que en ellos se consigna"¹⁰². Desde su aparición, representan el instrumento que permite a su tenedor comprobar que existe la deuda que se está reclamando en juicio. En él, el deudor reconoce expresamente su obligación.

Por otra parte la ley regula las operaciones de crédito, en su título segundo, dentro de las cuales contempla el reporto, el depósito, el descuento de crédito en libros, los créditos (en sus diferentes manifestaciones) y el fideicomiso¹⁰³.

Dentro de las operaciones de crédito, la que más nos interesa en este caso es la apertura de crédito:

ejecutivos, sin necesidad de reconocimiento de firma ni de otro requisito.(...)" Asimismo, el artículo 72 señala que "cuando el crédito tenga garantía real, el acreedor podrá ejercitar sus acciones en juicio ejecutivo mercantil, ordinario, o el que en su caso corresponda, conservando la garantía real y su preferencia aun cuando los bienes gravados se señalen para la práctica de la ejecución."

¹⁰¹ Labariega, P. "Títulosvalor" en Diccionario Jurídico Mexicano, UNAM, 3ª edición, México, Porrúa y UNAM, 1989, p. 3102 y sigs.

¹⁰² Esta definición está basada en el concepto del jurista italiano, Cesar Vivante, quien además de calificar de *literal* el derecho consignado en el documento, también señala que es *autónomo*, puesto que se renueva en cada tenedor; cada persona tiene un poder adquisitivo propio, independientemente de que se trate del mismo documento. La LGTOC adoptó dicho concepto pero excluyendo el término *autónomo*. (Vivante, C. Tratado de Derecho Mercantil, Versión española de la 5ª edición, Madrid, Italiana, 1933. Tomo II, p.136. Citado por R. Cervantes Ahumada en Títulos y Operaciones de Crédito, 13ª edición, México, Herrero, 1984, p.9).

¹⁰³ El artículo 1391 del CC incluye en su enumeración de los documentos que traen aparejada ejecución, y que dan lugar a juicios ejecutivos mercantiles, a las facturas, cuentas corrientes y cualesquiera otros contratos de comercio firmados y reconocidos judicialmente por el deudor (fracción VII).

Este acto se realiza entre una persona (acreditante), que pone a disposición cierta suma de dinero o asume determinada obligación a nombre de la otra (acreditado), quien se obliga a restituir la cantidad o a cubrir a la primera por el importe de la obligación asumida, y en todo caso, a pagarle los intereses, prestaciones, gastos y comisiones que se estipulen. (artículo 291 de la LGTOC).

Se trata de un contrato especial, de efectos definitivos e inmediatos, es decir que no puede ser de promesa. Puede ser simple o en cuenta corriente. En la primera, el acreditado solamente puede disponer de la suma que se le ha otorgado; una vez consumida concluye la operación. La segunda categoría, en cambio, se encuentra regulada por el artículo 296 de la LGTOC, y su diferencia estriba en que el acreditado puede hacer remesas antes de la fecha fijada para la liquidación, lo que le permitirá disponer del saldo a su favor; sólo por el transcurso del tiempo concluye el contrato, no por el uso del crédito. A cada disposición del crédito, corresponde un título emitido por el acreditado en el cual se reconoce su deuda¹⁰⁴.

La tarjeta de crédito es un caso especial ya que no se trata ni de un título de crédito propiamente dicho ni de una operación de crédito por sí misma, sino que, como lo señala Cervantes Ahumada, es un documento de "simple legitimación, probatorias de los contratos" de los que se desprende¹⁰⁵. El banco abre un crédito de cuenta corriente que le permitirá al acreditado presentar la tarjeta en determinados establecimientos y efectuar sus pagos. La institución se obliga a enviar mensualmente al particular un estado de cuenta en el cual se especifican

104 La LIC también regula la apertura de crédito. El artículo 71 señala, en su primer párrafo que "la apertura de crédito comercial documentario obliga a la persona por cuenta de quien se abre el crédito, a hacer provisión de fondos a la institución que asume el pago, con antelación bastante. El incumplimiento de esta obligación no perjudicará los derechos del beneficiario en caso de crédito irrevocable. El contrato de apertura de crédito será título ejecutivo para exigir el cumplimiento de dicha obligación."

los montos de las disposiciones que se hayan realizado y los intereses aunados.

Por cada disposición de la tarjeta, el acreditado otorga títulos de crédito (en este caso pagarés, regulados por el artículo 170 de la LGTOC), y ello está contemplado por los artículos 297 y 299 del ordenamiento mencionado¹⁰⁶. Estos servirán como títulos ejecutivos para ejercer la acción a nivel judicial, cuando el particular incumpla su obligación de pago o agote su crédito.

Al ejercer dicha acción y presentar los pagarés firmados por el tarjetahabiente, se desencadena entonces el juicio ejecutivo mercantil, cuya regulación comentaremos a continuación.

b. Regulación en el Código de Comercio y su tramitación.

El juicio ejecutivo mercantil es contemplado por el CC en el Título III (artículos 1391 a 1414). Sólo en lo que este último ordenamiento no regule, se aplicará supletoriamente la legislación aplicable de derecho común.¹⁰⁷

¹⁰⁵Cervantes Ahumada, *op.cit. supra* nota 103 p.311.

¹⁰⁶El primer párrafo del artículo 297 de la LGTOC señala que "salvo convenio en contrario, siempre que en virtud de una apertura de crédito el acreditante se obligue a aceptar u otorgar letras, a suscribir pagarés, a prestar su aval o en general a aparecer como endosante o signatario de un título por cuenta del acreditado, éste quedará obligado a constituir en poder del acreditante la provisión de fondos suficientes, a más tardar el día hábil anterior a la fecha en que el documento aceptado, otorgado o suscrito deba hacerse efectivo."

¹⁰⁷El artículo 2 del CC señala: "A falta de disposiciones de este código, serán aplicables a los actos de comercio las del derecho común." El viernes 24 de mayo de 1996, se publicó en el DOF un Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan disposiciones del CPCDF; de la Ley Orgánica de Nacional Financiera; del CC; de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito; y del C.Civil. En el artículo tercero de dicho decreto se reforma el artículo 2º del CC para quedar como sigue: "A falta de disposiciones de este ordenamiento y las demás leyes mercantiles, serán aplicables a los actos de comercio las del derecho común contenidas en el Código Civil aplicable en materia federal." Esta redacción entrará en vigor sesenta días después de su publicación en el DOF, según el primer artículo transitorio del decreto citado.

Como ya dijimos la base de todo juicio ejecutivo, sea civil o mercantil, es la existencia de un título ejecutivo.

El artículo 1391 del CC señala que los títulos que traen aparejada ejecución, y en los cuales se funda el juicio ejecutivo mercantil, son los siguientes:

- la sentencia ejecutoriada o pasada en autoridad de cosa juzgada;
- la sentencia arbitral que sea inapelable;
- los instrumentos públicos;
- la confesión judicial del deudor;
- las letras de cambio, libranzas, vales, pagarés y demás efectos de comercio en los cuales esté expresada la firma del aceptante,¹⁰⁸
- las pólizas de seguro;
- las decisiones de peritos designados en los seguros para fijar el importe del siniestro y
- las facturas, cuentas corrientes y cualesquiera otros contratos de comercio firmados y reconocidos judicialmente por el deudor.

De acuerdo con el Código, las etapas del juicio ejecutivo son las siguientes:

1. presentación de la demanda acompañada del título ejecutivo;
2. emisión del auto para que el deudor sea requerido de pago;
3. embargo de los bienes del deudor suficientes para cubrir el monto de la deuda y las costas, en caso de no realizar el pago requerido judicialmente;
4. depósito de los bienes en persona nombrada por el acreedor (art. 1392);

¹⁰⁸En el decreto citado en la nota 107, reemplaza la enumeración de esta fracción por la expresión "los títulos de crédito".

5. notificación al deudor del embargo para que dentro del término de 5 días comparezca ante el juzgado para realizar el pago u oponer las excepciones pertinentes (art. 1396)¹⁰⁹;

- a) Si el demandado, dentro del plazo señalado en el inciso #5, opone excepciones acompañando instrumento, el ejecutante podrá objetarlo ofreciendo pruebas dentro de los 10 días siguientes. Se señalará después fecha y hora para audiencia verbal, que se realizará en 3 días. El juez dará su fallo en 5 días (arts. 1399 y 1400).

Si en cambio opone excepciones contra la ejecución y el negocio exige prueba, el plazo para ello será de 15 días como máximo. Se darán 5 días a cada parte para que aleguen lo que a su derecho les convenga. Dentro del término de 8 días se dictará sentencia (arts. 1405, 1406 y 1407).

109 Como anunciamos en la doctrina, el juicio ejecutivo se caracteriza, entre otras particularidades, por limitar las excepciones que pueden interponerse. De acuerdo con el artículo 8 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito "contra las acciones derivadas de un título de crédito sólo pueden oponerse las siguientes excepciones y defensas:

- I. Las de incompetencia y de falta de personalidad en el actor;
- II. Las que se funden en el hecho de no haber sido el demandado quien firmó el documento;
- III. Las de falta de representación, de poder bastante o de facultades legales en quien suscribió el título a nombre del demandado, salvo lo dispuesto en el artículo 11;
- IV. La de haber sido incapaz el demandado al suscribir el título;
- V. Las fundadas en la omisión de los requisitos y menciones que el título o el acto en él consignado deben llenar o contener, y la ley no presuma expresamente o que no se haya satisfecho dentro del término que señala el artículo 15;
- VI. La de alteración del texto del documento o de los demás actos que en él consten, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 13;
- VII. Las que se funden en que el título no es negociable;
- VIII. Las que se basen en la quita o pago parcial que consten en el texto mismo del documento, o en el depósito del importe de la letra en el caso del artículo 132;
- IX. Las que se funden en la cancelación del título, o en la suspensión de su pago ordenada judicialmente, en el caso de la fracción II del artículo 45;
- X. Las de prescripción y caducidad y las que se basen en la falta de las demás condiciones necesarias para el ejercicio de la acción;
- XI. Las personales que tenga el demandado contra el actor.

- b) Si el demandado no opone excepciones dentro del plazo señalado en el inciso #5, a pedimento del actor y previa citación de las partes se pronunciará sentencia de remate (art. 1404).

6. Al haberse dictado sentencia de remate, se hará un avalúo para proceder a la venta de los bienes, misma que se anunciará por 3 veces dentro de 3 días (para bienes muebles) y dentro de 9 días (para bienes raíces).

No debe perderse de vista que el juicio ejecutivo tiene como característica principal un manejo rápido y sumario. Su dilatación va en contra de su esencia y razón de ser. También acerca de las excepciones oponibles en el juicio ejecutivo existen ciertas limitantes: el deudor solamente puede interponer las excepciones que se refieran a la validez del título o a la procedencia de la ejecución.¹¹⁰

El demandante, al iniciar un procedimiento ejecutivo, goza de la ventaja de obtener primero la ejecución, antes de llevarse a cabo la fase de conocimiento; y esto se fundamenta en la existencia del título ejecutivo que prueba indubitable y fehacientemente la existencia de una deuda precontractada. En el juicio ordinario civil, en cambio, en un primer plano se realiza la fase de conocimiento y posteriormente la de ejecución.

110El maestro Eduardo Pallares divide las excepciones que contempla el artículo 8 de la LGTOC en 5 grandes grupos:

- 1) Las que se refieren a la incompetencia y falta de personalidad del actor (excepción dilatoria que impide seguir la secuencia procesal): fracción I;
- 2) Las que se refieren a la formalidad que debe revestir el título: fracciones V, VI, VII y IX;
- 3) Las inherentes al demandado: fracciones II, III y IV;
- 4) Las que derivan del cumplimiento de la obligación: fracciones VIII y X y
- 5) Las personales que tenga el demandado en contra del actor: fracción XI.

Por su parte R. Cervantes Ahumada menciona tres clases de excepciones oponibles contra la acción que tiene por fundamento un título de crédito: "a) las que afectan a los presupuestos procesales, o sea las que se refieren a los elementos básicos de todo juicio (fracciones I, II, III y IV); b) las que se refieren a la materialidad misma del título (fracciones V a X); y c) las que derivan de una relación personal entre actor y demandado (fracción XI)." (*op. cit. supra* nota 102, p.15)

2. Juicio especial hipotecario.

a. Aspectos generales.

Antes de entrar en el estudio del juicio especial hipotecario, debemos dejar establecido que es una hipoteca. De acuerdo con nuestro C. Civil, artículo 2893, "la hipoteca es una garantía real constituida sobre bienes que no se entregan al acreedor, y que da derecho a éste, en caso de incumplimiento de la obligación garantizada, a ser pagado con el valor de los bienes, en grado de preferencia establecido por la ley." A pesar de que esté situada en la segunda parte del código, 'De las diversas especies de contratos', algunos autores, como Gómez Lara, afirman que no se trata propiamente de un acuerdo de voluntades, sino de "un acto unilateral de voluntad que se perfecciona a través de la declaración hecha por una persona capaz, afectando algún bien, que por lo general es inmueble, para que responda del cumplimiento de alguna obligación."¹¹¹

Respecto al juicio hipotecario en sí, el mismo autor menciona que "es un procedimiento judicial de naturaleza contenciosa en virtud del cual un acreedor puede reclamar de su deudor el pago de ciertas obligaciones que no hayan sido cubiertas en la forma originalmente pactada, para que, de manera sustitutiva, se eche a andar toda la maquinaria estatal de la expropiación sobre los bienes hipotecados y, en su momento, los mismos, después del cumplimiento de ciertos procedimientos y requisitos, sean vendidos en públicas subasta o remate judicial a fin de que con el producto de dicha venta se le pague al acreedor insatisfecho."¹¹²

¹¹¹Gómez Lara, C. *op. cit. supra* nota 56, p.270.

¹¹²*ibidem*.

De acuerdo con Alfredo Domínguez del Ríó, el juicio hipotecario "tiene por objeto la constitución, ampliación, división, o registro de una hipoteca, así como su cancelación, pago o prelación del crédito garantizado por ese gravamen o derecho real."¹¹³

Los créditos hipotecarios otorgados por los bancos representan actualmente un tema de gran polémica ya que ocupan cada día un lugar más importante en la cartera vencida de los bancos y los juicios que surgen de ellos son cada vez más frecuentes en los tribunales judiciales.

b. Regulación en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal y su tramitación.

Según el artículo 12 del CPCDF, "se intentará la acción hipotecaria para constituir, ampliar y registrar una hipoteca, o bien para obtener el pago o prelación del crédito que la hipoteca garantice. Procederá contra el poseedor a título de dueño del fundo hipotecado y, en su caso, contra los otros acreedores. Cuando después de fijada y registrada la cédula hipotecaria y contestada la demanda cambiare el dueño y poseedor jurídico del predio, con éste continuará el juicio."

Al igual que el juicio ejecutivo, el hipotecario tiene el carácter de especial en nuestro código, por lo que su regulación se ubica en el título séptimo de dicho ordenamiento. El artículo 468 dispone que "se tratará en la vía especial hipotecaria todo juicio que tenga por objeto la constitución, ampliación o división y registro de una hipoteca, así como su cancelación, o bien el pago o prelación del crédito que la hipoteca garantice. (...)"

¹¹³Domínguez del Ríó, A. Compendio teórico práctico de derecho procesal civil, México, Porrúa, 1977, p.348.

A pesar de que el precepto anterior se refiere a 7 supuestos que desencadenan el juicio hipotecario (constitución, ampliación, división, registro, cancelación, pago y prelación), los artículos que siguen se refieren fundamentalmente a la acción que demanda el pago de la hipoteca, ya que es el ejercicio más común en la práctica.

Si bien no se especifica en el texto legal, la doctrina afirma que el juicio hipotecario tiene carácter sumario y ejecutivo¹¹⁴. Su tramitación es abreviada y al presentarse la demanda, el juez debe ordenar la expedición y registro de la cédula hipotecaria para después correr traslado al deudor para que responda en nueve días lo que a su derecho corresponda. A partir de ese momento se seguirán los trámites del juicio ordinario (artículo 470 del CPCDF).

Otra de las particularidades de este procedimiento es el requisito de llevar dos expedientes, o dos secciones, según el texto del artículo 471 del CPCDF, "la del principal conteniendo la demanda, la contestación y todas las actuaciones relativas al juicio hasta la sentencia" y la segunda llamada "la de ejecución".

Finalmente, "agotado el procedimiento, si resulta probada la acción, al decidir los derechos controvertidos, la sentencia decretará el remate de los bienes hipotecados" señala el artículo 486 del ordenamiento citado.

Es a partir de este momento que inician los problemas y las dilataciones en la práctica. La preparación del remate, la adjudicación del bien, el pago del impuesto de traslado de dominio, la tramitación de las escrituras, etc... pueden llegar a prolongar el procedimiento por años, tiempo en el que el bien pierde valor, las partes hacen erogaciones y las autoridades se saturan de casos largos y de difícil solución.

114Gómez Lara, C. *op. cit. supra* nota 56, p.272.

De estos problemas y de su explosión a principios de 1995 hablaremos a lo largo del siguiente capítulo.

Cuadro #11: Etapas del juicio ejecutivo mercantil y del juicio especial hipotecario.

