



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO  
FACULTAD DE DERECHO  
SEMINARIO DE DERECHO MERCANTIL**

**LOS MÉTODOS ALTERNATIVOS PARA LA SOLUCIÓN DE  
CONTROVERSIAS FINANCIERAS EN MÉXICO**

**Elaborado por:** Gustavo Félix Flores

**No. de cuenta:** 7006000-7

**Asesor:** Lic. Octavio G. de Jesús Sánchez Flores

MAYO DE 2006



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.

*A mi Dios amoroso,  
Padre de mano tierna, refugio seguro, fortaleza en la debilidad.*

*A Cristo Jesús,  
Hermano y Amigo, mi huésped divino, modelo de mi vida.*

*Al Espíritu Santo,  
fuente de inspiración, luz de mi entendimiento.*

*A Leonor María,  
mi roca suave, mi alma gemela,  
mi predilecta para siempre,  
con amor entrañable.  
Gracias por tu paciencia comprensiva  
y tu confianza indeclinable.*

*A Lorena y Lucía,  
mi tesoro más preciado,  
mi mejor herencia para este mundo,  
con todo mi cariño y amor,  
que Dios las bendiga.*

*A Gloria y Rodolfo,  
ejemplos de vida, entereza y fuerza de voluntad,  
con cariño filial,  
gracias por mantener viva mi esperanza.*

*A Rudolf, Javi, Gloris, Cris y Andresito,  
mi cálida familia, con todo mi afecto,  
gracias por su amor fraterno.*

*A mi querida Universidad Nacional,  
mi alma mater ayer, hoy y siempre.*

*A Octavio Guillermo de Jesús Sánchez Flores,  
académico distinguido,  
profesionista intachable,  
prudente asesor,*

*A mis profesores y a mis compañeros del SUA,  
por su inestimable apoyo y sus diligentes consejos.*

<b>INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>5</b>
<b>CAPÍTULO 1 CONCEPTOS GENERALES.....</b>	<b>7</b>
1.1 Presencia del conflicto .....	7
1.1.1 Visión filosófica .....	9
1.1.2 Visión sociológica .....	10
1.1.3 Visión económica.....	12
1.1.4 Visión psicológica .....	13
1.1.5 Visión jurídica.....	15
1.2 El litigio como manifestación jurídica del conflicto .....	17
1.3 La solución del litigio.....	19
1.3.1 Autocomposición.....	19
1.3.2 Formas Intermedias .....	21
1.3.3 Heterocomposición .....	22
1.4 Los Métodos Alternativos para la Solución de Conflictos. MASC. ....	24
1.4.1 Principio de autonomía de la voluntad de las partes.....	27
1.4.2 Principio de disponibilidad .....	28
1.4.3 Principio de no obligatoriedad.....	29
1.4.4 Principio de confidencialidad .....	29
1.4.5 Principio de control personal de la solución.....	30
<b>CAPÍTULO 2 LA EVOLUCIÓN DE LOS MASC Y SU INCORPORACIÓN AL SISTEMA DE IMPARTICIÓN DE JUSTICIA.....</b>	<b>31</b>
2.1 Evolución de las formas alternativas.....	31
2.1.1 Antigüedad remota.....	32
2.1.2 Roma .....	33
2.1.3 Europa .....	35
2.1.3.1 Inglaterra.....	36
2.1.3.2 España.....	38
2.1.3.3 Francia.....	42
2.1.4 Estados Unidos.....	44
2.1.5 América Latina .....	47
2.1.5.1 Colombia.....	48
2.1.5.2 Argentina .....	49
2.2 Panorama histórico en México .....	52
<b>CAPÍTULO 3 TIPOLOGÍA .....</b>	<b>59</b>
3.1 Introducción .....	59
3.2 Elementos característicos .....	61
3.2.1 Negociación .....	61
3.2.2 Transacción .....	63
3.2.3 Mediación .....	65
3.2.4 Conciliación.....	67
3.2.5 Arbitraje .....	72
3.2.6 Ombudsman .....	78

3.3	Alcance y limitaciones.....	80
3.4	¿Hacia una privatización de la justicia? .....	83
<b>CAPÍTULO 4 LA ACTIVIDAD FINANCIERA EN MÉXICO .....</b>		<b>85</b>
4.1	El Derecho Económico y los servicios financieros.....	85
4.2	Evolución de los servicios financieros.....	87
4.3	Régimen legal del sistema financiero en México .....	97
4.3.1	Preceptos constitucionales .....	98
4.3.2	Leyes Especiales y disposiciones generales.....	100
4.3.3	Ley de Instituciones de Crédito.....	101
4.3.4	Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito 106	
4.3.5	Ley del Mercado de Valores .....	110
4.3.6	Ley de Sociedades de Inversión .....	114
4.3.7	Ley para Regular las Agrupaciones Financieras.....	116
4.3.8	Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros y Ley Sobre el Contrato de Seguro.....	118
4.3.9	Ley Federal de Instituciones de Fianzas.....	124
4.3.10	Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro.....	129
4.3.11	Ley de Ahorro y Crédito Popular.....	132
<b>CAPÍTULO 5 MÉTODOS ALTERNATIVOS EN LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS FINANCIERAS.....</b>		<b>135</b>
5.1	El litigio en el ámbito financiero.....	135
5.2	El camino de la avenencia .....	136
5.3	La Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros (CONDUSEF). .....	141
5.4	El arbitraje en materia financiera en México. ....	147
5.5	Regulación en el régimen convencional internacional .....	149
5.6	Regulación interna del arbitraje. ....	152
5.6.1	Aspectos constitucionales.....	152
5.6.2	Título Cuarto del Código de Comercio.....	157
5.6.3	La figura del arbitraje en la Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros. ....	165
5.7	Revisión de los esquemas de composición alternativa en los litigios financieros. ....	175
<b>PROPUESTA.....</b>		<b>178</b>
<b>CONCLUSIONES .....</b>		<b>181</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA .....</b>		<b>191</b>

## ABREVIATURAS Y SIGLAS

BM	Banco de México
BMV	Bolsa Mexicana de Valores
CC	Código de Comercio
CNB	Comisión Nacional Bancaria
CNBS	Comisión Nacional Bancaria y de Seguros
CNBV	Comisión Nacional Bancaria y de Valores
CNS	Comisión Nacional de Seguros
CNSF	Comisión Nacional de Seguros y Fianzas
CNUDMI	Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional
CNV	Comisión Nacional de Valores
CONDUSEF	Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios Servicios Financieros
CONSAR	Comisión Nacional del Sistema de Ahorro para el Retiro.
CPEUM	Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
DOF	Diario Oficial de la Federación
INDEVAL	Instituto para el Depósito de Valores
LACP	Ley de Ahorro y Crédito Popular
LCAP	Ley de Crédito y Ahorro Popular
LCS	Ley Sobre el Contrato de Seguro
LFIF	Ley Federal de Instituciones de Fianzas
LGIS	Ley General de Instituciones de Seguros
LGISMS	Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros
LGOAAC	Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito

LGSM	Ley General de Sociedades Mercantiles
LIC	Ley de Instituciones de Crédito
LMV	Ley del Mercado de Valores
LPDUSF	Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros
LRAF	Ley para Regular las Agrupaciones Financieras
LSAR	Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro
LSC	Ley General de Sociedades Cooperativas
LSI	Ley de Sociedades de Inversión
MASC	Métodos Alternativos para la Solución de Controversias
SCJN	Suprema Corte de Justicia la Nación
SHCP	Secretaría de Hacienda y Crédito Público
UNCITRAL	United Nations Commission of International Trade Law

## INTRODUCCIÓN

En los albores del siglo XXI continúa vigente el debate en torno de los alcances, las limitaciones y los retos de la actividad jurisdiccional, a la luz de los esfuerzos de la humanidad para mejorar los niveles de convivencia social, a la que legítimamente deben aspirar todos los pueblos.

No son pocos los elementos que han nutrido esta discusión a lo largo de la historia. La aplicación de la ley del más fuerte para hacer prevalecer el interés de un individuo frente a otro sin que nadie más intervenga. La importancia del régimen patriarcal dentro de la evolución de la sociedad familiar, lo mismo que la valoración del culto a la ancianidad y sus consejos para lograr armonía en la convivencia dentro de un clan con lazos de sangre o de amistad. El reconocimiento a la obtención de una satisfacción equivalente al perjuicio sufrido, característica singular de la “Ley del Talión”. La intervención de terceros ajenos en la solución de diferencias entre partes en contienda para convencerlas de llegar a un acuerdo de conveniencia mutua. El predominio de castas sacerdotales gobernantes o de clases aristocráticas privilegiadas, con poder para sancionar la conducta de sus gobernados a partir de la aplicación de normas de origen divino. La aparición de formas democráticas de participación con su consecuente impacto en la formación de leyes más justas, con fórmulas de aplicación relativamente simples, con la intervención de agentes facilitadores para alcanzar soluciones equitativas. La atribución al Estado de declarar el Derecho, poner en ejecución las leyes y administrar los juicios. El surgimiento de importantes instituciones jurídicas, como el derecho de acción y los procesos, al lado de magistrados y jueces, responsables de impartir justicia.

Siempre ha estado presente la inquietud de combatir el desorden social para poder aspirar a mejores condiciones de bienestar. Por lo general, el conflicto ha sido percibido como un ingrediente indeseable en las relaciones humanas, por eso más que manejarlo se busca interrumpirlo o evitarlo.

Como respuesta a las dificultades para resolver los litigios por la vía jurisdiccional, muchas veces difícil, prolongada y costosa, se exploró, particularmente durante la

segunda mitad del siglo pasado, la posibilidad de recuperar algunos medios no convencionales para dar solución a cierto tipo de controversias. Surgieron como formas alternativas ventajosas frente al proceso judicial, y buscaron propiciar una mayor participación de los particulares en el tratamiento de sus conflictos. Estos medios alcanzaron un gran auge en Estados Unidos, donde se acuñó el término Alternative Dispute Resolution (ADR), equivalente, según el país de que se trate, a Resolución Alternativa de Conflictos(RAC) o Resolución Alternativa de Disputas (RAD) o Métodos Alternativos para la Solución de Controversias (MASC).

El presente trabajo explora la viabilidad de los MASC como una opción jurídica eficaz para resolver los conflictos entre los sujetos que interactúan dentro de la actividad financiera en México.

En el primer Capítulo se revisan algunos conceptos de índole general sobre la noción de conflicto en un plano interdisciplinario, para luego situarlo en su dimensión jurídica e incursionar en el estudio del litigio y sus formas compositivas, en particular la autocomposición y la heterocomposición. Con esta referencia metodológica, se examinan algunos argumentos sobre la utilidad de los MASC y los principios que los caracterizan.

El segundo Capítulo está dedicado a mostrar la evolución de los MASC en diferentes épocas y países, para desembocar en la revisión de sus principales antecedentes históricos en nuestro país.

Las modalidades alternativas más conocidas y de uso más frecuente son analizadas en el Capítulo tercero, además de revisar los alcances y limitaciones de los MASC en su conjunto.

La perspectiva histórica y la descripción actual del cuerpo normativo que regula la actividad financiera en México, que integran el cuarto Capítulo, permiten estudiar el componente legal de los servicios financieros en nuestro país.

Por último, en el Capítulo quinto se examinan los esquemas actuales de composición alternativa en el sistema financiero mexicano, a partir de la actuación de la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros, con énfasis particular en la figura del arbitraje.

## CAPÍTULO 1 **CONCEPTOS GENERALES**

### 1.1 Presencia del conflicto

El conflicto se hace presente cuando una o más personas buscan satisfacer necesidades propias, y al hacerlo afectan la esfera de otras; cuando quieren imponer su voluntad y controlar situaciones o defender posiciones diversas; cuando pretenden poseer los mismos bienes, ocupar los mismos espacios o desempeñar el mismo papel. El conflicto surge siempre que alguien siente amenazados sus fines o propósitos, por la acción, previsible o no, de otro sujeto. El tratadista Remo F. Entelman lo define así:

“El conflicto consiste en un enfrentamiento o choque intencional entre dos seres o grupos de la misma especie que manifiestan los unos hacia los otros una intención hostil, generalmente acerca de un derecho, y que, para mantener, afirmar o restablecer el derecho, tratan de romper la resistencia del otro, usando eventualmente la violencia, la que podría llevar al aniquilamiento físico del otro”<sup>1</sup>.

La aparición del conflicto puede atribuirse a la naturaleza misma del ser humano. Al nacer, el hombre enfrenta ya su primer conflicto, abandona la tranquilidad del seno materno para incursionar en un medio hostil como el quirófano. A partir de ese momento, y a lo largo de su vida, se irá sumergiendo en un mundo de relaciones competitivas y de lucha por el poder, en donde se desarrolla, con gran facilidad, la agresividad humana. Puede afirmarse, entonces, que el conflicto forma parte de la vida misma. Pese a ello, debe reconocerse que el conflicto es un fenómeno natural que puede impactar de manera positiva el desenvolvimiento social, para lo cual es preciso organizarlo y regularlo; al respecto, Hazel Delgado advierte que:

“(…)los estudiosos de los procesos de paz han dicho que la existencia del conflicto es natural y necesaria en toda sociedad y debe verse como un elemento creativo esencial en las relaciones sociales, por ello no se puede eliminar su

---

<sup>1</sup> Entelman, Remo F., *Teoría de conflictos. Hacia un nuevo paradigma*, Editorial Gedisa, Barcelona, 2002, p.45

existencia, sino que debemos buscar formas de transformar la realidad y superar la situación conflictiva. La clave no está en su eliminación sino en su regulación y resolución, en establecer vías para su solución por las partes y en la satisfacción de los intereses de las mismas.”<sup>2</sup>

En esa misma línea de opinión, dos estudiosos de origen argentino, Elena I. Highton y Gladys S. Álvarez, se pronuncian por la utilidad social del conflicto:

“(…) es parte de nuestra convivencia social, surge desde que nacemos cuando necesitamos aprender a vivir haciendo uso de muchas herramientas para asegurar nuestra sobrevivencia(…)la vida sin conflictos es una falacia pues sin ellos nos privaríamos de la oportunidad para desarrollar nuestras habilidades pues se aprende a través y gracias al conflicto.”<sup>3</sup>

El conflicto es natural e inevitable. No puede desaparecer, pero si es posible controlarlo mediante métodos inteligentes y socialmente aceptados, que propicien el equilibrio y la estabilidad del orden social.