Juicio ejecutivo mercantil	Juicio especial hipotecario
presentación de la demanda	presentación de la demanda
auto admisorio	auto admisorio
embargo y emplazamiento	expedición e inscripción de cédula hipotecaria; emplazamiento
inscripción de embargo	
contestación de demanda	contestación de demanda
116	audiencia de conciliación
ofrecimiento de pruebas	ofrecimiento de pruebas
admisión o desechamiento de pruebas	admisión o desechamiento de pruebas
audiencia de desahogo de pruebas	audiencia de desahogo de pruebas
publicación de probanzas	
sentencia definitiva	sentencia definitiva
apelación	apelación
revisión	revisión
remate	remate
aprobación del remate	aprobación del remate
incidente de liquidación de intereses, gastos y costas	incidente de liquidación de intereses, gastos y costas
resolución de incidentes	resolución de incidentes

116 En el juicio ejecutivo mercantil no existe ninguna etapa de conciliación establecida por la ley.

CAPÍTULO IV. EL PROBLEMA BANCARIO-FINANCIERO EN MÉXICO A PARTIR DE 1995.

Los datos del presente capítulo han sido tomados de una entrevista hecha al Dr. J. Enrique Espinosa Velasco, el 11 de mayo de 1996.¹¹⁶

A. Origen y evolución.

1. De la nacionalización a la privatización de la banca.

En 1982, como consecuencia de la crisis económica y financiera que vivió México, el Presidente José López Portillo decretó la nacionalización de la banca privada. Esta crisis se originó principalmente por la incapacidad del gobierno de pagar la deuda externa que había contraído. Por ello, el Estado mexicano se vio obligado a pedir prestado dentro de sus fronteras.

Cabe señalar que, cuando el gobierno decide endeudarse con préstamos nacionales, tiene dos alternativas: la primera es solicitarlo a los bancos (recogiendo todo lo que la institución capte) y la segunda consiste en emitir CETES a la tasa que el mercado pida.

Con el propósito de hacer que la banca aceptara prestarle los recursos necesarios, el gobierno le ofreció una tasa de interés atractiva por cada peso

¹¹⁶El Dr. J. Enrique Espinosa Velasco tuvo a su cargo la negociación de textiles y vestido, salvaguardas, normas y prácticas comerciales desleales (*dumping* y subsidios) en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, y supervisó las negociaciones de acceso a mercados para los sectores siderúrgico y del calzado (1990-92). Previamente, fungió como Economista en el Comité de Asesores Económicos del Presidente de la República (1985-88) y como Subdirector de Estudios Económicos del Banco Nacional de México (Banamex) (1988-90). En 1992, fue designado Asesor Económico del Comité de Crédito Nacional de Banamex y Director de su Departamento de Análisis Sectorial y de Negocios. Fue Director de Normatividad (Regulación) de Avantel, alianza estratégica del Grupo Financiero Banamex-Accival y MCI *Communications Corporation* (1994-95). Economista por el Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM), cursó su doctorado en la Universidad de Yale y ha impartido diversos cursos en el ITAM, El Colegio de México y otras universidades mexicanas. Actualmente es socio del despacho SAI, Consultores S.C. 'Derecho y Economía'.

que ésta le entregara. Cabe señalar que el gobierno representa un cliente de bajo riesgo para las instituciones bancarias ya que ofrece mayor seguridad de pago que los particulares o los empresarios sujetos a las fluctuaciones económicas del país. Ello provocó que el banco aceptará la propuesta del Estado.

A partir de ese momento, inició una nueva época en la vida económica de nuestro país cuyas características comentaremos a continuación:

- Primeramente, el compromiso que asumieron los bancos frente al gobierno tuvo como principal consecuencia la paralización del otorgamiento de nuevos créditos. Los particulares, dispuestos a invertir, no encontraron respuesta de parte de las autoridades financieras. Ante esto, las empresas existentes no alcanzaron el desarrollo previsto, y los nuevos proyectos no llegaron a consolidarse.
- Como sabemos, el ritmo de crecimiento y de renovación del aparato productivo, comercial e industrial de un país es determinante para su desarrollo. En ese entonces, ante la disminución de nuevas posibilidades de desarrollo, dicho ritmo disminuyó, provocando desempleo, malestar social y un nivel de vida aún más bajo.
- Por otra parte, dentro de la institución bancaria, la primera consecuencia fue la desaparición de las áreas dedicadas al estudio de crédito. Es decir, cada vez que un particular solicita un crédito, se realiza en el banco un análisis de diversos aspectos como las posibilidades de pago, las expectativas de desarrollo de la empresa, su proceso rentable, las garantías que ofrece etc... El resultado de dicho estudio determina si el crédito es o no procedente. Se trata de un trámite laborioso, que emplea a toda una serie de personas y que disminuye los riesgos de obtener cartera mala.

- Los bancos se vieron obligados a dismantelar sus áreas de análisis, recortar puestos, etc.... Al no ejercer la capacidad de evaluar crédito, dejaron de prepararse personas para ello¹¹⁷.

A finales de la década de los 80's, en el contexto político marcado por la transición entre Miguel de la Madrid y Carlos Salinas de Gortari, una de las principales preocupaciones fue el saneamiento de las finanzas públicas; era necesario disminuir el déficit, revisar el gasto público, y adaptarlo al nuevo plan de desarrollo. El gobierno entrante pretendía generar superavit, a fin de liquidar la deuda a los bancos, que se había contraído por más de 5 años.¹¹⁸

2. Auge del crédito fácil.

a. La recuperación del préstamo al gobierno mexicano.

A principios de la década de los 90's, la política de saneamiento de las finanzas empezó a tener éxito. Una vez obtenido el superavit que se buscaba, el gobierno liquidó su deuda a los bancos.

Contrariamente a la idea general, el pago de la deuda a la banca le generó más problemas que soluciones: no debe perderse de vista que las instituciones de crédito tienen como principal actividad colocar las divisas que manejan, otorgando préstamos por ejemplo, ya que ello le genera intereses que le permiten responder ante sus depositantes.

¹¹⁷Para dar algunas cifras, en 1989: prácticamente el 80% de todo el dinero prestado por los bancos comerciales mexicanos era destinado al gobierno.

¹¹⁸Cabe señalar que la deuda que resulta más cara para el gobierno es la deuda en pesos por que el esfuerzo que tuvo que hacerse para generar ahorro interno hizo que subieran las tasas de interés y se pagara una prima de riesgo muy sustancial (siempre los instrumentos de ahorro en pesos deben pagar una prima y los bancos mexicanos lo único que ofrecían al público eran instrumentos en pesos). Además se buscaba que el ahorro interno se quedara en México, y que los extranjeros se vieran estimulados para invertir en México.

Al recibir el pago de la deuda del Estado, el banco se enfrentó al problema de cómo destinar ese dinero. Es cuando inicia la búsqueda de clientes para crédito.

Sin embargo debemos recordar que años antes, se habían perdido los departamentos de análisis y de cobranza; es decir que el banco carecía del personal necesario para seleccionar a sus deudores. Así surgen las promociones exageradas para los otorgamientos de tarjeta de crédito, sin solicitar prácticamente ningún requisito ni garantía; conseguir una tarjeta de crédito resultaba cada vez más fácil.

La banca mexicana empezó a sentir la presión de una compresión del mercado financiero y además el número de activos fijos en riesgo aumentó considerablemente. Muchos créditos entraron al rubro de cartera vencida más rápido de lo que se pensaba.

Cabe señalar a este respecto que, en economías normales, se puede aceptar una cartera vencida hasta de 20% (irrecuperable), pero el banco la maneja a través de un muy alto diferencial, ya que en él incluye una prima de riesgo para cubrirse de la posibilidad de que el particular no pueda pagar.

b. La apertura comercial.

Paralelamente a los acontecimientos mencionados, México experimentó a finales de la década de los 80's, el fenómeno de la apertura comercial. Después de haber sido un país proteccionista, la economía nacional abrió sus puertas al comercio internacional.

Las empresas mexicanas se enfrentaron a serios problemas debido a la inexperiencia y desventaja que tenían ante a la competencia extranjera.

Los bienes producidos no alcanzaron la calidad necesaria para superar las presiones de la inversión extranjera, y el crédito que les hubiera permitido desarrollarse había estado paralizado durante la mitad de la década de los 80's. Ello convirtió a los empresarios mexicanos en clientes de alto riesgo para las instituciones bancarias¹¹⁹.

3. La crisis.

Al llegar la devaluación de diciembre, 1994, la situación fue incontrolable y viciosa, la productividad nacional disminuyó y el sistema circulatorio en general se vio seriamente afectado.

Dentro de los bancos, las tasas de interés aumentaron desmedidamente (alcanzaron el 100%), la inversión extranjera bajó y las nuevas oportunidades una vez más desaparecieron. Ello desencadenó la crisis de 1995.

Las consecuencias en las relaciones con la institución bancaria fueron las siguientes:

- El usuario de la tarjeta de crédito se encontró con un pago mínimo altísimo que le resultó imposible cumplir.

119 Como ejemplo de la situación comercial que se vivía en ese entonces, podemos citar el caso de la industria de la confección. Los Estados Unidos han sido siempre el principal mercado de la confección; la mayoría de los países están interesados en surtir su mercado. Las políticas comerciales norteamericanas imponen cuotas a la importación, fijadas por año de calendario (i.e. se establece un número límite de prendas importadas para proteger a la industria interna). A finales de 1994, México acaba de abrir sus fronteras al comercio internacional, baja sus aranceles, y como única restricción, impone un permiso de importación sujeto muchas veces a la discrecionalidad del funcionario. Durante el último trimestre de 1994, en una sociedad cuyas ventas se concentran en la época navideña, inicia una verdadera carrera pacífica de barcos luchando para llegar a Long Beach antes de que se agote la cuota, ya que de ser así, sería imposible introducir una sola prenda. Las empresas que "pierden la carrera" y llegan cuando ya no pueden entrar más prendas deciden irse al país vecino, al precio que les den, a fin de perder lo menos posible. El mercado mexicano se ve entonces invadido de productos con precios muy bajos y de mala calidad.

- El empresario, además de verse afectado por el efecto tasa¹²⁰ no vendía sus productos, y por lo tanto no pagaba.
- En cuanto al crédito hipotecario, se acumuló el efecto tasa a un entorno de recesión en que los precios de los inmuebles habían subido desmedidamente.

Cabe señalar que uno de los errores cometidos fue realizar muchas operaciones bancarias basadas en la especulación financiera, misma que puede resultar exitosa si se cuenta con un tipo de cambio fijo. Sin embargo, las fluctuaciones que sufría la moneda mexicana en ese entonces, cambiaron las expectativas y el panorama de las cosas. Los bancos perdieron grandes cantidades de dinero. A ello hay que sumar el descuido en el otorgamiento de créditos y las constantes renovaciones de cartera vencida.

Se considera que en México no existe un antecedente de lo que se vivió a principios de 1995, sin embargo sí se encontraron situaciones similares en el ámbito internacional: Chile, 1983. Tal es la razón por la que se empezaron a tomar medidas similares como la aplicación de las UDI's. Una de las consecuencias que sufrió Chile fue la quiebra de las dos terceras partes de los bancos. A la fecha, aún hay problemas que no se han superado.

B. La cartera vencida.

Al momento en que un crédito cae en cartera vencida la Comisión Nacional Bancaria, hoy, y de Valores, ordena, por medio de una circular, que se constituya una reserva. El banco se ve entonces obligado a invertir en ese crédito malo, para garantizar el interés de sus depositantes. Ese capital se saca

¹²⁰Cabe señalar que, en México, no hay créditos a largo plazo: los préstamos se otorgan con tasas flotantes que deben estarse renovando constantemente. Debido a la situación financiera, éstas

de las utilidades del banco o bien de una nueva deuda que éste contraiga. Esto explica el cobro de nuevas comisiones, por cheque, por uso de tarjeta y de cajeros automáticos. Asimismo, los servicios que eran gratis empiezan a cobrarse. El banco debe buscar fuentes alternativas de ingresos.

Surgieron también como alternativa lo que conocemos como las renegociaciones o redocumentaciones de los créditos. A través de ellas, lo que realmente se hizo, y se sigue haciendo, es "maquillar" los créditos malos, y hacerlos pasar por buenos. El deudor se ve obligado a aceptar condiciones muy duras y que sólo prolongan su endeudamiento.

1. El crédito hipotecario.

En el caso especial del crédito hipotecario, tradicionalmente los bancos habían pensado que éstos eran los más seguros ya que dentro de las finanzas familiares, el rubro dedicado al pago del patrimonio familiar era intocable. Sin embargo, al surgir el conflicto económico, las tasas resultaron tan altas que las familias se vieron en la necesidad de destinar más de la mitad del ingreso familiar al pago del crédito.

Ante la situación, las instituciones bancarias empezaron a hacer "ingeniería financiera", inventando un esquema en que la mensualidad que se debía pagar en el tiempo fuera creciendo en proporción al salario mínimo, primero y después a otros factores, al cabo de cierto tiempo, como la inflación.

Esto provocó que la garantía tuviera menos valor que el crédito, debido al refinanciamiento de los intereses. Los precios de los bienes raíces bajaron y las tasas de interés subieron desmedidamente.

2. El crédito empresarial.

alcanzaron el 100%.

El incumplimiento de los acreditados dio lugar, en repetidas ocasiones, a juicios en los cuales la institución se enfrentó al problema de recibir por dación en pago bienes que, por una parte, requieren mantenimiento y por la otra, son tan especializados que su colocación en el mercado resulta prácticamente imposible (v.g. máquinas para la fabricación de ciertos tornillos de medidas específicas y para un uso limitado).

3. El crédito al consumo.

En este caso puede decirse que el problema es mayor, debido al descuido con el que se había estado otorgando este crédito. En la mayoría de los casos no se había exigido garantía que respaldara la obligación del particular.

Es así como se llegó entonces a un malestar social generado por la incertidumbre y la imposibilidad de encontrar soluciones viables. La crisis desencadenó problemas en todos los sectores de la economía nacional, haciendo aún más difícil la situación. El banco se vio obligado a fijar un margen diferencial alto, en función a los costos que tiene que enfrentar; ello afectó a todos los clientes, fueran deudores o no.

Una vez más, se cerró el crédito¹²¹, la viabilidad se vio atrofiada, el desarrollo se paralizó y la inversión extranjera disminuyó.

C. Las medidas que se han tomado.

1. De la puerta de los bancos hacia adentro.

¹²¹Un dato que vale la pena mencionar es que en 1995, Banco Nacional de México, Banamex, realizó solamente 45 operaciones de crédito.

El banco tomó ciertas medidas de emergencia, dentro de las cuales mencionaremos las siguientes:

- reducción de gastos;
- enajenación de inmuebles y otros activos;
- cierre de algunas sucursales¹²² y
- recorte de personal¹²³.

2. De la puerta de los bancos hacia a fuera.

Se tomaron otras medidas similares a las chilenas, como la intervención del gobierno en el proceso de rescate. Esto fue a través del sistema de FOBAPROA (Fondo Bancario de Protección al Ahorro):

El funcionamiento de FOBAPROA consiste en que los bancos, en función a la cartera total de crédito incluyendo crédito al consumo, empresarial e hipotecario, deben pagar a dicho fondo una prima.

El fondo le ofrece al banco comprarle la cartera mala, (el gobierno la absorbe) dándole como contraprestación un documento que le produzca intereses, mismos que le permitirán cubrir los intereses de sus clientes. El banco tiene el compromiso de recomprarle esta cartera mala dentro de 10 años, y mientras tanto debe hacer lo posible por cobrar a sus deudores para que sus acciones no se vean afectadas.

Esto permite al banco "sacar" su cartera mala, lo que reduce el monto de capital que debe invertir para asumir los pagos a sus depositantes. La

¹²²A ello se debe la reciente multiplicación de los llamados 'cajeros automáticos' (que si bien requieren de menor número de mano de obra para funcionar, tienen otras exigencias como contar con redes de telecomunicaciones).

¹²³Como ejemplo podemos citar una vez más el caso de Banamex que en 1994 tenía alrededor de 40,000 empleados mientras que ahora sólo cuenta con 26,000.

intervención del gobierno llega a tener mucha trascendencia ya que, al dar capital, adquiere el derecho de decidir sobre el manejo del banco.

El tamaño de la operación de rescate por parte del gobierno al sistema bancario mexicano puede ser del 8 ó 10% del producto interno bruto (PIB) lo que se traduce en 4 ó 5 años de crecimiento económico afectado.

Las medidas que se han tomado no han sido suficientes, su aplicación ha sido gradual, ya que muchas deben experimentarse para adecuarlas a las necesidades y características del caso.

Sin embargo, desde un punto de vista personal, considero que el conflicto no solamente debe atacarse a través del banco y de organismos gubernamentales. Existen otros polos del sistema mexicano que requieren de atención para que funcionen más eficazmente. A raíz del conflicto descrito en este apartado, el poder judicial se ha enfrentado a un número muy alto de juicios ejecutivos mercantiles e hipotecarios, que generalmente son largos, costosos e irresolubles. Diversas fuentes demuestran que la gran parte de los juicios entre instituciones bancarias y sus deudores tienen pocas posibilidades de solución debido a la situación misma de la economía nacional, a los vicios de la impartición de justicia, y a la frecuencia con la que se presentan. Las sentencias, cuando llegan a dictarse, resultan inejecutables.