Las causas del conflicto pueden identificarse a partir de la incompatibilidad de intereses, conductas, objetivos o necesidades entre los sujetos de un grupo social. Hay un factor de antagonismo en las relaciones humanas que conduce a los sujetos a confrontarse entre ellos. Así, el conflicto aparece cuando dos o más individuos intentan poseer el mismo objeto, ocupar el mismo espacio, defender posiciones opuestas o emplear medios incompatibles para alcanzar propósitos semejantes. Surge cuando, al menos una parte, percibe que uno o varios de sus fines, propósitos, preferencias, o medios para alcanzarlos, es amenazado o estorbado por las intenciones o actividades de una o varias de las otras partes.<sup>4</sup>

Ahora bien, el conflicto ocurre dentro de un amplio espectro de circunstancias o situaciones diversas. El escenario en donde se construye la relación antagónica suele ser desordenado y complejo. Las partes en conflicto interactúan dentro de un campo vital o de un espacio social, donde concurren desde situaciones de simple resolución

---

<sup>2</sup> Delgado, Hazle, “Nueva Visión de la Teoría del Conflicto. Cultura del Conflicto”, en *Memoria del Seminario sobre la participación de la Procuraduría General de la República en la resolución alternativa de conflicto*, abril 2000, San José, Costa Rica, p.26.

<sup>3</sup> Highton, Elena I. y Álvarez, Gladys S., *Mediación para resolver conflictos*, 2ª ed, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998, p.95

<sup>4</sup> Ver *Diccionario de política y administración pública. Tomo A-F*, Colegio de Licenciados en Ciencias Políticas y Administración Pública, México, 1978, P. 287

hasta controversias de mayor complejidad que derivan en complicaciones o dificultades mayores a la problemática original. En opinión de Osvaldo Gozaíni:

“(…)la duplicidad de intereses alimenta las cuestiones en conflicto. Cualquier aspecto de la vida de relación comprueba que la controversia se origina cuando las voluntades se enfrentan y los ánimos se exacerban multiplicando las diferencias y, consecuentemente, alejando las probabilidades de conciliación”<sup>5</sup>.

Es conveniente ahora profundizar en las percepciones teóricas sobre el conflicto, a partir de las visiones filosófica, sociológica, económica, psicológica y jurídica.

### 1.1.1 Visión filosófica

En una primera aproximación al estudio teórico del conflicto, Remo Entelman sugiere la necesidad de emplear el método científico para formular principios y dogmas generales que expongan y esclarezcan el uso y aplicación conceptual del conflicto, al establecer que:

“(…)es preciso tener en cuenta que todo intento serio de una ciencia del conflicto debe enfrentarse con el fenómeno universal; aquel cuya descripción responda a las características genéricas de todos los tipos de enfrentamientos entre seres humanos, individuales o agrupados, que puedan describirse como una subdivisión del amplio género «conflicto». Ello con abstracción de cuáles sean las diferencias específicas que induzcan a considerar a cierto enfrentamiento como integrante de un tipo, clase, subclase o especie de conflicto.”<sup>6</sup>

Este pronunciamiento lleva a la búsqueda del significado de conflicto a partir de teorías rigurosas, centradas en el examen profundo de la naturaleza, los valores, las relaciones externas o las funciones del conflicto, en donde, como lo afirma Gozaíni, “cada observación sitúa al conflicto como un problema singular que identifica al hombre con sus necesidades.”<sup>7</sup>

La naturaleza humana del conflicto entraña, pues, una multiplicidad de sucesos que deben analizarse a la luz de conceptos fundamentales como “valor”, “interés”,

---

<sup>5</sup> Gozaíni, Osvaldo A., *Formas alternativas...*, *Op. cit.*, p.26

<sup>6</sup> Entelman, Remo F., *Op.cit.*, p.44

<sup>7</sup> Gozaíni, Osvaldo A., *Formas alternativas...*, *Op.cit.*, p.25

“necesidad”, “preferencia”, “ideología”, “creencia”, “verdad”. En su intervención dentro del Seminario Internacional de La Habana en 1998, el conferencista Carlos Peña González lo expone de la siguiente manera:

“Como lo muestran los análisis de la experiencia ética -desde Aristóteles o Kant hasta autores como Habermas- reconocer en el otro un sujeto en el que se entrelazan, al igual que en mí, intereses, deseos y afectos de la más diversa índole que, a fin de cuentas, lo constituyen haciéndolo ser el que es, importa un paso indispensable para el respeto mutuo y el reconocimiento de la igualdad fundamental que hombres y mujeres poseemos. Los sistemas adversariales, en cambio, al estereotipar los intereses mediante reglas, suelen ocultar esa importante dimensión del conflicto como un ámbito o una experiencia de reconocimiento.”<sup>8</sup>

El conflicto puede estudiarse como la resultante de hechos acontecidos, de un espacio vital violentado, de principios o valores incompatibles, en donde no tienen cabida las verdades absolutas que pretenden negar el avance del conocimiento .

### 1.1.2 Visión sociológica

Muchas veces la visión idealista permea de tal manera, que es fácil cuestionar la existencia misma de los acontecimientos, las situaciones o los hechos incómodos o desagradables para el ser humano. Dentro de un mundo ideal, las disputas o los desacuerdos son mal vistos. Sin embargo, otros enfoques distinguen, en la dinámica de las desavenencias, una aportación positiva al desarrollo de los grupos sociales. El análisis del conflicto no presupone la aceptación de que su existencia es indeseable. Por el contrario, el conflicto puede ser apreciado como una manifestación conveniente, e incluso necesaria, para la evolución de las relaciones entre personas, entre grupos o entre organizaciones sociales o políticas. Así, las desavenencias no conducen

---

<sup>8</sup> Peña González, Carlos, “Notas sobre la profesión jurídica y el acceso a la justicia”, en *Memoria del Seminario Internacional sobre Nuevas formas de resolución de conflictos y rol del abogado*, La Habana, Cuba, 1998, p. 30

necesariamente a una ruptura catastrófica de la relación entre partes divergentes, y, como observa Beatriz Martínez:

“(…) aunque el conflicto sea visto como resultado inevitable de la interacción entre los hombres, esta nueva forma de comprenderlo no supone que su consecuencia natural sea, como hasta hace muy poco se creía, un empeoramiento definitivo en las relaciones, y, por lo tanto, germen de posibles conflictos futuros aún más enconados.”<sup>9</sup>

El conflicto, como un modo de interacción humana, es un complejo conjunto de intereses, deseos o aspiraciones antagónicos, cuya existencia, por sí sola, no lleva a la ruptura de las relaciones sociales prevalecientes.

¿Cuál es entonces el rasgo peculiar que define al conflicto como un fenómeno socialmente útil?. La autora antes citada responde que “si somos capaces de comprender que el conflicto es inherente a las relaciones humanas y que no puede existir interacción sin que éste se produzca, también podemos entender que, en su acepción más laxa, forma parte del orden. Dicho en términos más claros, el conflicto es una manifestación del orden en el que se produce, de lo cual se derivan dos consecuencias principales: que el orden incluye formas del conflicto y que el conflicto es una forma ordenada, que sigue pautas.”<sup>10</sup> Con este enfoque, orden y conflicto no son conceptos opuestos, sino expresiones peculiares del comportamiento social de los individuos, quienes al relacionarse entre sí orientan sus conductas teniendo en cuenta las de los otros.

En esta línea de pensamiento, Entelman sugiere que se acepte la relación social como el “género próximo” para distinguir dentro de él a la “relación social de conflicto”, y propone que el criterio para encontrar la diferencia específica de este modo de interacción humana, “(…) sea la índole de los objetivos que cada miembro de la relación intenta alcanzar con las conductas recíprocas que realiza o se propone realizar. Serán relaciones de conflicto cuando sus objetivos sean incompatibles o todos o algunos miembros de la relación los perciban como incompatibles. Cuando los

---

<sup>9</sup> Martínez de Murguía, Beatriz . *Mediación y resolución de conflictos. Una guía introductoria*, Paidós, México, 1999, p.21.

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 23

objetivos no sean total o parcialmente incompatibles, sino comunes o coincidentes, tendremos ilaciones de «acuerdo»<sup>11</sup>.

El conflicto resulta ser, de nueva cuenta, un modo específico de relación social, en la cual se distinguen objetivos divergentes entre sus miembros. La utilidad de esta definición la precisa el propio autor al anotar que:

“(…) podemos valernos de esta definición de conflicto para tratar cualquier especie que nos interese, sea éste un conflicto internacional, familiar, laboral o uno que tiene solución jurídica. Y esto es posible porque esta definición sólo denota las características del género supremo «conflicto en general» sin incluir las notas defíntorias de ninguna clase, especie o subespecie de conflicto.”<sup>12</sup>

### 1.1.3 Visión económica

La simple mención de la palabra economía sugiere la existencia de cierto tipo de bienes que, por ser escasos, deben ser convenientemente distribuidos. Este proceso de distribución implica acciones específicas de reparto, en las que participan distintas personas, con intereses o necesidades particulares, de manera que al confrontarse se vuelven campo fértil para el surgimiento de conflictos. Los enfrentamientos suelen verse como un duelo de ganadores y perdedores, donde todo es motivo de pretensiones y resistencias, por la búsqueda de la posesión o el control de los recursos. Dentro de esta perspectiva, se sitúa la visión económica del conflicto, tal como la delimitan Highton y Álvarez:

“Cuando el conflicto trata sobre los bienes, se refiere a cosas que tienen, o representan, un valor material: dinero, tierra, propiedades, poder. Independientemente de cuál es el objeto en disputa, si hay conflicto es porque la posesión de ese bien representa un valor material para aquellos que lo desean.”<sup>13</sup>

---

<sup>11</sup> Entelman, Remo F., *Op.cit.*, p.31

<sup>12</sup> *Ibidem*, p.32

<sup>13</sup> Highton, Elena I. y Álvarez, Gladys S., *Op.cit.*, p.54

En el campo del Derecho pueden encontrarse innumerables muestras de conflictos de índole económica, ya que el mero concepto de propiedad envuelve toda suerte de controversias entre propietarios y quienes aspiran a serlo. En modo semejante, dentro del universo de las relaciones laborales, el distanciamiento entre los factores de la producción versa sobre la reivindicación de los derechos del factor trabajo en detrimento de la posición de privilegio del factor capital. Esta cuestión va más allá del mero interés individual para penetrar en el complejo terreno económico-social. A mayor abundamiento, en los conflictos entre el trabajo y el capital no siempre se obliga a las partes a someterse a una disposición legal o al acatamiento de alguna regla contractual, sino a la creación de nuevas condiciones laborales, alterando los salarios, las jornadas, los descansos o los procedimientos establecidos en contratos anteriores. El Diccionario Jurídico Mexicano define a los conflictos de naturaleza económica, como “aquellos que no pueden resolverse mediante la aplicación de una norma jurídica, sino cuya solución se apoya con exclusividad en consideraciones de carácter social y económico.”<sup>14</sup>

Así vistos, los conflictos económicos contienen una gama muy amplia de elementos que los conforman y los distinguen, por lo que muchas veces no basta con resolver a quien le pertenece el bien en disputa sino que hace falta considerar cómo afecta esta resolución a la otra parte y al entorno económico mismo. Como bien apunta el maestro Jorge A. Silva, “la economía no puede supeditarse a pleitos u odios entre las personas ni para éstas es deseable existir en un mundo donde falte la convivencia”<sup>15</sup>

#### 1.1.4 Visión psicológica

La conceptualización psicológica del conflicto es la posición teórica más cercana al criterio individualista. En efecto, si bien esta visión es coincidente con las otras en cuanto a la identificación de los intereses, aspiraciones o necesidades como el elemento detonador de las disputas, su ámbito de desarrollo se sitúa preferentemente

---

<sup>14</sup> *Diccionario Jurídico Mexicano*. IIJ. Tomo A-Ch, E.Porrúa, México, D.F., 1997, pags.620 a 622

<sup>15</sup> Silva Silva, Jorge Alberto, *Arbitraje comercial internacional en México*, 2ª ed., Oxford University Press, México, D.F., 2001, p.6

en la cualidad subjetiva de las personas. Para los tratadistas Highton y Alvarez, “los intereses constituyen sentimientos de las personas acerca de lo que es básicamente deseable”, es decir, se encuentran en el centro de sus pensamientos y de su accionar. Por lo tanto, nos dicen estos autores:

“Constituyen las necesidades prioritarias de cada una de las partes que deben satisfacerse para lograr un resultado equitativo y estable en las negociaciones. Aparecen dentro del concepto de intereses aspectos múltiples, pues no sólo se consideran las necesidades, sino también los deseos, preocupaciones y temores de las partes; y los intereses motivan a las personas y son el resorte silencioso que subyace en el conflicto”<sup>16</sup>

Este es un terreno fértil para el estudio de los componentes conductuales de las relaciones conflictivas. Los actores manejan sus propias conductas antagónicas, pero interactúan entre sí buscando dirigir las de sus oponentes, lo que convierte a la interacción entre los protagonistas en la esencia del conflicto. Conforme avanza el proceso interactivo sin haber alcanzado una solución satisfactoria, “la intensidad de la conducta conflictual tiende a aumentar, lo cual produce también un incremento de la hostilidad en el nivel emocional y un crecimiento de la cantidad de actos negativos que unos y otros realizan.”<sup>17</sup> El resultado sería una profundización del sentimiento de apropiación de lo que interesa a cada sujeto, y, en consecuencia, tiende a agravarse la situación de confrontación que rodea al conflicto.