D. La opinión de las partes.

Paralelamente al estudio de la situación financiera y económica que estamos viviendo, es de suma importancia conocer la opinión de las partes en conflicto. Para ello se elaboró la siguiente investigación.

1. El objetivo de la investigación.

El objetivo de la investigación realizada, y cuyos resultados mencionaremos en este apartado, ha sido determinar como se resuelven actualmente los conflictos entre instituciones bancarias y sus deudores y analizar que tan útil es el sistema judicial. Como veremos a continuación, debido al funcionamiento interno de los juzgados y al incremento del número de casos, actualmente es cada vez más largo y costoso resolver una diferencia de esta clase por la vía judicial.

Además, el resultado de la Investigación Indica que en general las partes están dispuestas a probar otras alternativas que les permitan conservar su relación jurídica y evitar el juicio ante tribunales estatales.

2. Proceso de elección del método de investigación.

Para elegir el camino más idóneo que nos permitiera conocer la opinión de las partes involucradas, se hizo el siguiente estudio:

La sociología jurídica emplea diversos métodos para probar sus hipótesis. "El método, señala Jean Carbonnier, en sentido amplio se diversifica en una pluralidad de métodos particulares. Cada uno de ellos, cuando se trata de ponerlo en práctica a escala, podría decirse, de la táctica del investigador puede a su vez dar lugar a técnicas diferentes."¹²⁴

De acuerdo a una clasificación general, tenemos por un lado la observación y por el otra, la experimentación. Dentro de la primera, existen diversos criterios de subdivisión, de los cuales mencionaremos los siguientes:

- Primeramente, se puede distinguir entre la observación intensiva (que se elabora por medio de estadísticas y sondeos) y la observación de

124 Carbonnier, Jean Sociología jurídica, Madrid, Tecnos, 1982, p.143.

casos (es decir el estudio de monografías, el análisis de jurisprudencia o de casos literarios etc.).

- En segundo lugar, también se habla de la investigación sobre documentos (que pueden ser jurídicos o no, es decir, análisis de jurisprudencia o análisis de prensa por ejemplo) y de la investigación de hechos (en la cual entre la encuesta monográfica o encuesta por sondeo).

Esta segunda clasificación es la adoptada por Carbonnier, "a causa de su significación pedagógica, ya que permite graduar los diversos procedimientos que se nos ofrecen, en razón a la dificultad que presentan para el investigador, sobre todo para el investigador de formación jurídica."¹²⁵

La investigación sobre documentos puede resultar un procedimiento accesible para el investigador ya que "toda lectura metódicamente conducida, en función de un objetivo de investigación previamente fijado"¹²⁶ es un análisis de contenido. Sin embargo, también es cierto que una vez agotadas las fuentes de datos, se corre el riesgo de verse limitado para continuar la investigación. "La búsqueda de los hechos, es la forma de investigación que responde mejor a la vocación más profunda del sociólogo", afirma Carbonnier.¹²⁷ A través del análisis de los hechos y de la búsqueda de sus propias pruebas que confirmen su creencia, el investigador encuentra un estímulo que lo lleva a un mejor resultado. Por esta razón, esencialmente, elegimos este camino para la realización del presente estudio.

¹²⁵ *idem* p. 144. Sobre el particular, el autor hace énfasis en que la investigación sobre documentos resulta más accesible que la de hechos, siendo ésta última más exigente ya que, aunque se conozcan ciertos hechos que sirven para comprobar la hipótesis, debe realizarse forzosamente sobre el terreno, con las exigencias que ello implica (presupuesto, tiempo etc.).

¹²⁶ *idem*, p.154.

¹²⁷ *idem*, p.171.

Dentro de la investigación de hechos, existen dos alternativas: la encuesta monográfica o cualitativa y la encuesta cuantitativa.

En el estudio que hace Carbonnier acerca de la primera clase de investigación de hechos, parte de la idea de que "la encuesta monográfica es en el fondo un estudio de casos y desde este punto de vista se aproxima al análisis de una sentencia o de un caso literario (...), sin perjuicio de que el observador actúe sobre el terreno y entre en contacto o en conversación con los individuos o grupos que observa."¹²⁸

Por otra parte, la cuantificación ofrece ciertos beneficios como pueden ser la seguridad y la objetividad del resultado obtenido. El estudio de numerosos ejemplos, con características comunes, permite llegar a una conclusión general. "La repetición de las comprobaciones autoriza, a través del mecanismo de la inducción, a obtener una conclusión general", señala el citado autor.¹²⁹

Debido al tiempo y el presupuesto que requería un procedimiento cuantitativo para ser realizado, opté por elegir la encuesta cualitativa, entrevistando a un número limitado de personas, pero suficiente para obtener ciertos indicadores de lo que está sucediendo y de la opinión de las partes afectadas, al respecto.

¹²⁸ *idem*, p.172. El autor explica que a través de este medio de investigación, el observador estudia ciertos casos por ser expresivos de un conjunto; él los elige intuitivamente y los considera una muestra del universo que está analizando. La encuesta monográfica o cualitativa es un procedimiento común en el estudio sociológico; ofrece ciertas ventajas como la libertad de elegir el objeto de estudio, las características que debe tener, el momento de la realización y el límite de la investigación, de acuerdo a las posibilidades del observador. En comparación con la encuesta extensiva o cuantitativa, en la cual se parte de la base del número de casos analizados, la encuesta monográfica "gana en profundidad lo que pierde en extensión", afirma Carbonnier (*idem*, p.173).

¹²⁹ *idem*, p.175. Es cierto que en el medio en el que se desarrolla el jurista se ha creado un rechazo al pensamiento matemático y a su aplicación; sin embargo también debe aceptarse en la sociología jurídica resultan sumamente útiles estas técnicas puesto que, generalmente, es fácil encontrar una multiplicidad de casos con las mismas características que permitan al observador llegar a una conclusión general. La investigación cuantitativa puede realizarse mediante la estadística y el sondeo. Sobre el particular, Carbonnier hace un estudio en las pags. 176 y siguientes.

3. Datos generales sobre la investigación.

a. Fechas de realización.

La encuesta se llevó a cabo a lo largo de los meses de octubre, noviembre y diciembre de 1995 y enero de 1996. Durante estos 4 meses, México pasaba por una época sumamente importante puesto que se cumplía un año del multimencionado "error de diciembre" y se decía que "ya se había tocado fondo" a lo largo de 1995; tal parecía que iniciaba la recuperación.

Sin embargo las entrevistas demostraron que en realidad se vivía (y se vive aún) la época más difícil de la economía nacional ya que los problemas que habían surgido un año antes comenzaban a dejar ver sus resultados negativos.

b. Los sujetos entrevistados.¹³⁰

Se entrevistaron dos grupos de personas para esta investigación:

- las relacionadas con los bancos, dentro de los cuales se encuentran, por una parte, el personal de la institución con puestos como gerentes, directores del área de recuperación y manejo de cartera vencida y por la otra, abogados litigantes externos que el banco contrata para manejar ciertos casos, de acuerdo a criterios de la propia institución; y
- los deudores de la banca tanto por créditos hipotecarios, empresariales o al consumo, y a sus abogados defensores.

A través de las preguntas formuladas, los sujetos de la investigación dieron muestra tanto de su insatisfacción frente a la situación actual, como de su opinión acerca del recurso a medios alternativos para solucionar sus conflictos.

c. Medios utilizados.

Se elaboraron 2 cuestionarios destinados a cada uno de los grupos mencionados anteriormente, por medio de los cuales se formularon preguntas acerca de la duración, las probabilidades de éxito y el costo de los procedimientos tradicionales de resolución de controversias entre los bancos y sus deudores. Estos cuestionarios conforman el Anexo 2 del presente trabajo.

4. Resultado de la investigación.

a. El punto de vista de la institución de crédito.

i. Duración de los juicios.

El objetivo de esta pregunta fue determinar el tiempo que se requiere para resolver un conflicto entre los bancos y los particulares, recurriendo al sistema judicial, y la forma en que la prolongación de dicho plazo afecta al funcionamiento de la institución bancaria.

De acuerdo con las respuestas obtenidas, el juicio ejecutivo mercantil tiene una duración mínima de 1 año y una máxima de 3. En promedio, este tipo de juicios se realizan en 20 meses; la variación de su duración se debe a factores que más adelante mencionaremos. La mayoría de

130 Los datos generales de las personas entrevistadas conforman el Anexo 1 del presente trabajo.

los casos se encuentran en la duración promedio, debido a que en general las características son comunes: el deudor es insolvente y el banco quiere recuperar lo posible y de cualquier forma. Actualmente, el juicio ejecutivo mercantil ha perdido su carácter sumario y se está tramitando como si fuera ordinario.

Por su parte, el especial hipotecario, puede durar desde 9 meses hasta 3 ó 4 años, tiempo durante el cual el inmueble se deteriora, y por lo tanto pierde valor. La mayoría de los casos toman alrededor de 18 meses para llegar al dictamen de la sentencia, sin embargo después de ello deben transcurrir de 5 a 10 meses para la adjudicación del bien.

ii. Probabilidades de acuerdo previo.

Las Instituciones bancarias han destinado un área llamada "de recuperación especial" por la cual pasan los créditos que, a juicio del banco, son aptos para ser negociados. Se establece un plazo, generalmente no mayor a 30 días, para que el crédito pueda ser renegociado, y en caso de no llegar a un arreglo pasa a los abogados para que se formule la demanda. Aproximadamente el 25% de los casos se resuelven en esta etapa, cuando el deudor está en posibilidades de volverse a comprometer ofreciendo a futuro cierta seguridad de cumplimiento al banco.

Una vez iniciado el juicio y realizado el embargo (en caso de tratarse de un juicio hipotecario), también existen etapas en que las partes pueden llegar a un acuerdo. El banco constantemente exhorta al deudor a llegar a un arreglo, aún ya iniciado el juicio; en caso de coincidir, la Institución desistirá de su acción judicial. Sin embargo la situación de la mayoría de los deudores les impide negociar con el banco, una vez que

ya han sido demandados. A pesar de los intentos, pocos casos se resuelven por convenio entre las partes.

iii. Factores de alteración de la duración de los juicios.

La duración de los procedimientos depende de diversos factores entre los cuales fueron mencionados las características de la contraparte (las excepciones que interponga, la defensa con la que cuente), el conocimiento que el juez tenga de la ley (mayor conocimiento de la ley, menor tiempo) y el sistema de trabajo de la Oficina de Notificadores y Ejecutores.

El monto del crédito también es un factor que hace variar la duración de los litigios: cuando se trata de un monto bajo, el procedimiento obviamente se agiliza. Por otra parte, cuando el deudor carece de bienes que puedan embargarse, surgen complicaciones que también prolongan el juicio; en la situación que vivimos a partir de la devaluación de 1995, es muy común encontrar casos en que efectivamente el demandado ha perdido sus propiedades, o nunca llegó a adquirirlas a pesar del crédito recibido.

Cabe señalar que el juicio especial hipotecario es fácil de prolongar, debido al requisito de emplazamiento del demandado. El emplazamiento puede llevarse a cabo en 2 meses, o en 6 si hay dificultades para encontrar al deudor (que es la mayoría de los casos).

No debemos dejar de mencionar que un hecho que puede agilizar o retardar un procedimiento judicial son las 'gratificaciones' que se dan al personal judicial, mismas que pueden darse para un efecto o para el otro, por la parte demandada o por la parte actora, indistintamente.

iv. Diferencia entre tribunales.

La diferencia entre un tribunal y otro puede deberse al conocimiento que su personal tenga de la ley y el rigor con que ésta sea aplicada. Cuando los casos caen en manos de personas capacitadas, su duración puede ser menor y su desarrollo menos problemático, mientras que cuando se desconoce la ley, es fácil caer en prolongaciones y etapas innecesarias.

v. Lapso de tiempo entre la sentencia y la adjudicación o el remate del bien.

Cuando se trata de un juicio especial hipotecario, cuya sentencia ha decretado la adjudicación del bien, ésta se tramita entre 5 y 10 meses (cuando teóricamente no debe pasar de 60 días). Dicho plazo depende de:

- el incidente de liquidación para determinar el monto del adeudo (en el cual se fija la tasa de intereses moratorios);
- el avalúo de los bienes;
- la publicación de la sentencia por el juzgado;
- la entrega del certificado del registro público, necesario para iniciar la etapa del remate;
- la realización de las almonedas, (en las cuales se castiga una parte del valor del bien); y
- la obtención de la escritura.

Actualmente el hecho de recibir un bien por concepto de pago de la obligación ha dejado de resultar una buena alternativa para las instituciones bancarias debido a que presenta muchos problemas y gastos. El dictamen de la adjudicación es lento y genera gastos que el

banco debe asumir (almacenaje si son bienes muebles, avalúo, pago del impuesto de traslado de dominio, escrituración, y mantenimiento del bien, -sin olvidar las gratificaciones para evitar que los expedientes 'desaparezcan'-...). Además en la dación en pago, se castigan las dos terceras partes del valor del bien: si el avalúo determina un valor de \$900,000 pesos, el verdadero valor por el que se tomará el inmueble será de \$600,000 pesos, más el remanente que deba pagar el deudor por los intereses generados.

vi. Porcentaje del crédito recuperado por el banco.

Al iniciar un procedimiento judicial con el deudor, el principal objetivo del banco es recuperar la mayor cantidad posible de lo que ha prestado.

Una vez que el banco ha recibido el bien por adjudicación, el valor del mismo ha disminuido considerablemente. Se ha deteriorado, se ha tenido que castigar su valor, el banco ha hecho erogaciones por concepto de almacenaje (cuando se trata de un bien mueble), mantenimiento, pago de escrituras, pago de impuesto de traslado de dominio, etc...

De acuerdo a las respuestas recibidas, el banco, en algunos casos recupera solamente el monto del capital que prestó años atrás, pero nunca los intereses. Cuando el procedimiento resultó muy problemático y prolongado, el banco no llega a recuperar ni siquiera el capital del crédito, sino sólo el 60%, aproximadamente.

A ello se debe que la intención de la Institución bancaria sea acortar el procedimiento, ya que así disminuirían los gastos a realizar y el bien no perdería tanto valor.

vii. Costo de los servicios de un abogado externo para el banco.

El costo de los honorarios de los abogados que el banco debe contratar varían si se trata de cartera extrajudicial (sin demanda) o de cartera judicial. En la primera el abogado cobra entre un 5 y un 7% de la cantidad recuperada. En la segunda el porcentaje varía de un 7 a un 10% de lo recuperado en ciertas instituciones, pero en otras puede alcanzar hasta el 20%. En ciertos bancos, los honorarios de los abogados dependen de otros factores como la antigüedad de la cartera o la complejidad de los asuntos.

viii. Posibilidad de perder casos para los bancos.

Efectivamente los bancos llegan a perder ciertos casos pero debido a que el crédito fue mal instrumentado (vicios en el contrato, inexistencia del contrato...) o por prescripción de la acción. Cuando el deudor cuenta con una buena defensa, cabe la posibilidad de encontrar ciertos puntos a su favor; sin embargo debe admitirse que la situación económica de la mayor parte de los demandados no les permite contratar los servicios de un abogado que invierta tiempo y esfuerzo en un litigio cuya contraparte es una institución bancaria. El personal bancario entrevistado reaccionó desinteresadamente ante esta pregunta, y ello muestra que la preocupación de los bancos no es perder casos, sino perder recursos e intereses. No siempre luchan por obtener una sentencia favorable, ya que saben que el deudor, en la mayoría de los casos, no podrá ejecutarla, buscan la forma de recuperar lo que sea posible, en el menor tiempo y por cualquier medio. Por ello, generalmente la institución bancaria se muestra a favor de la negociación o reestructuración de los créditos, cuando ello es posible.

b. El punto de vista de la parte deudora.

El cuestionario que se formuló a la parte demandada, el acreditado, se preparó con el objetivo de conocer cuáles son sus propósitos ante el litigio, partiendo de la idea de que efectivamente existe una deuda imposible de evadir. No debe olvidarse que a pesar de los problemas y gastos a los que se enfrenta el banco, la parte más afectada en esta clase de conflictos es el deudor, sobre todo si lo ubicamos como una persona que tiene la mayor parte de su patrimonio, o hasta la totalidad, dada en garantía por el préstamo recibido.

Al momento de la devaluación y la crisis de 1995, los acreditados se enfrentan a una verdadera explosión de las tasas de interés, a una capitalización de sus intereses y a una demanda entablada en su contra por los acreditantes que no se han detenido en embargar todos los bienes posibles. La economía se ve seriamente afectada, el mercado se debilita, las inversiones no obtienen los resultados esperados, no hay posibilidades de desarrollo.

i. Duración de los juicios.

Las respuestas respecto a este tema fueron similares a los datos proporcionados por el personal de la institución bancaria. Los juicios ejecutivos oscilan entre 1 y 3 años. Los hipotecarios pueden alcanzar hasta 4 años cuando generalmente no deben tomar más de 10 meses.

ii. Factores de alteración de la duración de los juicios.

Al igual que los representantes de la parte actora, los entrevistados explicaron que la diferencia entre un juzgado y otro estriba en el grado

de corrupción que se maneje en cada uno. Anteriormente los secretarios actuarios estaban concentrados en una central, mientras que ahora se encuentran en cada juzgado, lo que facilita el contacto con ellos.

iii. Posibilidad de perder casos para los bancos.