La percepción íntima de cada actor respecto del origen y naturaleza del conflicto, constituye un elemento primordial para su análisis en una vertiente psicológica. Por su carácter subjetivo, esta visión abre mayor espacio a lo que en el campo de la psicología se conoce como la “percepción de la causalidad”, es decir, “la elaboración experimental del problema sobre cómo se percibe el nexo causal entre un suceso y otro que lo condiciona”<sup>18</sup>.

En efecto, los sujetos reaccionan de manera distinta frente al conflicto porque tienen impresiones diferentes sobre sus causas, es decir, lo perciben desde ángulos diversos en orden a la historia, el entorno y el contexto de cada individuo en la sociedad. La

---

<sup>16</sup> Highton, Elena I. y Álvarez, Gladys S., *Op.cit.*, p.43

<sup>17</sup> *Íbidem*, p.44

<sup>18</sup> Dorsch, Friedrich, *Diccionario de Psicología*, Editorial Herder, Barcelona, 2002,p.561

personalidad individual se convierte entonces en un potencial elemento perturbador para las relaciones sociales, cuando dificulta la interacción humana en medio del conflicto. Highton y Álvarez lo descubren así:

“Al conceptualizar al conflicto como divergencia percibida y no como real, se parte de una noción útil para anticipar lo que la gente realmente hará, porque las percepciones ejercen normalmente un impacto inmediato sobre la conducta (es decir, en la elección de las estrategias). Si bien los términos perceptuales dan la posibilidad de que una parte crea que hay un conflicto de interés mientras que la otra parte lo niegue, inclusive entonces esa parte trabajará, probablemente, sobre la base de sus percepciones. El conflicto no está en la realidad objetiva sino en la mente de las personas.”<sup>19</sup>

Cuando las personalidades chocan hay una gran probabilidad de que el conflicto se intensifique, por eso, en un formato psicológico del conflicto debe reconocerse, primero, el papel protagónico de la percepción causal que una persona tiene sobre el objeto controvertido y después encauzar esa actitud perceptiva para tratar de romper el círculo vicioso de las conductas individuales agresivas.

#### 1.1.5 Visión jurídica

En su connotación jurídica, desde un punto de vista sociológico del Derecho, el conflicto puede ser visto como el resultado objetivo de un alejamiento de los postulados contenidos en las normas de conducta que rigen la actividad humana en la sociedad. Es decir, toda alteración de las reglas de convivencia colectiva puede provocar situaciones de conflicto, cuyo campo de desarrollo está situado dentro de los límites marcados por los propios ordenamientos jurídicos.

Al igual que en las visiones anteriores, el conflicto en el plano jurídico involucra la confrontación de intereses o aspiraciones entre dos o más partes, sin embargo, la índole social de esta visión da lugar a que, al lado de los actores convencionales del conflicto, pueda surgir un actor diferente que representa la reacción de la colectividad

---

<sup>19</sup> Highton, Elena I. y Álvarez, Gladys S., *Op.cit.*, p.45

frente a la violación del marco normativo: el Estado. Puede actuar como el auténtico representante de las pretensiones e intereses de la sociedad, por ejemplo en el campo del Derecho Penal, o como un tercero juzgador o árbitro del conflicto, cuya función central es resolver las disputas entre las partes, cuando alguna de éstas promueve su intervención.

El orden jurídico constituye una poderosa fuerza resolutive dentro de la cual se dirimen una gran parte de los conflictos, y, por la misma razón, debe ser visto como un eficaz impulso disuasivo para prevenir el surgimiento de situaciones conflictivas. En términos generales, su estructura bipolar asume, por un lado, la existencia de conductas permitidas o toleradas que la sociedad reconoce como aceptables; por el otro, define también aquellas conductas que deben ser rechazadas por considerarse antijurídicas, prohibidas o sancionables.

Este es, desde luego, sólo un segmento -muy importante por cierto- del universo conflictual, en donde la confrontación de intereses es vista como un enfrentamiento entre rivales que buscan hacer prevalecer sus derechos. Como una advertencia contra los riesgos de la lucha en el campo de batalla judicial, Entelman propone un conocimiento más profundo de los conflictos con la mira puesta en la solución más conveniente de las disputas:

“Habitualmente los abogados nos hemos acostumbrado a derivar hacia otros las soluciones, presentando nuestro caso como una cuestión de pretensiones. La demanda judicial resulta el camino más transitado y, por supuesto, el más cómodo para una sistemática donde el derecho tiene respuestas para todo (...) Las pretensiones son el más claro ejemplo del viejo concepto que acuña al proceso judicial como un campo de batalla, donde el derecho lo obtiene quien mejor defiende sus intereses, aun cuando ellos no sean justos o razonables. Hoy día se impone golpear el timón hacia otro rumbo. El norte se vislumbra asumiendo el conocimiento del conflicto en todos sus aspectos y dimensiones, revirtiendo la actitud del abogado que estudia el caso para someterlo al proceso. La confianza en la justicia, sostén y esencia del fenómeno jurisdiccional, no queda vaciada de contenido; simplemente se trata de ocupar al abogado y a

todos los partícipes en el conflicto, en una modalidad analítica que desarrolla la teoría de la negociación.”<sup>20</sup>

Este es un modo distinto de enfrentar el conflicto jurídico. Se le contempla no únicamente como una sucesión de incompatibilidades excluyentes, o una contienda de derechos y acciones legales, en donde se emplean métodos adversariales para resolver el enfrentamiento entre las partes, con el fin de otorgarle a una de ellas la razón, en mérito de sus habilidades jurídicas para hacer prevalecer sus intereses. El conflicto es estudiado también como un fenómeno social formado por una estructura multidimensional, sujeto al análisis teórico de una disciplina científica, cuyo campo de estudio es tan amplio como las relaciones sociales mismas. En opinión del mismo autor:

“La Teoría de Conflictos radica su quehacer en la descripción de conflicto, en el análisis de sus elementos y modos de ser, en la generación de métodos a que da lugar la aplicación de sus conocimientos y en los desarrollos tecnológicos que realiza con auxilio multidisciplinario. Ello abarca no sólo la problemática de la resolución de conflicto, sino también la de su conducción o manejo y prevención”<sup>21</sup>

## 1.2 El litigio como manifestación jurídica del conflicto

La acepción etimológica de la palabra litigio proviene de la voz latina *litigium* que significa disputa o altercación en juicio.<sup>22</sup> En su acepción jurídica, el distinguido procesalista italiano Francesco Carnelutti identifica dos elementos que lo caracterizan: la “pretensión” de una parte que intenta subordinar el derecho ajeno al suyo propio y la “resistencia” de la otra que se niega a someterse a esa pretensión.<sup>23</sup> Subyace en esta concepción una idea marcada por la confrontación entre aquel que pretende y el otro que resiste, ambos actuando en torno de la apropiación de un bien jurídico que