Al formular la pregunta correspondiente a este tema, la reacción inmediata del entrevistado fue asegurar que los bancos nunca pierden los casos, argumentando que de alguna manera u otra, éstos siempre "se las arreglan" para obtener una sentencia favorable. En las pocas ocasiones en que los bancos llegan a perder algún litigio, las razones son imputables a ellos mismos, como errores en la documentación del crédito o en la investigación del crédito. En general la defensa del deudor tiene pocas posibilidades de éxito por sí misma.

iv. Probabilidades de acuerdo previo.

El hecho de que una controversia entre los bancos y sus deudores se resuelva mediante acuerdo entre las partes no depende de la iniciativa y conveniencia de ambos. Actualmente, sólo las instituciones proponen llegar a un convenio, ya que las alternativas que hasta ahora se han presentado resultan poco atractivas para el deudor. Este último acepta el convenio por que de cierta forma se ve obligado a ello, no por que las condiciones que establecidas, le ofrezcan un verdadero beneficio.

De acuerdo a la respuesta de los demandados, dichos acuerdos lo son solamente en apariencia, ya que el acreditado no está en posibilidad de discutir los términos en que deba redactarse, debe aceptar lo señalado por la institución, le resulte o no conveniente.

v. Expectativas de los abogados defensores.

El propósito del abogado defensor es alargar el procedimiento, haciendo uso de cualquier artificio, a fin de que el deudor encuentre mientras tanto algún recurso que le permita cumplir medianamente con su obligación, o pueda gozar de su bien por más tiempo. Pocas son las posibilidades de obtener una sentencia favorable, por lo que las opciones se limitan a interponer todas las excepciones posibles, tratar de encontrar vicios en la demanda, etc.

Cabe señalar que ciertos deudores optan por declararse en suspensión de pagos, antes de ser demandados por el banco, a fin de ser declarados insolventes y no tener bienes que se le puedan embargar.

vi. Criterio del abogado defensor para cobrar sus honorarios.

Cuando efectivamente el acreditado ha incumplido y el crédito fue documentado conforme a derecho, como ya dijimos el único propósito es alargar el procedimiento. En estos casos el abogado cobra sus honorarios en función a los meses de prolongación del juicio.

Por otra parte, cuando hubo irregularidades de parte del banco, el defensor puede cobrar una cantidad fija o bien la misma suma que el deudor pagaría al banco en caso de no haber sido demandado.

5. Conclusiones

La forma en que actualmente se tramitan los juicios ejecutivos mercantiles e hipotecarios resulta nociva tanto para el sistema judicial como para el sistema económico de nuestro país. Las metas perseguidas por las partes son generalmente inalcanzables (recuperar el crédito) y efímeras (prolongar

el uso del bien). Si a ello se suma el reciente incremento del número de casos sometidos al poder judicial, todas las facetas de la problemática se ven agravadas.

No cabe duda que la realidad de nuestro sistema judicial no favorece en nada la situación. Podría llegar a decirse que el curso del juicio depende del juzgado en el cual sea tramitado. En mi opinión, es difícil de admitir que no se pueda ofrecer suficiente seguridad jurídica para las partes en cuanto a los juzgados; el trato debe ser regular y no debe depender del personal en turno y del conocimiento que éste tenga de la legislación aplicable.

Invariablemente, a largo plazo, el deudor se verá despojado de sus bienes, y éstos se habrán devaluado.

Debe pensarse en otros caminos que ayuden a agilizar la situación y que propongan verdaderas alternativas para ambas partes. Efectivamente existen casos en que la Intervención judicial es indispensable, debido a que la relación entre las partes ya se ha deteriorado mucho; sin embargo otros casos pueden ser rescatados y hasta prevenidos mediante la inclusión de una cláusula arbitral en un contrato cuyo objeto sea renegociar el crédito o en los contratos con nuevos clientes.

La aplicación del arbitraje en las controversias entre instituciones bancarias y sus deudores es la propuesta que se plantea en la tercera y última parte del presente trabajo.

TERCERA PARTE: APLICACIÓN DEL ARBITRAJE COMO MEDIO DE RESOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS BANCARIOS: UNA PROPUESTA

Tanto en México como en otros países, el arbitraje en los conflictos bancarios ha sido poco común. Es posible encontrar cláusulas arbitrales en algunos contratos bancarios internacionales, pero ello se debe más al carácter internacional del acto que a su naturaleza bancaria. La oscilación entre la tenencia pública y privada de las instituciones bancarias ha hecho que lo común sea acudir al sistema judicial para resolver sus conflictos. En nuestros días, dicha actitud resulta contrastante con la práctica comercial, donde el recurso al arbitraje es cada día más frecuente.¹³¹

En la última parte de este estudio, plantearé una propuesta para aplicar el arbitraje a determinados conflictos bancarios. Para ello debemos tratar primeramente el concepto de 'arbitrabilidad' en materia bancaria y las ventajas de dicha propuesta (A). En segundo lugar, se establecerán los lineamientos generales para instrumentar la aplicación del arbitraje a través de la redacción de una cláusula compromisoria y del establecimiento de una institución nacional que se encargue de administrar los procedimientos y de ofrecer un reglamento de arbitraje (B).

131 Para estudiar las aportaciones que el compromiso arbitral puede ofrecer en materia bancaria y financiera, nos basamos en un artículo de William W. Park, llamado "*Particularités de l'arbitrage en matière bancaire et financière*", presentado como conferencia ante la Sociedad Ginebrina de Derecho y Legislación, el 13 de junio de 1994. Park señala que el banquero tiende a repetir los comportamientos de la generalidad que lo rodea; es decir, que mientras la mayoría de las instituciones bancarias rechacen el arbitraje, dicho medio alternativo no penetrará en la esfera bancaria.

CAPITULO V: APLICACIÓN DEL ARBITRAJE COMO MEDIO DE RESOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS BANCARIOS: UNA PROPUESTA.

A. El arbitraje en materia bancaria.

1. "Arbitrabilidad" de la materia bancaria.

Un primer paso para proponer la aplicación del arbitraje como medio de resolución de conflictos bancarios es determinar la arbitrabilidad de la materia bancaria y financiera. Para ello se estudiaron las siguientes leyes:

- Código de Comercio (artículos 75/XIV, XIX, XX y XXI, 1049, 1050, 1051 y 1054);
- Ley de Instituciones de Crédito (artículos 119 y 120);
- Ley de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores (y su reglamento);
- Ley de Sociedades de Inversión;
- Ley del Mercado de Valores (artículos 87 y 88);
- Ley Federal de Instituciones de Fianzas (artículos 93 y 93 bis);
- Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros (artículos 135 y 136);
- Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito (artículos 102 y 103);
- Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito;
- Ley Monetaria; y
- Ley para regular las Agrupaciones Financieras.

De estas leyes, sólo las siguientes hacen mención a un medio alternativo de solución de controversias:

Cuadro #12: Leyes que contemplan un mecanismo alternativo de solución de controversias.

Ordenamiento	Materia	Art.	Conciliación	Arbitraje
Código de Comercio	el procedimiento especial mercantil	1051	no se menciona la conciliación	el recurso al arbitraje es opcional para ambas partes. ¹³²
Ley de Instituciones de Crédito.	procedimiento ante la Comisión Nacional Bancaria	119 y 120	optativa para el particular, la institución debe someterse a ella si el particular lo solicita	el arbitraje es opcional para ambas partes, nombrando árbitro a la Comisión.
Ley del Mercado de Valores.	procedimiento para proteger los intereses del público inversionista ante la Comisión Nacional de Valores	87 y 88	la conciliación es optativa para el particular, pero si la solicita, la casa de bolsa deberá obligatoriamente someterse a ella	el arbitraje es opcional para ambas partes, pueden acudir directamente a tribunales judiciales.
Ley Federal de Instituciones de Fianzas.	procedimiento especial ante la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas	93 y 93 bis	el recurso a la conciliación es optativo para el particular, pero si acude a él, la institución debe someterse a él	el recurso al arbitraje es optativo para el particular, pero si opta por él, la institución deberá someterse; será un arbitraje en amigable composición.

132El artículo 1051 del CC claramente establece que "el procedimiento mercantil preferente a todos es el que libremente convengan las partes con las limitaciones que se señalan en este libro, pudiendo ser un procedimiento convencional ante tribunales o un procedimiento arbitral. (...)" Cuando las partes hayan optado por someter su conflicto a un tribunal arbitral se remitirán a lo dispuesto por el Título IV, Libro Quinto del mismo ordenamiento.

Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros.	procedimiento ante la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas	135 y 136	el recurso previo a la conciliación es obligatorio para ambas partes; una vez agotada la conciliación, las partes pueden entonces acudir a tribunales judiciales	agotado el procedimiento conciliatorio, las partes pueden optar por el recurso al arbitraje o a tribunales judiciales.
Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito.	procedimiento para la protección de los intereses del público ante la Comisión Nacional Bancaria	102 y 103	optativa para el particular, pero si éste la solicita, la organización debe someterse a ella	el recurso al arbitraje es opcional para ambas partes, después de la conciliación pueden acudir directamente ante tribunales judiciales.

Como podemos ver, no existe ningún impedimento legal para que una controversia entre sujetos de un contrato bancario o financiero sea sometido a la intervención arbitral. Además de acuerdo con el artículo 75 del CC, las operaciones de bancos (fracción XIV) y las obligaciones entre comerciantes y banqueros, si no son de naturaleza esencialmente civil (fracción XXI) se reputan actos de comercio, y por lo tanto se rigen por todas las disposiciones de este ordenamiento, incluyendo las del Título IV del Libro Quinto, "Del arbitraje comercial". De ello se desprende que todos los conflictos surgidos de las relaciones bancarias estudiadas en el Capítulo IV de este trabajo, pueden ser objeto de arbitraje, siempre y cuando las partes así lo manifiesten.

2. Las ventajas del compromiso arbitral en materia bancaria.

Ya hemos mencionado de manera general las ventajas que el arbitraje ofrece como medio alternativo de resolución de controversias ¹³³. Su eficacia se refleja en su frecuente aplicación tanto a nivel internacional, como en algunos sistemas jurídicos nacionales, sobre todo de países desarrollados. En México, su aplicación ha sido gradual, pero cada vez más importante.

Refiriéndonos estrictamente a la situación que se vive en nuestro país actualmente, podemos afirmar que en efecto existen relaciones entre bancos y particulares que se han visto seriamente afectadas por las circunstancias económicas y políticas. Dichos conflictos han invadido el sistema judicial.

a. Ventajas para el banco:

- 1) Hemos señalado que la prolongación de los juicios no favorece al banco en ningún caso, sólo aumenta sus gastos.

- 2) Debido a ciertos antecedentes, las instituciones bancarias se han hecho acreedoras a una fama que no las favorece frente a los tribunales judiciales; los jueces y el personal judicial en general se han mostrado hostiles frente a ellas ya que sus medidas son comparadas con las de un usurero que no toma en cuenta la situación del país y sólo piensa en su propio beneficio. El árbitro sería más imparcial en ese sentido, ya que ha sido contratado y elegido por ambas partes en igualdad de circunstancias; su intervención es el resultado de una decisión mutua.¹³⁴

¹³³Ver *supra* Primera Parte, Capítulo I, apartado A p. B/2/c.

¹³⁴Esta misma razón ha llevado a las instituciones bancarias en Estados Unidos a incluir en sus contratos cláusulas compromisorias. En el caso de los tribunales y procedimientos norteamericanos, en los cuales la intervención de un jurado es determinante, se corre el riesgo de que las personas que lo integren se inclinen, inconscientemente, a beneficiar al deudor y emitan juicios demasiado severos en contra de los bancos. (Park, William W. *op.cit.* *supra* nota 131).

- 3) La privacidad que reviste un procedimiento arbitral es otra de las características que el banco puede aprovechar. Muchas veces es preferible evitar que ciertos litigios sean del dominio público puesto que ello desacredita la imagen de la Institución.

- 4) En el caso de un litigio internacional, el banco corre el riesgo de que la sentencia judicial obtenida en contra de un deudor, que recaiga sobre bienes ubicados fuera de territorio mexicano, no sea reconocida en el país en el que el particular tenga sus bienes. Un laudo arbitral en cambio, está beneficiado por la Convención de Nueva York de 1958, la de Panamá de 1976 y la de Montevideo de 1987 sobre el reconocimiento de sentencias arbitrales extranjeras, convenciones ratificadas por México.¹³⁵

b. Ventajas para el deudor:

- 1) Cuando el particular es una empresa con cierta fama en el mercado, también busca mantener discretamente el conflicto con el banco por razones de imagen. El arbitraje ofrece a ambas partes un arreglo de sus diferencias con las dimensiones que ellas mismas determinen.

- 2) La inclusión de una cláusula arbitral en el contrato con el banco o en la renegociación de su deuda, representa para el deudor la posibilidad de continuar sus relaciones con la institución que le permitan, mientras tanto, buscar otros medios para cumplir con sus obligaciones.

- 3) Conforme a la realidad de nuestro sistema judicial, generalmente el deudor se encuentra en franca desventaja, ya que la institución bancaria cuenta con mayores medios para hacer que el procedimiento

tome el curso que más le favorezca. Partiendo del hecho de que el particular ha incumplido, sus alternativas frente al poder judicial están limitadas. El arbitro podría encargarse del caso de manera más personal, lo que permitirá buscar una alternativa más conveniente y factible. Según puede verse, la mayoría de las sentencias dictadas en tribunales judiciales son inejecutables. Los particulares son despojados de sus bienes y sus deudas no dejan de aumentar.¹³⁶

Considerando de manera conjunta estas ventajas y tomando en cuenta las características de los conflictos que surgen de las relaciones bancarias, cabe señalar que existen ciertos casos en que la intervención del arbitraje puede ser más efectiva que en otros. Para obtener una solución rápida y menos costosa, debe pensarse en el hecho de poder enajenar o comercializar fácilmente la garantía otorgada en razón del crédito que se ha solicitado. Por ello, los créditos que cuenten con una garantía hipotecaria o automotriz, cuya transacción sea factible, resultan idóneos para la aplicación de este medio de resolución de conflictos.

Una vez establecidos los beneficios que el arbitraje puede traer a las relaciones bancarias, estudiemos ahora la forma que dicho acuerdo debe revestir y los elementos que debe contener.

B. Aplicación del arbitraje.

135 Aunque estos casos son poco frecuentes, y su estudio no es el principal tema de análisis de este trabajo, vale la pena tomarlos en cuenta ya que, en la práctica, tienen una gran importancia cualitativa.

136 Vale la pena mencionar que además de obtener beneficios para las partes del conflicto, la aplicación del arbitraje en materia bancaria es también favorable al resto de los particulares que tienen alguna relación con el banco. Las personas que, sin tener conflicto con el banco, mantienen relaciones con él, como depositantes, tarjetahabientes, cuentahabientes etc., se ven beneficiados indirectamente. Al depurar su lista de litigios por cartera vencida y encontrar nuevos medios de resolver sus diferencias, el banco se encuentra en una situación más "hoigada" que le permite responder a sus compromisos con el resto de la clientela y ofrecer condiciones más atractivas. En una reacción encadenada, todo ello permite que tanto las finanzas personales como la macroeconomía recupere cierto movimiento.

La aplicación del arbitraje como medio para dirimir las controversias entre particulares y la banca debe darse en dos elementos:

- la inclusión de una cláusula arbitral en los contratos de crédito (1); y
- el establecimiento de un centro administrador: Institución Nacional de Arbitraje Bancario, que ofrezca un reglamento de arbitraje (2).

1. La cláusula arbitral.

Como señalamos en el Capítulo II de este trabajo, el compromiso arbitral puede revestir dos formas esencialmente: ser un acuerdo independiente, en el cual se establezcan las formas, plazos y procedimientos que deberán cumplirse al surgir una controversia, o bien, estar redactado en una cláusula compromisoria que forme parte del clausulado de un contrato principal que las partes hayan celebrado. El artículo 1423 del CC contempla estas dos formas y señala los requisitos mínimos que deben cumplir para ser consideradas como válidas¹³⁷.

Cabe señalar que a pesar de esta relación de "pertenencia" entre la cláusula y el contrato, la primera goza de autonomía. Cuando el contrato se termina de manera natural al ser ejecutado o es declarado nulo, por ejemplo por algún vicio del consentimiento, la cláusula confiere poder al tribunal arbitral para que él mismo decida sobre su competencia¹³⁸. A ello se debe que algunos teóricos del arbitraje consideren que cuando un contrato contiene un acuerdo arbitral, en realidad constituye dos acuerdos independientes: el

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

138 Sobre el particular puede consultarse Redfern A. & M. Hunter, *op.cit. supra* nota 6, p.170, "Autonomy of the arbitration clause".

primero o principal establece las obligaciones comerciales de las partes, mientras que el segundo o colateral señala las obligaciones de resolver cualquier disputa que surja de las obligaciones comerciales por recurso al arbitraje¹³⁹. Es claro que si la validez del acuerdo arbitral dependiera de la del contrato principal, se perdería el propósito y la razón del ser del primero, puesto que al surgir una controversia sobre la validez del contrato principal, por ejemplo, ello incluiría la cláusula arbitral y por lo tanto no podría arrancar la maquinaria arbitral de resolución¹⁴⁰. El objetivo de conferir autonomía a la cláusula arbitral estriba en darle facultad a los árbitros para que decida sobre su propia competencia; el principio es conocido en la doctrina internacional como *the doctrine of competence/competence*.¹⁴¹

En este caso en especial, nos parece más conveniente la cláusula compromisoria ya que resulta más sencillo incluirla en los contratos ya existentes entre el banco y el particular, en lugar de redactar uno nuevo.