---

<sup>20</sup> Entelman, Remo F., *Op.cit.*, p.62

<sup>21</sup> *Ibidem*, p.65

<sup>22</sup> *Diccionario Jurídico Mexicano*, Tomo I-O, Porrúa-IIJ, México, D.F., 1997, p.2050

<sup>23</sup> Ovalle Favela, José, *Teoría General del Proceso*, 4ª ed., Oxford University Press- Harla México, México, D.F., 1999, p.5

reclaman como propio. Parece fácil asociar esta noción al concepto general de conflicto, sin embargo, es la protección del derecho para alguna de las partes, el elemento distintivo que define al litigio como una manifestación jurídica del conflicto. En su acucioso estudio sobre las teorías carneltuttianas, el maestro Ovalle Favela aclara que no todo conflicto de intereses es un litigio. Puede haber conflictos de intereses de carácter económico, científico, político, entre otros, que no estén tutelados por el derecho. Así, pues, “cuando en un conflicto el derecho otorga su tutela a favor de uno de los intereses en pugna, se puede hablar propiamente de litigio.”<sup>24</sup>

El distinguido procesalista mexicano afirma, además, que el concepto de litigio es fundamental para el derecho procesal, ya que permite establecer cuando un conflicto de intereses puede ser objeto de un proceso, además de que “sirve para delimitar la materia, el contenido o el tema sobre el cual va a versar el proceso(...)”<sup>25</sup>.

Por su parte, el maestro Niceto Alcalá-Zamora y Castillo sustenta una postura más flexible. Parte de un concepto ampliado de litigio, el cual supone la incorporación de diversos géneros de conflictos y no sólo aquellos objeto de un proceso, lo que da lugar -como se verá con mayor detalle en los próximos apartados- al empleo de medios diversos para su resolución. En su opinión, el concepto de litigio “ha de dilatarse, en el sentido de rehuir especificaciones contrarias a su verdadero alcance y, por tanto, que por litigio debe entenderse, sencillamente, el conflicto jurídicamente trascendente, que constituya el punto de partida de un proceso, de una autocomposición o de una autodefensa”<sup>26</sup>

Sin entrar al detalle en las motivaciones que indujeron al maestro Alcalá-Zamora para reformular la noción de litigio de Carnelutti, es dable aceptar que, sin contradecirla en lo esencial, abrió un espacio muy rico para la comprensión y el tratamiento del litigio, al demostrar que éste, aún como manifestación jurídica del conflicto, no está atado exclusivamente a la solución procesal.

---

<sup>24</sup> *Ibidem*, p.6

<sup>25</sup> *Ibidem*, p.7

<sup>26</sup> Alcalá- Zamora y Castillo, Niceto, *Proceso, Autocomposición y Autodefensa*, UNAM-Textos Universitarios, México, 1970, p 18. El tratadista español establece, en otra parte de su obra, que una vez producido el conflicto, puede ser resuelto: cuando uno de los litigantes consiente el sacrificio del propio interés (autocomposición); o si se impone el sacrificio del interés ajeno (autodefensa); o, en otra esfera compositiva, mediante la decisión imperativa de un tercero (proceso).

### 1.3 La solución del litigio.

El litigio, como expresión jurídica del conflicto, ha sido tratado por procesalistas muy reconocidos, entre los cuales destaca Francesco Carnellutti, a quien se le considera como uno de los primeros en incursionar en el estudio del concepto de litigio con “profundidad y nitidez”. Pero no se agota ahí el mérito de su obra, alcanza también al análisis de las vías para solventar las controversias. Aporta términos novedosos y valiosos como “autodefensa” y “autocomposición”, “un feliz hallazgo”, como lo califica el maestro Alcalá- Zamora, quien añade a estas dos categorías la de “proceso”; y en conjunto, las presenta como “las tres posibles desembocaduras del litigio”, aunque “la autodefensa, que combina parcialidad y egoísmo, aparece desde el primer momento como una solución deficiente y peligrosa en grado superlativo”, de ahí que los ordenamientos jurídicos la prohíban como regla, aunque la consientan en situaciones excepcionales.<sup>27</sup> Por esta razón, en el presente trabajo sólo se revisarán las otras dos “desembocaduras”, pues son los medios jurídicamente válidos para resolver las controversias, a los que se añadirá un rubro de formas intermedias para identificar las fórmulas compositivas mixtas.

#### 1.3.1 Autocomposición

La autocomposición ocurre cuando las pretensiones y resistencias en un conflicto se confrontan en el ámbito de la reflexión individual para encontrar una solución “altruista” (en vez de una imposición “egoísta”, como en la autodefensa o autotutela), cuya expresión material es el sacrificio del interés propio en favor del adversario, debido a la convicción personal de no tener razón. Sin embargo, Alcalá- Zamora y Castillo hace notar que así sucede si la solución del litigio es vista desde fuera, pues la visión interna de los litigantes puede matizar esa conducta “altruista”, en razón del estado de ánimo que impera al momento de la renuncia, ya que “los móviles pueden variar

---

<sup>27</sup> *Íbidem*, p.14-15.

sobremanera e incluso faltar por completo la espontaneidad, que debiera ser requisito esencial de toda modalidad autocompositiva”<sup>28</sup>.

No hay certeza, por lo tanto, sobre cuáles casos son materia de autocomposición pura o perfecta, sobre todo cuando intervienen factores económicos que debilitan la capacidad de resistencia del litigante sometido. De esta manera, el reconocimiento de que al adversario le asiste la razón, se ve sustituido por el reconocimiento de que al renunciante “le falta resistencia, aunque le sobren argumentos.”<sup>29</sup>

Es dable aceptar, entonces, que el medio autocompositivo, por sí mismo, no asegura la solución justa del conflicto, le hace falta una cierta tutela jurídica para reducir el margen de desigualdad compositiva. Sirva como ejemplo la figura de la transacción, una de las “formas genuinas de autocomposición” como la califica Alcalá-Zamora, quien, a su vez, la considera como la mejor estudiada de todas las figuras autocompositivas. Es un convenio entre partes, su naturaleza jurídica es privada y supone la aceptación de concesiones mutuas. El tratadista colombiano Roberto Valdés Sánchez la concibe como “la alternativa para la solución de conflictos a través de la cual las mismas partes en conflicto, sin la intervención de nadie distinto a ellas mismas, pueden, en el ámbito extrajudicial, precaver un litigio judicial o, si éste ya se hubiere entablado, terminarlo mientras no haya sido fallado por sentencia de primera o única instancia, y en cualquiera de los casos con el mismo efecto de cosa juzgada que la ley le otorga a una sentencia en firme”<sup>30</sup>.