Para la propuesta de redacción de la cláusula que deberá incluirse en los contratos bancarios, seguiremos el orden estudiado por Stephen R. Bond en su artículo y que hemos citado ya en el Capítulo II, apartado B, inciso 4 (c) de este trabajo.

a. Arbitraje *ad-hoc* y arbitraje institucional.

¹³⁹ *idem* p.171

¹⁴⁰ A este respecto el artículo 21/2 de la Ley Modelo de la CNUDMI: "El tribunal arbitral estará facultado para determinar la existencia o validez del contrato del que forma parte una cláusula compromisoria. A los efectos del artículo 21 una cláusula compromisoria que forma parte de un contrato y que disponga la celebración del arbitraje con arreglo al presente reglamento se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no entrañará, *ipso iure*, la invalidez de la cláusula compromisoria."

¹⁴¹ A este respecto el CC establece en su artículo 1432: "El tribunal arbitral estará facultado para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o validez del acuerdo de arbitraje. A ese efecto, la cláusula compromisoria que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión de un tribunal arbitral declarando nulo un contrato, no entrañará por ese solo hecho la nulidad de la cláusula compromisoria. (...)"

En cuanto al tipo de arbitraje al cual deberá hacer mención la cláusula, será un arbitraje institucional, administrado por la Institución Nacional de Arbitraje Bancario (INAB), de acuerdo a los lineamientos que se señalan más adelante.

b. Campo de aplicación.

El campo de aplicación de la cláusula serán las desaveniencias que surjan a causa de la celebración del contrato del cual forme parte. En el caso de los contratos bancarios, esto significa que el arbitraje substituirá al procedimiento judicial que en ellos se contempla.

c. Lugar del arbitraje.

El lugar del arbitraje será México y específicamente la ciudad en la cual se encuentre la sucursal de la INAB más cercana al deudor. Mientras existan solamente las instalaciones de la ciudad de México, las partes podrán acordar el lugar del arbitraje que más les convenga y a falta de acuerdo, el procedimiento se realizará en México D.F.

d. Composición del tribunal arbitral.

El número de árbitros se determinará por la complejidad y el monto del litigio. Cuando la deuda sea menor a \$100,000.00 (cien mil pesos) el procedimiento será llevado por árbitro único. Cuando sea superior a dicha cantidad, se integrará un tribunal colegiado, con tres árbitros. Los montos establecidos para esta clasificación deberán ser actualizados por las autoridades de la Institución cuando se juzgue necesario, de acuerdo a las circunstancias económicas y financieras del momento.

e. Costas del arbitraje.

El laudo definitivo de la autoridad arbitral, además de decidir sobre el fondo de la controversia, determinará cual de las partes deberá pagar las costas o en que proporción se repartirán. No es necesario que esto quede especificado en el texto de la cláusula; bastará con hacer referencia al reglamento de la Institución correspondiente, ya que dicho tema forma parte de sus disposiciones.

f. Renuncia a toda posibilidad de recurso contra laudo.

En relación con la renuncia a recurso contra el laudo que los árbitros dicten, ésta queda contemplada al mencionar que en caso de falta de disposición del reglamento, se aplicará supletoriamente el Título IV del Libro Quinto del CC.

g. Derecho aplicable

El texto de la cláusula señalará que el procedimiento arbitral se regirá por las disposiciones del reglamento de la Institución y a falta de disposición, se aplicará supletoriamente el derecho mexicano, es decir, el Título IV del Libro Quinto del CC.

h. Idioma del arbitraje.

El idioma del arbitraje será el español.¹⁴²

La cláusula que se propone para los contratos en materia bancaria es la siguiente: "Todas las desavenencias que deriven de este contrato serán

resueltas definitivamente de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de la INAB, por uno o más árbitros nombrados conforme a dicho reglamento. La sede del arbitraje serán las instalaciones de la Institución que resulten más cercanas a la parte deudora; el idioma será el español y, a falta de disposición del reglamento, el derecho aplicable será el mexicano."

Debido a que el recurso al arbitraje es resultado del acuerdo de voluntades de ambas partes, se recomienda que la institución bancaria cuente con dos tipos de contratos: uno que contemple al arbitraje como mecanismo de solución de conflictos y otro que conserve la posibilidad de acudir a la jurisdicción estatal. El particular y el banco decidirán conjuntamente cual de ellos se firmará en cada ocasión.

2. La Institución Nacional de Arbitraje Bancario (INAB).

El tipo arbitraje que se propone para dirimir las controversias entre la banca y sus deudores es un arbitraje institucional, para lo cual deberá existir una institución idónea debidamente constituida (a), regida por un reglamento interior (b), que ofrezca a las partes un reglamento de arbitraje (c), un arancel para el cálculo de los gastos administrativos y de los honorarios de los árbitros (d) y un modelo de cláusula redactada en los términos que se proponen en el apartado anterior.

Para elaborar la siguiente propuesta, se tomaron como base los Reglamentos de la Corte de Arbitraje de la CCI y de la CANACO.

a. Estatutos de la Institución:

142La mención sobre el lugar, el derecho aplicable y el idioma del arbitraje son convenientes para los casos en que el deudor sea una persona extranjera o cuyos bienes que hayan sido dados en garantía se encuentren fuera de territorio nacional.

i. Atribuciones: las funciones de la Institución serán las siguientes:

- a) asesorar e informar a los particulares y a la banca sobre sus derechos y obligaciones;
- b) dirimir las controversias entre particulares y la banca que surjan de los contratos celebrados entre ellos así como atender las quejas que presenten las partes por la posible irregularidad en la prestación de los servicios bancarios;
- c) recibir toda la información y pruebas que aporten los prestadores de servicios bancarios y los particulares y, en su caso, requerir aquéllas otras que sean necesarias para dilucidar las controversias;
- d) practicar las diligencias que correspondan;
- e) fungir como árbitro y pronunciar los laudos que correspondan cuando las partes se sometan expresamente por la inclusión de la cláusula arbitral en los contratos que celebren;
- f) emitir opiniones sobre las quejas de que conozca;
- g) convenir con instituciones, organismos y organizaciones públicos y privados, nacionales e internacionales, acciones de coordinación y concertación que le permitan cumplir con sus funciones y
- h) asesorar a los gobiernos de las entidades federativas para la constitución y establecimiento de sucursales que presten este servicio.

ii. Organos: los órganos que integrarán la Institución serán:

El Presidente: el Presidente será elegido por el Consejo Directivo y sus atribuciones serán:

- a) representar a la Institución y presidir al Consejo;

- b) someter a consideración del Consejo las designaciones de los árbitros que integrarán la lista y opinar acerca de su neutralidad y autonomía cuando sean llamados a intervenir en un litigio;
- c) nombrar y remover al resto del personal de la Institución;
- d) conducir el funcionamiento del órgano, vigilando el cumplimiento de sus objetivos y programas;
- e) celebrar toda clase de actos jurídicos que permitan el cumplimiento del objeto de la Institución;
- f) ejecutar los acuerdos emitidos por el Consejo;
- g) someter a la aprobación del Consejo el reglamento interno, el reglamento de procedimientos y demás disposiciones internas que regulen a la Institución y
- h) vigilar el cumplimiento de las resoluciones que se deriven del procedimiento de arbitraje.

El Consejo Directivo: el Consejo se integrará por 10 consejeros propietarios y 10 consejeros suplentes, quienes serán distinguidas personalidades del medio bancario y financiero, cuya trayectoria profesional esté reconocida. El cargo de consejero tendrá una duración de 4 años. Sus atribuciones serán:

- a) decidir sobre las políticas generales a las que deberá sujetarse la Institución;
- b) establecer los mecanismo de difusión que permitan a los particulares y a las autoridades bancarias conocer sus derechos y obligaciones así como las funciones de la Institución;
- c) aprobar y expedir el reglamento interno de la Institución;
- d) aprobar y expedir el reglamento de procedimientos para la atención de las quejas presentadas por el público;
- e) conocer de los asuntos que someta a su consideración el Presidente;

- f) establecer las características que deberán tener los asuntos que sean arbitrables por la Institución (montos, tipos de crédito, garantías otorgadas...);
- g) Integrar la lista de árbitros en colaboración con el Presidente;
- h) llevar a cabo el procedimiento de nombramiento de árbitros y evaluar la imparcialidad y autonomía de los mismos, en colaboración con el Presidente;
- i) fijar el monto de la provisión de fondos que las partes deberán aportar por concepto de gastos de arbitraje;
- j) fijar las tarifas para la cuantificación de las costas del arbitraje;
- k) revisar los procedimientos y sus plazos y
- l) examinar el acta de misión que emitan los árbitros así como los laudos que se dicten.

La Secretaría: este órgano será el que tenga contacto directo con el público. Ante él deberán presentarse las demandas y todos los documentos que las partes y los árbitros consideren adecuados para la resolución del conflicto. La Secretaría deberá informar al Consejo de la presentación de una demanda para que éste proceda a realizar el trámite de nombramiento de la autoridad arbitral.

La lista de árbitros: la Institución contará con una lista de personas que fungirán como árbitros en los litigios que surjan de contratos bancarios, en los cuales las partes hayan incluido la cláusula arbitral que se propone en el apartado B de este capítulo. Los atributos que deberán tener serán determinados por el Consejo Directivo en colaboración con el Presidente.¹⁴³

143 Aunque la legislación mexicana se muestra poco estricta a este respecto, contiene dos preceptos que no deben dejar de tomarse en cuenta:

- el artículo 1428 del CC exige que la persona a quien se pretende nombrar como árbitro declare su autonomía e imparcialidad; y
- el artículo 24 de la Ley Orgánica de los Tribunales de Justicia del Fuero Común del Distrito Federal, prohíbe que un juez acepte el cargo de árbitro ("Ningún servidor público de la

Atributos generales de los árbitros:

- ante todo la persona a quien se comunique su posible nombramiento deberá ser imparcial e independiente a criterio del Consejo, en colaboración con el Presidente; a este respecto, si se trata de un tribunal colegiado en el que cada parte proponga a un árbitro, aquél que haya sido nombrado por la institución bancaria no deberá formar parte de su personal activo al momento de aceptar el nombramiento;
- los árbitros deberán conocer la práctica bancaria y financiera y estar en contacto con ella al momento de intervenir en el arbitraje, ello les permitirá tener una visión actualizada de la situación y de sus causas; y
- deberán tener el título de licenciado en derecho.

iii. Deliberaciones y *quorum*:

Las decisiones de la Institución serán adoptadas por mayoría de votos. El Presidente tendrá voto de calidad en caso de empate. Las decisiones serán válidas si asisten a las reuniones por lo menos 6 consejeros propietarios.

b. Reglamento interior de la Institución:

i. Objeto: la INAB tendrá como misión procurar la solución arbitral de las desavenencias en materia bancaria y financiera que surjan entre la banca y los particulares.

administración de justicia podrá desempeñar otro puesto. Dichos servidores públicos no podrán ser corredores, comisionistas, apoderados judiciales, tutores, administradores, interventores en concurso, árbitros o arbitradores, ni ejercer la abogacía sino en causa propia").

ii. **Autonomía:** la Institución será un órgano autónomo, con personalidad jurídica y patrimonio propios.

iii. **Confidencialidad:** la Institución deberá ofrecer al público completa confidencialidad respecto a los asuntos que se sometan a su competencia.

iv. **Áreas de competencia:** la competencia de la Institución se determina por materia (bancaria y financiera) y por territorialidad (en el estado o en la circunscripción territorial en el que se instale).

v. **Control de calidad de los árbitros y de los laudos que se emitan:** la Institución deberá integrar una lista de árbitros basándose en los criterios de selección que ella misma establezca, buscando ofrecer al público verdaderas autoridades en el tema controvertido. También deberá examinar los laudos que éstos emitan antes de que sean dados a conocer a las partes.

vi. **Financiamiento:** la Institución contará con tarifas para las costas y gastos de los procedimientos. Estos ingresos, a excepción de los honorarios de los árbitros, serán destinados al financiamiento del centro, es decir a los gastos administrativos.

c. Reglamento de arbitraje:

El tribunal arbitral podrá dirigir el procedimiento del modo que considere apropiado, pero siempre con sujeción a las disposiciones de este reglamento u ofreciendo a las partes un trato igualitario, otorgándoles plena libertad de hacer valer sus derechos.

En caso de silencio de las partes y del presente reglamento, se aplicará supletoriamente el Título IV del Libro Quinto del CC.

Toda documentación que una parte presente al tribunal deberá ser comunicada a la otra. Si las parte así lo requieren y el tribunal lo considera apropiado, se podrán celebrar audiencias de presentación de pruebas o alegatos en cualquier momento del procedimiento.

Todo plazo que este reglamento mencione será contado en días naturales.

I. Integración del tribunal arbitral.

1. Procedimiento de nombramiento:

Arbitro único para los litigios cuyo monto no rebase los \$100,000.00 (cien mil pesos); designado por las partes de común acuerdo;

Tribunal arbitral colegiado cuando el monto en litigio sea superior a \$100,000.00 (cien mil pesos); en este caso cada parte nombrará un árbitro, y éstos designarán al tercero.

Las partes deberán preferentemente consultar la lista de árbitros integrada por la Institución. La persona (árbitro único) o personas (tribunal colegiado) que de ella elijan, será(n) confirmada(s) por el Consejo, previo análisis de su imparcialidad y autonomía. En caso de designar a un árbitro(s) que no forme parte de dicha lista, deberán presentar al Consejo las razones de su decisión, para que el órgano mencionado lo confirme.

Si, por el contrario, 30 días después de surgido el conflicto, no hubiere acuerdo entre las partes respecto al nombramiento del árbitro(s), éste(os) será(n) nombrado(s) por la Institución.

En caso de que siendo un tribunal colegiado los árbitros no llegarán a un acuerdo respecto a la designación de un tercero, la Institución será quien lo haga.

2. Independencia e imparcialidad del árbitro.

Todo árbitro nombrado o confirmado por la Institución deberá ser y permanecer independiente de las partes e imparcial ante el asunto en cuestión.

Al momento de saber sobre su posible nombramiento, la autoridad arbitral deberá hacer llegar al Consejo, por escrito, los hechos y circunstancias susceptibles de poner en duda su neutralidad. El Consejo entregará dicho escrito a las partes para que presenten sus observaciones, en un plazo no mayor a 5 días. Una vez recibida la opinión de los compromitentes, el Consejo, en colaboración con el Presidente de la Institución analizará el caso para emitir su aprobación o su rechazo respecto a la persona propuesta. En caso de ser admitida, el procedimiento arbitral podrá iniciar. Si por el contrario es rechazada, deberá procederse a una nueva designación.

Una vez iniciado el procedimiento, queda latente la posibilidad de que surja algún impedimento que obligue a sustituir al árbitro. La Institución informará a las partes y al (los) árbitro(s) respecto del impedimento detectado, para que a su vez, emitan sus observaciones en un plazo razonable. Si procede la sustitución, el

tribunal se reconstituirá y se decidirá conjuntamente si las actuaciones anteriores deberán repetirse o no.

Las partes, al someterse a este reglamento, deberán rechazar toda posibilidad de interponer recurso alguna en contra de las decisiones de la Institución respecto al nombramiento, confirmación, recusación o sustitución de árbitros.

ii. La demanda de arbitraje.

La parte interesada en iniciar el procedimiento arbitral deberá presentar su demanda ante la Secretaría de la Institución. La fecha en que se entregue la demanda será la de inicio del procedimiento arbitral, para efectos del cómputo de plazos.

La demanda deberá contener:

- nombre completo y domicilio de las partes;
- relación de los hechos en que se funde la demanda;
- exposición de las pretensiones del demandante;
- mención del contrato del cual haya surgida la controversia y que contenga el compromiso arbitral y
- la materia u objeto que se demanda.

Se podrán anexar los documentos que el actor estime convenientes o bien hacer alusión a los que tenga pensado presentar posteriormente.

Al momento de recibir la demanda y los documentos anexos en su caso, la Secretaría la entregará al Consejo quien ordenará se notifique a la contraparte sin demora.

iii. La contestación.

De acuerdo a las circunstancias del caso y a su grado de problemática, el tribunal determinará en que plazo deberá presentar su contestación la parte demandada, mismo que no deberá exceder de 30 días, contados a partir del día siguiente a la notificación.

El demandado podrá anexar también los documentos que estime convenientes. Asimismo podrá reconvenir, siempre y cuando dicho acto se funde en el mismo contrato que dio lugar a la demanda. En este caso, podrá solicitar un plazo mayor al indicado por el tribunal.

iv. La competencia del tribunal arbitral.