Esta figura se encuentra regulada en varias legislaciones que han emanado de la codificación francesa, por lo mismo, se le han impuesto formas jurídicas de diversa índole y con alcances variables. En su análisis de derecho comparado, a propósito de la transacción, Valdés Sánchez refiere que la legislación francesa conserva la concepción original del Código Civil Francés de 1804, como “un contrato por medio del cual las partes terminan una controversia surgida, o previene una controversia por surgir, que debe ser redactado por escrito”. En España se prescribe que deben fijarse prestaciones de dar, prometer o retener. Por su parte, la legislación italiana incorpora,

---

<sup>28</sup> *Íbidem*, p. 78

<sup>29</sup> *Íbidem*

<sup>30</sup> Valdés Sánchez, Roberto, *La transacción. Solución alternativa de conflictos*, 2ºed, Legis editores, Bogotá, 1998, p.55

de manera expresa, el otorgamiento de “recíprocas concesiones”. Mientras que en Portugal, tales concesiones “pueden implicar la constitución, modificación o extinción de derechos diversos del derecho controvertido”.

La aportación latinoamericana también es relevante. La legislación peruana consigna que “la transacción tiene valor de cosa juzgada”, asimismo, “debe contener la renuncia de las partes a cualquier acción que tenga una en contra de otra sobre el objeto de dicha transacción”. La legislación civil argentina incorpora el elemento de indivisibilidad en el pacto, de la siguiente manera: “las diferentes cláusulas de una transacción son indivisibles, y cualquiera de ellas que fuese nula o que se anulase, deja sin efecto todo el acto de transacción”. Finalmente, en nuestro país, el artículo 2944 del Código Civil para el Distrito Federal lo define como “un contrato por el cual las partes haciéndose recíprocas concesiones, terminan una controversia presente o previenen una futura”, el artículo 2945 añade que “la transacción que previene controversias futuras, debe constar por escrito si el interés pasa de doscientos pesos” y el numeral 2953 le otorga “la misma autoridad y eficacia que la cosa juzgada”, aunque el mismo ordenamiento restringe el uso de esta figura autocompositiva a los derechos disponibles, ya que no admite su aplicación sobre cuestiones de orden público y objetos fuera del comercio. Como puede apreciarse, a través del ejemplo de la transacción, las figuras autocompositivas no disponen de autonomía plena para resolver las controversias, ya que su inserción dentro del marco jurídico general restringe su uso para evitar que se afecten los intereses fundamentales de la sociedad.

### 1.3.2 Formas Intermedias

El modelo autocompositivo puede admitir algunas variantes para favorecer el acceso a una solución convenida. Así ocurre cuando las partes en conflicto se ponen de acuerdo y aceptan la intervención de un tercero ajeno a la controversia que facilite la búsqueda de opciones para resolver el litigio, pero conservan su capacidad de control sobre el mecanismo de solución y, por ende, pueden decidir en cualquier momento, en forma conjunta, una devolución del conflicto a las partes. Subyace aquí una idea no adversarial que supone la aplicación de un método resolutivo consensual y flexible,

cuyo resultado no debe admitir, como sostiene Carnelutti, “sesgo alguno de victoria personal para alguna de las partes”.<sup>31</sup>

La negociación equilibrada, a la que hace referencia Ovalle Favela,<sup>32</sup> se pone en manos del tercero imparcial que no está en condición jurídica de resolver, sino de asistir a los actores del conflicto para que sean ellos quienes logren una respuesta a la crisis en curso.

Entre los métodos más conocidos pueden mencionarse la mediación, la conciliación y el ombudsman,<sup>33</sup> los cuales habrán de revisarse en apartados subsecuentes.

### 1.3.3 Heterocomposición

Esta forma de solucionar los conflictos se caracteriza por la participación calificada de un tercero sin pretensiones propias en el litigio. Pero, a diferencia de las formas intermedias que admiten la intervención no decisional del tercero imparcial, la heterocomposición supone la emisión de una resolución que decide sobre la controversia, sin la contribución directa de las partes en conflicto. Esto es, la solución del litigio queda fuera del control de quienes le dieron origen, para pasar al ámbito decisional del tercero involucrado quien conoce y resuelve sobre la controversia que se le plantea, sea por un acuerdo voluntario, en el caso del arbitraje, o por competencia jurisdiccional, cuando se trata de un juicio.

Ahora bien, la figura heterocompositiva del arbitraje también ha sido estudiada como un medio de composición procesal más cercana al tipo jurisdiccional. Carlos Arellano García lo plantea de la siguiente manera:

---

<sup>31</sup> Citado por Delgado, Hazel, “La Conciliación en la Resolución Alternativa de Conflictos”, en *Memoria del Seminario sobre la participación de la Procuraduría General de la República en la resolución alternativa de conflictos.*, abril 2000, San José, Costa Rica, p.160

<sup>32</sup> El maestro Ovalle Favela opina que “la renuncia a la pretensión propia o la sumisión a la de la contraparte, puede ser también el resultado de una negociación equilibrada que satisfaga, así sea limitadamente, los intereses de las dos partes en conflicto.” *Op.cit.*, p.16

<sup>33</sup> Ovalle Favela incluye estas formas intermedias dentro de la clase heterocompositiva. En mi opinión es conveniente separarlas para dar mayor claridad expositiva al trabajo, al tiempo que se acredita la importancia de la seguridad jurídica implícita en el arbitraje y en el proceso. En cierto modo Alcalá-Zamora y Castillo lo reconoce así: “En cuanto a la solución imparcial(...)prácticamente se reduce a la que se obtiene mediante el proceso: dentro de él cabe, en este sentido, el arbitraje, y fuera de él ha de quedar la mediación.” Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto. *Op.cit.* p 14

“Nosotros sostenemos el criterio de que, el proceso jurisdiccional es, desde el punto de vista formal, el que se desarrolla ante el Poder Judicial. A su vez, el proceso jurisdiccional, desde el punto de vista material es el que entraña la dicción del derecho ante situaciones concretas controvertidas, en situación de antagonismo, en donde se requiere la solución de la controversia (...) Es el cúmulo de actos regulados normativamente, de los sujetos que intervienen ante un órgano de Estado, o un árbitro, con facultades jurisdiccionales, para que se apliquen las normas jurídicas a la solución de la controversia planteada.”<sup>34</sup>

Más adelante el maestro civilista aclara que incluyó al “árbitro” porque en el proceso civil así lo autoriza el Derecho Objetivo.

Por su parte, el maestro Alcalá-Zamora orienta su opinión en la misma dirección:

“(...) en cuanto a la índole del arbitraje, se enfrentan, como es sabido, dos teorías: la contractualista, que tiene en Mattiolo y Chiovenda sus más prestigiosos paladines, y la jurisdiccionalista de Mortara, a la que sin vacilar nos adherimos, (...) la sustanciación de un litigio ante jueces privados origina, no ya un ‘equivalente’, sino un auténtico proceso jurisdiccional, con la peculiaridad orgánica de que en él intervienen jueces nombrados por las partes al amparo de la autorización estatal oportuna, sin la cual sólo podrían hacer papel de mediadores.”<sup>35</sup>

No obstante, para los fines del presente trabajo, es conveniente distinguir al proceso propiamente dicho, del método arbitral, ya que éste, a diferencia del primero, sólo puede darse cuando las partes se someten de manera voluntaria a la decisión de un árbitro. El proceso, por su parte, no requiere de tal acuerdo, es suficiente con que la parte actora promueva la actividad de un órgano jurisdiccional perteneciente al Estado, para que la parte demandada tenga que sujetarse al trámite procesal. Y aunque ambos medios de solución presuponen la existencia de un litigio cuya solución se encomienda a un tercero imparcial, uno de ellos, el proceso, debe ser considerado, por virtud de la fuerza, la seguridad jurídica y la autoridad del Estado, como “el más perfecto medio de administrar justicia entre los hombres”<sup>36</sup>, tal como lo asevera el

---

<sup>34</sup> Arellano, García Carlos, *Derecho Procesal Civil*, Editorial Porrúa, México, D.F., 1998, p. 64

<sup>35</sup> Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto. *Op.cit.* p. 74-75

<sup>36</sup> *Ibidem*, p. 239

maestro Alcalá-Zamora. El arbitraje, por consecuencia, ocupa un sitio alternativo en la función compositiva, si bien su importancia ha sido creciente, en particular en la solución de controversias mercantiles.