El tribunal arbitral no sólo es competente para conocer del conflicto que exista entre las partes a raíz de la firma de un contrato bancario. También está facultado para decidir acerca de su propia competencia y de la existencia y validez tanto del contrato como de la cláusula compromisoria en sí misma. La Institución acepta, a través de su reglamento, la autonomía de la cláusula arbitral en relación al contrato del cual forma parte.

v. Provisión para gastos del arbitraje.

La Institución, por medio de los arances acordados por el Consejo, fijará el importe de los fondos que las partes deberán aportar, en cantidades iguales, para hacer frente a los gastos del procedimiento.

La Institución podrá subordinar la entrega del expediente al árbitro al pago total o parcial de la provisión de fondos.

En caso de que la parte demandada no cumpla con este pago, la actora podrá pagar la totalidad a fin de que pueda iniciar el procedimiento. Dicha cantidad le será compensada al momento de hacer el siguiente pago o al dictarse laudo definitivo, al fijar gastos y costas del procedimiento.

vi. Entrega del expediente al tribunal arbitral.

Una vez recibida la contestación de la demanda y la provisión de fondos y habiendo obtenido la aprobación del Consejo respecto al nombramiento del (los) árbitro(s) y a la procedencia del arbitraje, la Secretaría entregará el expediente al tribunal arbitral.

vii. Lugar, idioma y derecho aplicable al arbitraje.

Salvo que las partes hayan acordado otra cosa, el lugar del arbitraje será las instalaciones de la sucursal de la Institución que resulte más cercana al domicilio que haya declarado el deudor, o a falta de ésta en las instalaciones de la Ciudad de México. El idioma del procedimiento será el español y el derecho aplicable el mexicano. Si el arbitraje es internacional (de acuerdo al artículo 1416, fracción III, del CC) y las partes no han determinado la sede y el idioma, el tribunal arbitral resolverá según el lugar y el lenguaje que más estrecha relación tenga con el contrato. En caso de silencio, el tribunal aplicará el derecho sustantivo que la norma de conflicto (aplicable a criterio del propio tribunal) determine y las reglas de procedimiento de este reglamento o la ley procesal interna que juzgue conveniente.

Los árbitros tendrán en cuenta constantemente las estipulaciones del contrato principal y la práctica bancaria y financiera.

viii. Medidas cautelares provisionales.

Las partes podrán solicitar a la autoridad judicial la adopción de medidas cautelares provisionales, si lo estiman conveniente, sin que ello signifique la contravención al acuerdo arbitral.

ix. Misión del árbitro.

Una vez recibido el expediente con la demanda, contestación, reconvencción y réplica en su caso y los documentos que las partes hayan anexando, el tribunal arbitral redactará un acta en la cual precise su misión y que deberá contener:

- nombre completo y domicilio de las partes;
- exposición sumaria de las pretensiones de las partes;
- determinación de los puntos controvertidos a resolver;
- nombre completo y domicilio del (los) árbitro(s);
- sede, idioma y derecho sustantivo y procesal aplicable al arbitraje;
y
- otras menciones que el tribunal o la Institución juzguen convenientes para asegurar que el laudo sea susceptible de sanción legal.

El acta de misión deberá ser firmada por las partes, por el árbitro y por un miembro del Consejo, en señal de su revisión y aprobación.

x. Instrucción de la causa, audiencias y pruebas.

Una vez aprobada el acta de misión y habiendo sido firmada según se señala en el rubro anterior, el tribunal arbitral instruirá la causa.

Cada parte asumirá la carga de la prueba de los hechos en que se base para fundar sus acciones y excepciones. En cualquier momento de las actuaciones, las partes podrán presentar documentos y expresar alegatos, al igual que los árbitros podrán exigirlos dentro de un plazo que estimen conveniente.

Las pruebas que se podrán presentar serán: la instrumental, la pericial, la testimonial y la confesional.

En caso de celebrarse una audiencia, el tribunal dará aviso a las partes y a la Secretaría oportunamente de la fecha, hora y lugar en que se celebrará.

En razón de la privacidad del procedimiento arbitral, las audiencias se harán a puerta cerrada, a menos que las partes acuerden lo contrario.

El tribunal arbitral estará facultado para admitir y rechazar cualquier prueba, así como para decidir la forma en que se interrogará a los testigos.

Si el tribunal lo juzga conveniente, y las partes no lo han hecho, podrá nombrar peritos para que le informen por escrito sobre materias concretas, para lo cual las partes estarán dispuestas a colaborar suministrando la información necesaria. Las partes recibirán una copia del dictamen del perito.

Una vez recibidas todas las pruebas y habiéndole preguntado a las partes si desean presentar otras, el tribunal podrá declarar cerradas las audiencias. Si lo considera necesario y de manera excepcional, la autoridad arbitral podrá reabrir las audiencias, siempre y cuando no se haya dictado aún el laudo.

xi. Decisiones y laudo arbitrales.

1. Forma y efectos.

Cuando se trate de un tribunal colegiado todas las decisiones, incluyendo el laudo definitivo y los parciales, se dictarán por mayoría de votos de sus miembros.

Si los árbitros así lo acordaron previamente y la Institución ha sido informada al respecto, el Presidente del tribunal podrá tomar decisiones relativas al procedimiento por sí sólo.

Si las partes llegan a un acuerdo (transacción) después de haber entregado el expediente al (los) árbitro(s), deberán comunicarlo inmediatamente al tribunal, de manera a que se dicte un laudo de acuerdo a las partes.

El laudo definitivo se dictará por escrito y será inapelable y obligatorio para las partes, quienes se comprometen a cumplirlo sin demora. Sólo podrá rectificarse el laudo si existe un error de cálculo, de copia o tipográfico que las partes hayan señalado en un plazo no mayor a 20 días después de la recepción del escrito.

El laudo contendrá:

- la firma del o de los árbitros y de uno de los miembros del Consejo en señal de su revisión y aprobación;
- la fecha y lugar en que fue dictado;
- la mención de tratarse de una transacción acordada por las partes, en su caso;

- las medidas que deberán tomarse como resultado del procedimiento arbitral;
- las razones del tribunal que lo llevó a pronunciarse en ese sentido; y
- la decisión sobre las costas del arbitraje y sobre la parte que deberá cubrirlas o la forma en que se repartirán.

2. Plazo.

El tribunal arbitral deberá dictar el laudo definitivo en un plazo no mayor a 6 meses contados a partir de la recepción de la demanda en la Secretaría de la Institución. Dicho plazo podrá prolongarse a criterio del tribunal arbitral en colaboración con el Consejo, si ,a lo largo del procedimiento, las actuaciones arbitrales y las etapas en general se retrasaron por alguna causa imputable a las partes (v.g. demora en la entrega de la provisión de fondos para gastos del arbitraje o de documentos y otras pruebas solicitadas por el tribunal, o bien petición de sustitución del (los) árbitro(s)).

3. Interpretación.

Dentro de los 30 días siguientes a la recepción del laudo, las partes podrán requerir al tribunal una interpretación del laudo, misma que se entregará por escrito a la parte que lo haya solicitado, con notificación a la otra.

xii. Costas del arbitraje.

Las costas del arbitraje y su forma de pago serán señaladas en el laudo arbitral. El tribunal arbitral tendrá plena facultad para determinar quién deberá cubrir las costas del arbitraje o bien, en qué forma se dividirán.

El reglamento adoptará el concepto de "costas" definido por el artículo 1416 fracc. IV del CC. El término "costas" comprende:

- los honorarios del tribunal arbitral;
- los gastos de viaje y demás expensas realizadas por los árbitros;
- el costo del asesoramiento pericial o de cualquier otra asistencia requerida por el tribunal arbitral;
- los gastos de viaje y otras expensas realizadas por los testigos, en la medida que dichos gastos sean aprobados por el tribunal arbitral;
- el costo de representación y de asistencia legal de la parte vencedora si se hubiera reclamado dicho costo durante el procedimiento arbitral (...) y
- cualesquiera honorarios y gastos por concepto de servicios prestados por la institución que haya designado a los árbitros."

La Institución contará con tarifas que indiquen el monto de las cuotas administrativas, cargos por concepto de otros servicios y reembolsos etc.

Igualmente, el reglamento deberá tomar en cuenta lo establecido por el artículo 1454 del CC: "Los honorarios del tribunal arbitral serán de un monto razonable teniendo en cuenta el monto de la disputa, la complejidad del tema, el tiempo dedicado por los árbitros y cualesquiera otras circunstancias pertinentes del caso (...)".

d. Arancel.

i. Arancel para gastos administrativos.

Cuadro #13: Arancel para gastos administrativos del procedimiento arbitral.

Cuantía de litigio (en pesos)	Tasa administrativa
hasta \$100,000.00	\$5,000.00
de \$100,001.00 a \$200,000.00	\$6,000.00 + 3% del M.S.* a \$100,000.00
de \$200,001.00 a \$300,000.00	\$7,000.00 + 2% del M.S. a \$200,000.00
de \$300,001.00 a \$400,000.00	\$8,000.00 + 1.50% del M.S. a \$300,000.00
de \$400,001.00 a \$500,000.00	\$9,000.00 + 1% del M.S. a \$400,000.00
superior a \$500,001.00	\$10,000.00 + 0.50% del M.S. a \$500,000.00

*M.S.= monto superior.

ii. Arancel para honorarios de un árbitro.

Cuadro #14: Arancel para honorarios de un árbitro.

Cuantía del litigio	Honorarios	
	Mínimo	Máximo
hasta \$100,000.00	\$1,000.00	10% de la cuantía del litigio
de \$100,001.00 a \$200,000.00	\$1,000.00 + 1.50% del M.S.* a 100,000.00	\$5,000.00 + 5% del M.S. a 100,000.00
de \$200,001.00 a \$300,000.00	\$2,000.00 + 0.80% del M.S. a 200,000.00	\$6,000.00 + 4% del M.S. a 200,000.00
de \$300,001.00 a \$400,000.00	\$3,000.00 + 0.50% del M.S. a 300,000.00	\$7,000.00 + 3% del M.S. a 300,000.00
de \$400,001.00 a \$500,000.00	\$4,000.00 + 0.30% del M.S. a 400,000.00	\$8,000.00 + 2% del M.S. a 400,000.00
superior a \$500,001.00	\$5,000.00 + 0.20% del M.S. a 500,000.00	\$9,000.00 + 1% del M.S. a 500,000.00

*M.S.= monto superior.

A manera de ejemplo, presentamos el siguiente caso: surge una controversia entre el banco y un acreditado cuyo monto en litigio es de \$280,000.00 (dos cientos ochenta mil pesos 00/100 M.N.). Los cálculos deberán hacerse como sigue:

i. Arancel para gastos administrativos.

Cuántía de litigio (en pesos)	Tasa administrativa
\$280,000.00	$\$7,000.00 + 2\% \text{ de } \$80,000.00$ $= \$7,000.00 + \$1,600.00$ $= \$8,600.00$

ii. Arancel para honorarios de un árbitro.

Cuántía del litigio (en pesos)	Honorarios	
	Mínimo	Máximo
\$280,000.00	$\$2,000.00 + 0.80\% \text{ de } \$80,000.00$ $= \$2,000.00 + \640.00 $= \$2,640.00$	$\$6,000.00 + 4\% \text{ de } \$80,000.00$ $= \$6,000.00 + \$3,200.00$ $= \$9,200.00$
	promedio: \$5,920.00 (por árbitro)	

Considerando que el tribunal fijara el promedio de los montos de honorarios de un árbitro y que, por ser un litigio cuyo monto supera los \$100,000.00 (cien mil pesos 00/100 M.N.) debiera integrarse un tribunal colegiado (tres árbitros), las costas del procedimiento serían en este caso:

Gastos administrativos	\$8,600.00
Honorarios de un árbitro	\$5,920.00
Honorarios de un árbitro	\$5,920.00
Honorarios de un árbitro	\$5,920.00
Total	\$26,360.00 (veinte y seis mil tres cientos sesenta pesos 00/100 M.N.).

Respetando las normas que establezca el reglamento de arbitraje, procurando una administración transparente de parte de la Institución y contando con una intervención activa de los compromitentes, se puede resolver un porcentaje importante de los casos controvertidos que han surgido, a partir de 1995. Los costos procesales se ven reducidos, el tiempo invertido disminuye y las posibilidades de solución aumentan.

CONCLUSIONES

1. El arbitraje es una institución jurídica tendiente a resolver una controversia, excluyéndola de la jurisdicción pública, por voluntad de las partes, expresada en un acuerdo arbitral independiente o en una cláusula compromisoria, integrada en un contrato que haya sido celebrado anteriormente. Los compromitentes pueden elegir un procedimiento *ad hoc* o bien, hacer referencia a una institución encargada de administrar el procedimiento según lo establecido por un reglamento de arbitraje y por sus lineamientos internos; en ambos casos, estarán obligados a respetar y cumplir el laudo que se dicte. La autoridad arbitral puede decidir conforme a derecho o por equidad.
2. El arbitraje es un medio alternativo de resolución de controversias que no ha sido suficientemente explorado en México. Existen materias que pueden verse favorecidas por este recurso ya que ofrece un procedimiento más corto, menos costoso, con mayor privacidad para las partes y con la intervención de una autoridad imparcial, independiente y conocedora de los puntos controvertidos.
3. El rechazo al arbitraje se debe, entre otras razones, a que se le considera un "rival" de la administración de justicia estatal. Contrariamente a esto, deben analizarse las ventajas que su aplicación puede tener en momentos como los que se están viviendo en nuestro país, en los que es necesario pensar en vías alternativas de solución de conflictos. Es una solución paralela al sistema estatal, no lo sustituye ni lo desacredita.
4. El desarrollo y la aceptación del arbitraje a nivel internacional se han dado de manera más natural y abierta debido a su frecuente aplicación en tratados internacionales, ya que ofrece un foro neutral para la solución de conflictos. En los tratados que ha celebrado México durante la última década, encontramos la inclusión de mecanismos alternativos como las consultas, la mediación, la

conciliación y el arbitraje. Sin embargo, paralelamente a su aplicación internacional, debe haber un ejercicio de dichos medios dentro de las fronteras mexicanas, ampliando su ámbito nacional, perfeccionando su regulación, aumentando los estudios doctrinarios y académicos, y por supuesto, instrumentándolo con Instituciones que administren los procedimientos y propongan un reglamento y una cláusula compromisoria.

5. La crisis de 1995 no tiene antecedente en la historia de nuestro país. Aunque sus causas fueran relativamente conocidas, sus efectos adquirieron una dimensión mayor de lo que se había visto en otras ocasiones. Las medidas de control y de solución que se han aplicado no han sido suficientes. Los tribunales judiciales se enfrentan día tras día a un número muy alto de demandas, derivadas de las relaciones entre los particulares y las instituciones bancarias. Su tramitación, mediante el juicio ejecutivo mercantil y el juicio especial hipotecario, es costosa y prolongada. Dichos procedimientos han perdido su carácter sumario; contrariamente a lo que establece la doctrina y la legislación, sus etapas se prolongan por diversos factores que dependen, entre otras razones, de la discrecionalidad de la autoridad, del conocimiento que ésta tenga de la ley, del grado de participación de los compromitentes, del juzgado o del personal en turno, etc.

6. Dentro de los conflictos que han surgido en razón a la situación financiera y bancaria que se vive en nuestro país a partir del mes de diciembre de 1994, existen algunos en los cuales el arbitraje puede ofrecer verdaderas alternativas de solución. Por una parte, podemos mencionar a los créditos con garantía real que sea fácilmente comerciable, es decir, con hipotecas de vivienda o bien con garantías automotrices. En estos casos, la intervención del arbitraje es más efectiva ya que, la enajenación de dicha garantía aumenta la posibilidad de encontrar una solución que cumpla con las expectativas de ambas partes. En esta clasificación quedan comprendidos los créditos personales al consumo, los hipotecarios y algunos créditos empresariales cuya garantía tenga amplia

aceptación en el mercado. Por otra parte, los créditos de monto mediano y pequeño también pueden ser sometidos al arbitraje, ya que generalmente el costo de los procedimientos judiciales resulta muy elevado para las partes involucradas. Además de las ventajas mencionadas, el arbitraje también abre la posibilidad de que la relación contractual entre las partes en conflicto pueda subsistir, una vez resuelta la controversia, buscando una reestructuración factible para ambas y que sea propuesta por el tribunal arbitral, no por la institución bancaria de manera unilateral.

7. Existen procedimientos arbitrales en materia bancaria y financiera, como los que se realizan ante la Comisión Nacional Bancaria o la Comisión Nacional de Valores, que no se han desarrollado lo suficiente, debido a la falta de información y de seguridad del público respecto de las facilidades y los resultados que se pueden obtener si acuden a ellos. Contando con un reglamento específico, una cláusula compromisoria que pueda incluirse en los contratos y una Institución encargada de administrar y controlar los procedimientos, puede iniciarse una labor más sólida en el que se llegue a contemplar al arbitraje como un medio alternativo seguro, para la solución de estos conflictos.

8. La tesis propone que el banco cuente con dos contratos: uno en el que se ofrezca el recurso al arbitraje como mecanismo para la solución de las desavenencias que surjan de la relación con los particulares, y otro en el que se conserve la posibilidad de acudir a tribunales judiciales. Las partes decidirán, conjuntamente, cuál de ellos se firmará en cada caso.

9. Para que funcione el compromiso arbitral mencionado en el inciso anterior, será necesario crear una Institución Nacional de Arbitraje Bancario, que administre los procedimientos; éstos serán tramitados conforme a las disposiciones de un reglamento de arbitraje y del Título IV del Libro Quinto del Código de Comercio mexicano.

10. La controversia será resuelta por un solo árbitro, cuando el monto en litigio sea menor o equivalente a \$100,000.00 (cien mil pesos 00/100) y por un tribunal colegiado, integrado por tres árbitros, cuando éste sea superior a dicha cantidad. En el segundo caso, cada parte nombrará a un árbitro, y éstos nombrarán conjuntamente al tercero. La Institución contará con una lista de árbitros, de la cual podrán hacer su elección tanto las partes como los árbitros nombrados por éstas. Las autoridades de la Institución deberán asegurar la imparcialidad y autonomía de los árbitros en cuestión, por medio de un proceso cuidadoso de nombramiento y confirmación, en el cual las partes podrán hacer observaciones.

11. El tiempo de los procedimientos arbitrales para solucionar las desavenencias que surjan entre los bancos y sus deudores, no debe ser mayor a 6 ó 7 meses, contados a partir de la entrega del expediente al tribunal arbitral. En cuanto al costo del procedimiento, éste deberá ser calculado de acuerdo al arancel que fije la Institución, mismo que será actualizado cuando así lo consideren necesario las autoridades correspondientes.

12. La participación de profesionistas de distintas clases, como abogados, administradores, contadores y empresarios en general, es muy útil y necesaria para la realización de este tipo de proyectos. Contando con un cuerpo sólido y preparado, puede pensarse en la posibilidad de aumentar las facultades de esta Institución, para que abarque, en un futuro, distintos ámbitos como el académico o el internacional, estableciendo un intercambio con organismos análogos.

BIBLIOGRAFÍA

A. Libros y artículos:

Abascal Zamora, José María. *"Arbitraje institucional y arbitraje ad-hoc"*, México, 1994, comunicación personal.

Abascal Zamora, José María. *"Cómo escoger una institución arbitral"*, México, 1994, comunicación personal.

Acosta Romero, Miguel. **Nuevo Derecho Bancario**, 5ª ed., México, Porrúa, 1995.

Aguilar Alvarez, Guillermo. *"The Challenge of arbitrators"* en **Arbitration International**, Vol. 6, No. 3, 1990.

Alcalá Zamora y Castillo, Niceto. **Clínica processal**, 2ª ed., México, Porrúa, 1982.

Arellano García, Carlos. **Teoría general del proceso**, 4ª ed., México, Porrúa, 1992.

Barrera Graf, Jorge. **Instituciones de Derecho Mercantil**, México, Porrúa, 1989.

Bernstein, Ronald. **Handbook of Arbitration Practice**, London, Sweet & Maxwell, 1987.

Bottomore, T.B.. **Introducción a la Sociología**, Barcelona, Ediciones Península, 1989.

Bond, Stephen. *"Cómo redactar una cláusula compromisoria"* en **El Arbitraje comercial Interneccional**, (Suplemento especial del Boletín de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI), París, Cámara de Comercio Internacional, 1995.

Briseño Sierra, Humberto. **El Arbitraje Comercial, Doctrina y Legislación**, México, Limusa, 1988.

Briseño Sierra, Humberto. *"El arbitraje comercial en México"* en **El arbitraje en el derecho latinoamericano y español**, Lima, Cuzco, 1989.

Bumiller, Kristin. *"Choice of Forum in diversity cases: Analysis of a survey and implication for reform"* en **Law and Society Review**, Vol. 15, No.3-4, 1980-1981.

Carbonnier, Jean. **Sociología Jurídica**, Madrid, Tecnos, 1982.

Cervantes Ahumada, Raúl. **Títulos y Operaciones de Crédito**, 13ª ed., México, Editorial Herrero, 1984.

Chambre de Commerce Internationale. **Guide de l'Arbitrage**, Paris, Chambre de Commerce Internationale, 1983.

Craig, W. Laurence, William W. Park & Jan Paulsson. **International Chamber of Commerce Arbitration**, 2nd edition, New York-London-Rome & Paris, ICC Publishing S.A. & The Oceana Group Publishers, 1990.

David, René. **L'arbitrage dans le commerce international**, Paris, Economica, 1982.

De Buen Lozano, Nestor. **Derecho Procesal del Trabajo**, México, Porrúa, 1994.

Dominguez Del Río, A. **Compendio teórico práctico de derecho procesal civil**, México, Porrúa, 1977.

Felstiner, William L. F., Richard L. Abel & Austin Sarat. "*The emergence and transformation of dispute: naming, blaming and claiming*" en **Law and Society Review**, Vol. 15, No.3-4, 1980-1981.

Fitzgerald, Jeffrey & Richard Dickins. "*Disputing in legal and non-legal context: some questions for sociologist of law*" en **Law and Society Review** Vol. 15, No.3-4, 1980-1981.

Flores García, Fernando. "*El arbitraje privado (reflexiones sobre algunas normativas procesales mexicanas)*" en **Revista de la Facultad de Derecho de México**, Nums. 172-173-174, México, UNAM, 1991.

Gabaldón, Frank. **El Arbitraje en el Código de Procedimiento Civil**, Caracas, Paredes Editores, 1987.

Gómez Lara, Cipriano. **Teoría general del proceso**, México, Harla, 1990.

Gómez Lara, Cipriano. **Derecho procesal civil**, México, Harla, 1991.

González Soria, Julio. **La Intervención judicial en el arbitraje. Recursos jurisdiccionales y ejecución judicial del laudo arbitral**, Madrid, Cámara de Comercio e Industria de Madrid, 1988.

Instituto de Investigaciones Jurídicas. **Diccionario Jurídico Mexicano**, 3ª ed., México UNAM-Porrúa, 1989.

Jarvin, Sigvard & Yves Derains. **Collection of ICC Arbitral Awards 1974-1985**, Paris-New York, ICC Publishing S.A., 1990.

Johnson, Earl Jr. "*Lawyers choice: a theoretical appraisal of litigation investment decisions*" en **Law and Society Review**, Vol. 15, No.3-4, 1980-1981.

Les dossiers de L'Institut du droit et des Pratiques des Affaires Internationales **L'exécution des sentences arbitrales**, Paris, Chambre de Commerce International, 1989.

Mantilla Serrano, Fernando. "*La constitución del tribunal arbitral: cómo escoger el árbitro*", en **El Arbitraje comercial internacional**, (Suplemento especial del Boletín de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI), París, Cámara de Comercio Internacional, 1995.

Montoya Alberti, Ulises. **El Arbitraje Comercial**, Lima, Cuzco, 1988.

Mustill, Michael. "*The New Lex Mercatoria: The first 25 years*", en **Arbitration International**, Vol.4, No.2. s/d.

Mustill, Michael. "*Arbitration: History and Background*", comunicación personal, s/d.

Ovalle Favela, José. **Derecho Procesal Civil**, México, Harla, 1991.

Pallares, Eduardo. **Diccionario de Derecho Procesal Civil**, 20ª ed., México, Porrúa, 1991.

Park, William W. **Particularités de l'arbitrage en matière bancaire et financière**, Tiré à part de la semaine judiciaires, 1992.

Parodi, R.C. "*El juicio ejecutivo mercantil en el Perú*" en **Revista Procesal**, Año 6, No. 1 al 6, México, 1977.

Paulsson, Jan. "*La Lex Mercatoria dans l'arbitrage CCI*", comunicación personal, s/d.

Paulsson, Jan. "*The contribution of english and American legislation*", comunicación personal, s/d.

Pereznielo, Leonel. "*Arbitraje privado en México*" en **El arbitraje en el derecho latinoamericano y español**, Lima, Cuzco, 1989.

Plantey, Aain. "*El Arbitraje internacional en un mundo de cambio*", en **El Arbitraje comercial internacional**, (Suplemento especial del Boletín de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI), París, Cámara de Comercio Internacional, 1995.

Pointon, Gerard H. "*Managing an arbitration to reduce delay and expense. The problem of the obstructive party*", en **Third Annual Joint Seminar**, Paris, organised by the School of International Commercial Arbitration, Queen Mary College, London and the Institute of International Business Law and Practice, ICC, 1988.

Prujiner, Alain. "*La gestion des arbitrages commerciaux Internationaux: l'exemple de la Cour d'arbitrage de la CCI*", en **Journal du Droit International**, 115ème Année, No.3, 1988.

Redfern, Alan & Martin Hunter. **Law and Practice of International Commercial Arbitration**, 2nd edition, London, Sweet & Maxwell, 1991.

Riskin, Leonard L. & James E. Westbrook. **Dispute Resolution and Lawyers**, St. Paul Minnesota, West Publishing Company, 1992.

Robert, Jean. **L'Arbitrage, droit interne, droit international privé**, 5ta. ed., Paris, Dalloz, 1983.

Rocco, Hugo. **Teoría General del Proceso Civil**, México, Porrúa, 1959.

Silva, Jorge Alberto. **Arbitraje Comercial Internacional en México**, México, Pereznielo Editores, 1994.

Stoecker, Christoph W.O.. "*The Lex Mercatoria: To what extent does it exist?*" en **Journal of International Arbitration** Vol. 7, No.1, 1990.

Tena, Felipe De J.. **Derecho Mercantil Mexicano**, 14ª ed., México, Porrúa, 1994.

Trubek, David M. "*Studying courts in context*" en **Law and Society Review**, Vol. 15, No.3-4, 1980-1981.

Université d'Ottawa. **El Arbitraje en el Derecho Latinoamericano y Español**, Lima, Cuzco, 1989.

Zamora y Valencia, Miguel Angel. **Contratos Civiles**, México, Porrúa, 1992.

B. Fuentes Legislativas:

1. Fuentes nacionales.

Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal

Código de Comercio Mexicano.

Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

Código Federal de Procedimientos Civiles.

Constitución Política de Los Estados Unidos Mexicanos.

Ley de Instituciones de Crédito.

Ley de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores.

Ley de Sociedades de Inversión.

Ley del Mercado de Valores.

Ley Federal de Instituciones de Fianzas.

Ley Federal de Protección al Consumidor.

Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros.

Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito.

Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

Ley Monetaria.

Ley Orgánica de los Tribunales de Justicia del Fuero Común del Distrito Federal.

Ley para regular las Agrupaciones Financieras.

Reglamento interior de la Comisión permanente de Arbitraje de la Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México.

2. Fuentes Internacionales.

Convención de Naciones Unidas sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras (Nueva York 1958).

Convención interamericana sobre arbitraje comercial internacional (Panamá 1975).

Compilación de sentencias arbitrales, *Journal du Droit International* #4, 1988, Edit. de *Juris Classeur*, París.

Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre arbitraje comercial internacional.

Reglamento de arbitraje de la *American Arbitration Association*.

Reglamento de arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

Reglamento de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional.

Reglamento de Procedimientos de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial.

Reglas de Arbitraje Comercial de la *American Arbitration Association*.

Anexo 1

Datos generales de las personas entrevistadas.

Nombre	Profesión	Actividad
Enrique Espinosa Velasco	Doctor en economía	Socio del despacho SAI, Consultores 'Derecho y Economía'.
Amparo Zuñiga	Abogado	Maestra de la Facultad de Derecho de la UNAM y litigante en materia civil y mercantil.
Héctor Virgilio Flores Dávila	Abogado	Litigante en materia civil y mercantil.
Alberto Soberanes Azar	Abogado	Litigante en materia civil y mercantil y empresario.
Ignacio Soberanes Azar	Administrador de empresas	Empresario.
José Ruiz	Abogado	Litigante en materia civil y mercantil.
Fabiola Facio Ruiz	Abogado	Abogado de cobranza judicial en Inverlat.
Cecilia San Vicente Menes	Abogado	Ejecutivo de cuenta en BanCrecer.
Jaime M. Trejo Orozco	Abogado	Director del departamento jurídico de Bancomer.
Sami Kilmos Bisteni	Contador	Ejecutivo de seguimiento de cartera en Inverlat.
Tony Kilmos Bisteni	Contador	Ejecutivo de cuenta en Bancomer.
Mauricio Soils Vieyra	Economista	Asociado en SAI, Consultores 'Derecho y Economía'.
Ana M. Saiz Valenzuela	Abogado	Litigante en materia civil y mercantil.

Anexo 2

Cuestionario para abogados litigantes

Fecha:

Nombre:

Profesión:

Despacho:

1. ¿Cuál es la duración mínima, máxima y promedio de los procedimientos judiciales entre bancos y deudores? (ejecutivos mercantiles y especiales hipotecarios) ¿Qué porcentaje de los juicios se encuentran en la duración mínima, en la máxima y en la promedio?
2. ¿Qué factores llegan a alterar el tiempo de duración de los juicios? ¿Por qué unos duran más que otros? ¿A qué se debe la diferencia?
3. ¿Los bancos llegan a perder casos?
4. ¿Existen casos que se hayan concluido por desistimiento del banco o por acuerdo? ¿Existe algún intento de conciliación antes de llegar a juicio? ¿Al llegar el expediente a manos del abogado, éste entabla inmediatamente la demanda o intenta un acuerdo previo?
5. ¿Cuál es el costo aproximado para el banco de los servicios de un abogado externo que maneje el procedimiento?
6. Si los abogados defensores saben que van a perder, ¿qué buscan entonces? ¿Cuáles son sus aspiraciones?
7. ¿Cómo cobra el abogado defensor?

Cuestionario para personal bancario

Fecha:

Nombre:

Profesión:

Puesto:

Institución bancaria:

Preguntas:

1. ¿Cuál es la duración mínima, máxima y promedio de los procedimientos judiciales entre bancos y deudores? (ejecutivos mercantiles y especiales hipotecarios) ¿Qué porcentaje de los juicios se encuentran en la duración mínima, en la máxima y en la promedio?
2. ¿Cuál es el lapso de tiempo entre la sentencia y la adjudicación o el remate del bien?
3. Dar una idea general de qué porcentaje del crédito recupera el banco cuando se queda con el bien o cuando se remata.
4. ¿Cuál es el costo aproximado para el banco de los servicios de un abogado externo que maneje el procedimiento?

Anexo 3

CONTRATO DE DEPOSITO BANCARIO DE DINERO "CUENTA MAESTRA BANAMEX" QUE CELEBRAN POR UNA PARTE LA PERSONA CUYOS DATOS APARECEN EN LA FORMA AUTOMATIZADA ANEXA A ESTE CONTRATO Y QUE EN LO SUCESIVO SE DESIGNARA COMO EL CLIENTE, Y POR LA OTRA BANCO NACIONAL DE MEXICO, S.A., QUE ENADELANTE SE DESIGNARA COMO EL BANCO, AL TENDR DE LAS SIGUIENTES:

11. El Banco podrá llevar a cabo por cuenta y previa autorización escrita del Cliente con cargo a su Depósito "Cuenta Maestra Banamex", las operaciones siguientes:
- Pagos automáticos de las Tarjetas de Crédito y Ejecutiva Banamex.
 - Pagos de los servicios integrados al sistema de pagos automáticos.
12. Otras Operaciones que en el futuro el Banco notifique al Cliente

CLAUSULAS

PRIMERA.- El Banco se obliga a recibir del Cliente sumas de dinero en calidad de depósito en cualquier Sucursal, Caja Permanente u otros equipos del propio Banco y a devolverlos en los términos y condiciones que más adelante se indican.

El Banco se reserva en todo caso, el derecho de limitar el monto de los depósitos a recibir.

SEGUNDA.- La apertura de la cuenta queda sujeta a la constitución de un depósito mínimo inicial por parte del Cliente, cuyo monto se lo está dando a conocer el Banco por escrito en la misma fecha de celebración del presente contrato. El Cliente declara que ha leído el citado escrito y está de acuerdo con su contenido.

TERCERA.- El cliente con base en su Depósito Bancario de Dinero (en adelante Depósito "Cuenta Maestra Banamex") podrá de manera integral, bajo un mismo número de cuenta y de acuerdo con los términos y condiciones establecidos en el presente contrato, llevar a cabo las siguientes operaciones en moneda nacional:

- Pagos mediante cheque con cargo al saldo de su Depósito "Cuenta Maestra Banamex".
- Pago mediante la Tarjeta de Débito e negocios aliados, con cargo a su saldo en el Depósito "Cuenta Maestra Banamex".
- Retiros de recursos con cargo a su saldo en su Depósito "Cuenta Maestra Banamex", en las oficinas del Banco, a través de los formularios que al efecto le proporcione el Banco.
- Depósitos en su Depósito "Cuenta Maestra Banamex", en las oficinas del Banco.
- Transferencias entre las diversas cuentas establecidas en el Banco, en las que el cliente aparezca como el titular.
- Consulta de saldos.
- Operaciones a través de las Cajas Permanentes Banamex y demás equipos automatizados que el Banco tenga establecidos.
- Operaciones de consultas como transferencias y pagos a través del servicio EL BANCO EN SU CASA, previa instrucción del Cliente por escrito.
- Operaciones del Mercado de Valores con cargo a su saldo en su Depósito "Cuenta Maestra Banamex", previa instrucción por escrito del Cliente.
- Inversiones en instrumentos bancarios a plazo con cargo a su saldo en el Depósito "Cuenta Maestra Banamex" previa instrucción por escrito del Cliente.

CUARTA.- El Banco otorgará al Cliente como medio de acceso al saldo disponible en su Depósito "Cuenta Maestra Banamex", con los que podrá realizar las operaciones a que se refiere la cláusula inmediata anterior, los instrumentos siguientes:

- Dois números clave confidenciales.
- Una Tarjeta de débito denominada "Cuenta Maestra Banamex".
- Una chequera "Cuenta Maestra Banamex".

Para los efectos de este contrato se entiende por saldo disponible en el Depósito "Cuenta Maestra Banamex", a la suma de los depósitos e intereses que devenguen los mismos, menos las comisiones, gastos y retiros.

QUINTA.- El Cliente realizará los retiros de su Depósito "Cuenta Maestra Banamex" siguiendo cualquiera de los procedimientos siguientes:

- Mediante el libramiento de cheques correspondientes a su chequera "Cuenta Maestra Banamex".
- Mediante la firma de los documentos que el Banco determina, cuando las disposiciones se hagan en los establecimientos aliados al sistema de Tarjetas Banamex para pagar el importe de mercancías, consumos o servicios.
- Mediante la obtención de sumas en efectivo en las sucursales del Banco a través de los formularios que al efecto le proporcione al Banco, siguiendo los procedimientos que el mismo Banco le indique, y dentro de los límites, modalidades y con las comisiones que el Banco tenga establecidas.
- Mediante la obtención de sumas en efectivo a través de las Cajas Permanentes u otros equipos automatizados del mismo Banco, dentro de los límites, modalidades y con las condiciones que el mismo Banco tenga establecidas.
- Mediante el pago que efectúe el Banco por su cuenta y orden de aquellos bienes, servicios, impuestos u otros conceptos que las partes acuerden en documentos por separado que formarán parte integrante de este contrato.
- Mediante las transferencias de fondos que se realicen del Depósito "Cuenta Maestra Banamex" a otras cuentas o inversiones que se pacten en documentos por separado que formarán parte integrante de este contrato.

El Cliente deberá presentar su tarjeta "Cuenta Maestra Banamex" al realizar los retiros que se estipulan en los Incisos 3 y 4 de esta cláusula y tratándose del servicio que presta a través de Cajas Permanentes u otros equipos automatizados que se mencionan en el Inciso 4 de esta cláusula, utilizará además el número clave de índole personal que el Banco le proporcione. El Cliente será responsable en todo caso de todas las disposiciones y retiros que se hagan con su tarjeta "Cuenta Maestra Banamex" y con su número clave confidencial o en cualquiera de las otras formas pactadas en este contrato.

SEXTA - En los términos del Artículo 52 de la Ley de Instituciones de Crédito, el Cliente reconoce desde ahora sin reservas como prueba de los depósitos y retiros que efectúe a través de las Cajas Permanentes, equipos y sistemas automatizados, el texto y los montos que impriman las máquinas que harán referencia al número de su tarjeta "Cuenta Maestra Banamex" y a las cantidades depositadas o retiradas.

SEPTIMA - Las partes pactan que las operaciones que se realicen respecto al Depósito "Cuenta Maestra Banamex" se regirán además de por las estipulaciones de este contrato, por los términos y condiciones generales respectivos de cada operación en particular.

El Banco no será en ningún caso responsable por el incumplimiento de las instrucciones dadas por el Cliente cuando dicho incumplimiento se daba a la ocurrencia de un caso fortuito o de fuerza mayor, por fallas en el funcionamiento del sistema de computación o interrupciones en los sistemas de comunicación o algún acontecimiento similar fuera del control del Banco.

El Banco no asume ninguna responsabilidad en el caso de que alguna de las empresas afiliadas al sistema de Tarjetas Banamex rehúse en un momento dado admitir el uso de la Tarjeta "Cuenta Maestra Banamex" o cuando el Cliente no pueda efectuar disposiciones por desperfectos ocasionales en Cajeros Automáticos o por la retención de dicha tarjeta en alguna de las máquinas o por la supresión del servicio.

Tampoco es responsable el Banco con respecto a la calidad, cantidad o cualquiera otros aspectos de las mercancías o servicios que se adquieran mediante el uso de la tarjeta "Cuenta Maestra Banamex", por lo que el Cliente se entenderá para todo lo relativo directamente con la empresa aliada de que se trate.

OCTAVA - El Banco abonará en la cuenta del Cliente, los Depósitos que éste realice a más tardar el día hábil siguiente a la fecha del Depósito.

En el caso de que el Depósito se realice por medio de documentos se entenderán siempre recibidos salvo buen cobro.

NOVENA - El Banco cargará a la cuenta del Cliente los retiros y demás disposiciones que realice en la fecha en que los negocios afiliados al plan de Tarjetas Banamex le presenten al Banco o Bancos facultados, los documentos correspondientes para su reembolso, y en el caso de los demás retiros se cargarán el mismo día en que se efectúan.

Asimismo, el Banco queda facultado para cargar en la cuenta del Cliente todos los gastos, comisiones o cualquier adeudo que se genere con motivo de éste contrato haciendo el cargo correspondiente en el momento que dicho gasto, comisión e adeudo se genere.

DECIMA - Por las sumas que el Cliente mantenga en el Depósito "Cuenta Maestra Banamex" recibirá intereses a una tasa anual igual a la que resulte de aplicar a la tasa de referencia que esté vigente y que se anunciará en lugares visibles en las sucursales del Banco, los porcentajes que se indican en la tabla de rendimientos que formará parte integrante de este contrato.

Los porcentajes señalados en dicha tabla de rendimientos se aplicarán de acuerdo al rango en que se encuentre el saldo promedio diario mensual mantenido por el Cliente en el periodo que corresponde. Para el solo efecto de la aplicación de la tabla de rendimientos, el Banco podrá establecer políticas de carácter general para incorporar a dicho saldo aquellos que la correspondan al Cliente por otras cuentas de inversión.

Los intereses se causarán a partir del día en que se abonen los depósitos en la cuenta del Cliente y hasta el día anterior al que se efectúen los retiros, se calcularán mensualmente con base en la tasa aplicable obtenida como se indica en el párrafo anterior, serán computados sobre el promedio mensual de saldos diarios de los depósitos y pasarán a formar parte del saldo al día inmediato siguiente a la fecha del corte de la cuenta. Y la simple conservación del contrato y de su cuenta implicará el consentimiento del Cliente.

En términos de las disposiciones legales aplicables, el Banco retendrá y enterará el impuesto sobre la renta que la corresponda pagar al Cliente, quien recibirá los rendimientos netos.

El Banco se reserva el derecho de revisar y ajustar, en cualquier tiempo, la tasa de interés pactada modificando variables tales como los porcentajes aplicables, los rangos de los saldos promedio diarios mensuales y tasa de referencia utilizable, bastando para ello un aviso al Cliente mediante dispositivos colocados en los lugares abiertos de atención al público de las oficinas del Banco.

DECIMA PRIMERA - El Cliente se obliga a que la suma de los retiros y disposiciones que realice en ningún momento excederá de su saldo a favor, independientemente que tenga el propósito de liquidar el endeble postteriormente, por lo que cualquier sobregiro se considerará un incumplimiento de este contrato.

En caso de que llegare a darse un sobregiro, para los efectos del Artículo 106 fracción VII de la Ley de Instituciones de Crédito, con el único objeto de que en ningún momento se llegaren a pagar documentos en descubierto, el Banco podrá abrirle al Cliente un Crédito cuyo monto será determinado por el mismo Banco, conforme a lo dispuesto por los Artículos 293 y 294 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

En virtud de que la utilización del crédito establecido en el párrafo anterior se hará mediante libramientos directos a cargo del Banco, el Cliente se obliga a pagar al Banco de inmediato, las cantidades de que haya dispuesto al amparo de dicho crédito, así como intereses mensuales sobre saldos insolutos diarios, a razón de una tasa anual equivalente a 3 veces el costo porcentual promedio de captación (C.P.P.) que publica mensualmente el Banco de México correspondiente al mes inmediato anterior a aquot en que se devenguen los intereses, pudiendo variar el Banco dicha proporción mediante una comunicación por escrito dirigida al Cliente.

Las tasas de interés aplicables son variables y serán ajustadas en la misma proporción en que aumente o disminuya el C.P.P., o en su caso, la tabla base fijada por el Banco de México que lo sustituya redondeadas al cuarto punto más próximo.

Las partes convienen que para el caso de que se suspenda o se suprima la publicación que el Banco de México hace respecto al C.P.P., el Banco la comunicará al Cliente por escrito la tasa del interés que se aplicará a partir del siguiente corte de la cuenta y la simple conservación del contrato y de su cuenta implicará el consentimiento de éste.

DECIMA SEGUNDA - El Cliente se obliga a pagar al Banco en cualesquiera de sus sucursales las cantidades que se devienen de los siguientes conceptos:

- a) Una comisión por la apertura de la cuenta de depósito.
- b) Una comisión anual por el servicio.
- c) Una comisión mensual por manejo de cuenta calculada en base al saldo promedio diario mensual del Depósito "Cuenta Maestra Banamex", de acuerdo a los límites establecidos por el Banco que se encuentren vigentes.
- d) Una comisión por cada cheque girado e cargo de la cuenta de depósito de acuerdo a las condiciones de saldo promedio del depósito que mantenga en la cuenta.
- e) Una comisión por cada retiro de efectivo con la Tarjeta Cuenta Maestra.
- f) Una comisión por cada cheque devuelto sin fondos.
- g) Una comisión por cada cheque depositado en cuenta y devuelto.
- h) Una comisión por la reposición de la tarjeta de plástico del Cliente así como de cada tarjeta adicional, cuando se origine por robo, extravío, deterioro, cancelación anticipada o por cualquier otra causa imputable al Cliente.
- i) Una comisión por las disposiciones que realice en determinadas negocios afiliados en los que se indicara fehacientemente esta circunstancia.
- j) Una comisión por consulta de estado de cuenta.
- k) La suerte principal e intereses originados del crédito a excepcional por sobregiro a que se hace mención en la cláusula inmediata anterior de este contrato.
- l) Gastos de cobranzas derivadas del crédito excepcional por sobregiro.
- m) El importe del deducible por el seguro a que se refiere la cláusula décima séptima de este contrato.
- n) El impuesto al valor agregado sobre las comisiones, intereses y gastos a que se refiere esta cláusula.

El Banco queda facultado para cargar en la cuenta del Cliente los conceptos antes citados e informar al Cliente mediante documento por separado, el importe de las comisiones a que se refiere esta cláusula.

DECIMA TERCERA. - El Cliente faculta al Banco a aplicar las cantidades que aquel liquide en el orden siguiente: a intereses, gastos y suavante principal del crédito excepcional por sobregiro y demás comisiones y gastos que se originen por el presente contrato.

DECIMA CUARTA. - El Banco formulará y enviará al Cliente un estado de cuenta mensual en el que se le indicarán los abonos y cargos, así como la tasa de interés a su favor del ciclo de que se rinde cuenta, el saldo promedio de su inversión durante el mismo, el impuesto retenido, el saldo exigible en virtud del crédito excepcional por sobregiro y los intereses que devengue.

El Banco informará por escrito al Cliente en el propio estado de cuenta la fecha de corte mensual. En caso de que el Banco cambie la fecha de corte se informará por escrito al Cliente con 30 días de anticipación.

El Cliente tendrá un plazo de 45 días contados a partir de su fecha de corte, para objetar su estado de cuenta, por lo que si no lo recibe oportunamente, deberá solicitarlo al Banco para, en su caso, poder objetarlo a tiempo, transcurrido dicho plazo sin habérselo hecho objeción a la cuenta, las asientos que figuren en la contabilidad del Banco harán prueba a favor de éste.

DECIMA QUINTA. - El Cliente autoriza al Banco a destruir los pagarés que suscriba y los documentos que firme en los casos previstos en este contrato después de que haya liquidado sus importes, sujeto a lo que establezca la ley al respecto.

DECIMA SEXTA. - El Banco podrá efectuar modificaciones a los términos y condiciones de este contrato, bastando para ello una notificación por escrito al Cliente, con por lo menos 10 días hábiles de anticipación y la simple conservación del contrato y su cuenta implicará el consentimiento de éste.

DECIMA SEPTIMA. - En caso de robo o extravío de la Tarjeta "Cuenta Maestra Banamex", el Cliente se obliga a notificar de inmediato el hecho al Banco por escrito, en cualquiera de sus sucursales.

Mientras que el Banco no recibe notificación al respecto por escrito, el Cliente será responsable de las disposiciones que un tercero con una firma falsa o sin ella, hiciera mediante el uso de la Tarjeta "Cuenta Maestra Banamex".

El Banco tiene contratado un seguro que cubrirá los riesgos de robo o extravío de la Tarjeta "Cuenta Maestra Banamex", menos el deducible correspondiente en su caso. El seguro surtirá efecto a partir del momento en que al Banco reciba el reporte por escrito del Cliente, dándole a conocer dicha situación.

Para el caso de pérdida del esqueleto o talonario de cheques para los efectos previstos en el Artículo 194 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, este deberá dar aviso oportuno por escrito a cualquiera de las sucursales del Banco.

DECIMA OCTAVA. - El presente contrato podrá darse por terminado unilateralmente previo aviso dado por escrito a la otra parte con 15 días de anticipación. Para estos efectos el Cliente deberá llenar la forma de cancelación de "Cuenta Maestra Banamex" que le será proporcionada en la sucursal donde efectuó la celebración del mismo.

En caso de cancelación de una "Cuenta Maestra Banamex", el Cliente deberá devolver inmediatamente al Banco los cheques no utilizados y las tarjetas que se le hubieran expedido, no debiendo hacer más uso de esos instrumentos de disposición.

El incumplimiento del Cliente de los términos del presente contrato dará derecho al Banco a su inmediata rescisión independientemente de que pueda exigir el pago de los daños y perjuicios derivados de dicho incumplimiento.

DECIMA NOVENA. - El Cliente podrá designar, en los términos de la fracción II del Artículo 90 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, apoderados para que contralen con el Banco y lloven a cabo, a su cargo y bajo su mismo número de cuenta, las operaciones de "Cuenta Maestra Banamex".

El Banco en este caso proporcionará a dicho(s) autorizado(s) un número clave confidencial, una tarjeta "Cuenta Maestra Banamex" y una chequera para que pueda(n) disponer del depósito "Cuenta Maestra Banamex" del Cliente.

En todo caso estos autorizados quedarán sujetos a los mismos términos y condiciones que para el Cliente se estipulan en el presente contrato, excepto los derechos derivados de la póliza de seguro por muerte accidental a que se refiere la cláusula vigésima primera de este contrato, obligándose el Cliente a aceptar y a responder de todas las disposiciones que dichos autorizados realicen.

VIGESIMA. - El Cliente podrá designar como cotitular de este contrato al departamento Fiduciario del Banco, como fiduciario en el contrato de fideicomiso que se anexa a este contrato, en los términos establecidos en dicho contrato de fideicomiso.

En caso de que el Cliente no celebre al contrato de fideicomiso citado en el párrafo anterior, el Cliente podrá nombrar como beneficiarios a las personas mencionadas con este carácter en el documento por separado que debidamente suscrito por el Cliente formará parte de este contrato, los que tendrán en caso de fallecimiento del Cliente los derechos que establece la Ley de Instituciones de Crédito.

VIGESIMA PRIMERA. - El Cliente otorga expresamente su consentimiento para quedar asegurado, sin costo alguno, en la póliza de seguro colectivo de accidentes en viaje para tarjetas habilitadas "Cuenta Maestra Banamex" y en la póliza de seguro por muerte accidental para clientes de "Cuenta Maestra Banamex" que ha contratado el Banco con Aseguradora Masicana, S.A.; asimismo, el Cliente está de acuerdo con las cláusulas que integran dichas pólizas y para todos los efectos legales designa como beneficiarios de los seguros a las mismas personas por él designadas como beneficiarios en este contrato.

VIGESIMA SEGUNDA. - El Cliente instruya al Banco para que en el caso de que actualmente tenga una Cuenta Maestra Banamex, la tenga por cancelada y transfiera la totalidad de los recursos en ella invertidos al presente Depósito "Cuenta Maestra Banamex", preservando la designación de beneficiarios y las cuentas incorporadas a dicho servicio.

VIGESIMA TERCERA. - En relación el crédito excepcional por sobregiro el presente contrato junto con la certificación del contador del Banco, es título ejecutivo en los términos del Artículo 68 de la Ley de Instituciones de Crédito.

VIGESIMA CUARTA. - Para todos los efectos judiciales y extrajudiciales, el Cliente señala como su domicilio el indicado para envío de correspondencia en la forma utilizada por el sistema automatizado. Mientras el Cliente no notifique al Banco por escrito el cambio de su domicilio, las notificaciones, inclusive las personales y todas las diligencias judiciales y extrajudiciales se practicarán en el domicilio señalado originalmente.

VIGESIMA QUINTA. - Para la interpretación y cumplimiento del presente contrato, las partes se someten a la competencia de los tribunales del domicilio del Demandado a que se refiere la cláusula Vigésima Cuarta, o a la de los tribunales de la Ciudad de México, D.F., a elección del Actor con renuncia a cualquier fuero de domicilio presente o futuro.

EL BANCO

EL CLIENTE

FIRMAS AUTORIZADAS

FIRMA DE CONFORMIDAD