#### 1.4 Los Métodos Alternativos para la Solución de Conflictos. MASC.

Queda claro que el proceso jurisdiccional constituye el medio más adecuado para la solución de un litigio. Ahora bien, ¿Por qué entonces han surgido con tanto vigor las formas compositivas alternativas al proceso propiamente dicho?. Muchos han sido los argumentos a favor de buscar métodos distintos al proceso para resolver los conflictos.

El argumento más frecuente es de índole económica. Consiste en valorar el alto costo en que tiene que incurrir el Estado para mantener un aparato judicial capaz de ofrecer sus servicios de manera eficiente a todos los gobernados. Se pondera la conveniencia de abatir el costo de los servicios judiciales, mediante la creación de medios alternos. Así, pues, quienes son parte en una controversia, reconocen la utilidad de vías menos costosas que la procesal. En esta línea de pensamiento, Luis Orozco recupera el siguiente argumento:

“La administración de la justicia es un bien que al ser consumido importa, necesariamente, exclusiones de otros sujetos, que por ese hecho no pueden ya consumirlo. Es decir, un bien donde cada nuevo asunto o controversia introduce un nuevo costo marginal para su resolución. Frente a esta situación, se hace necesario crear y promover medios que permitan que una buena parte de quienes acceden a los tribunales internalicen sus costos de consumir el bien de la administración de justicia.”<sup>37</sup>

Por su parte, Frank Sander alude a cuatro objetivos del movimiento de justicia alternativa: a) aliviar la congestión de los tribunales, reduciendo costos y tardanzas; b) impulsar la participación comunitaria en la resolución de conflictos; c) facilitar el

---

<sup>37</sup> Orozco Wintao, Luis (Coordinador General) “Acceso a la Justicia y Resolución Alternativa de Controversias “ Programa BID-ITAM RAC, México, D.F., 2001

acceso a la justicia; y d) proporcionar soluciones “efectivas” a las disputas.<sup>38</sup> Tales propósitos están encauzados hacia un proyecto social de mayor alcance que el simple interés comercial o individual por mejorar la administración judicial.

Entre los defensores de los métodos alternativos para la solución de controversias - MASC-, hay algunos con una visión más radical. Su planteamiento apunta hacia el colapso de los sistemas tradicionales de justicia.<sup>39</sup> La crítica se endereza contra la ineficiencia, la lentitud procedimental, los altos costos personales e institucionales, la falta de acceso de los ciudadanos, el lenguaje incomprensible y la falta de control personal sobre la forma de solucionar la controversia. Así lo expresan, por ejemplo, Highton y Álvarez:

“(…) es necesario pasar del sistema ineficaz o frustrante a un sistema efectivo. La ausencia de mecanismos diversos y adecuados para resolver los conflictos hace que se recurra a los tribunales de justicia en forma irracional.”<sup>40</sup>

De otra forma dicho, no es cuestionable en lo absoluto la existencia del método procesal sino su uso indiscriminado. Cuando se multiplican los litigios ante los tribunales, los procedimientos tienden a alargarse y aumentan los gastos inherentes a su sustanciación.

Por su parte, la Comisión de las Comunidades Europeas ha expuesto que el desarrollo de las ADR (*Alternative Dispute Resolution*) puede ser de carácter práctico y coyuntural. Según este órgano comunitario:

“(…)las ADR constituyen una respuesta a las dificultades de acceso a la justicia a las que se enfrentan muchos países (...) desempeñan un papel complementario con relación a los procedimientos jurisdiccionales, en la medida en que, a menudo, los métodos aplicados en las ADR se adaptan mejor al carácter de los litigios.”<sup>41</sup>

---

<sup>38</sup> Sander, Frank.E., “Alternative methods of dispute resolution: an overview” en *University of Florida Law Review*, Vol. XXXVII, winter 1985, Num.1, p.99

<sup>39</sup> Martínez de Murguía, Beatriz, *Op. cit.*, p. 36.

<sup>40</sup> Highton, Elena I. y Álvarez, Gladys S., *Op. cit.*, p. 25

<sup>41</sup> Los países de la Unión Europea reconocen la utilidad de estas modalidades en las controversias con consumidores, usuarios de servicios financieros y, en general, en asuntos de carácter mercantil. Comisión de las Comunidades Europeas. *Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil*. Bruselas, 2002, p. 7-10.

Esta opinión se suma a otras expresiones favorables a los métodos alternativos, que han valorado la importancia de evitar la confrontación como un elemento de preservación de la paz social<sup>42</sup>. Así, el distanciamiento entre las partes implícito en la modalidad procesal y la pérdida del control personal sobre la causa judicial y su solución, han sido expuestas como causas de la pérdida de confianza en las resoluciones judiciales y, en general, en el sistema de impartición de justicia.

Otras voces se pronuncian en sentido contrario, y alegan que el formato jurisdiccional puede sufrir severos daños si se le obliga a utilizar formas compositivas más flexibles y participativas, ajenas al quehacer judicial tradicional. Esta es la posición del profesor Owen Fiss, quien se opone a la proliferación de los acuerdos compositivos, argumentando que:

“(…)el trabajo de las Cortes no consiste en maximizar las pretensiones de las partes, ni simplemente asegurar la paz, sino explicar y dar fuerza a los valores de que están revestidos los textos de autoridad como la Constitución y las leyes: interpretar esos valores y comprometer la realidad ajustándola a ellos. Este deber no se cumple cuando hay arreglos entre las partes.”<sup>43</sup>

En efecto, el Estado no puede evadir su responsabilidad de organizar un sistema de justicia fuertemente cimentado en la aplicación efectiva de la ley. Sin embargo, tampoco puede dejarse de lado el interés de la sociedad en preservar la paz en su interior, aprovechando todos los mecanismos a su alcance, sin negar que el judicial es el más eficaz de ellos. Bajo esta premisa, es dable aceptar que los MASC contribuyen a facilitar la obligación del Estado de garantizar el acceso de los gobernados a una justicia eficaz, con un menor deterioro de las relaciones sociales, resultado de una mayor cooperación entre las partes.

Al hacer referencia a las virtudes que sus defensores atribuyen a los MASC, Luis Orozco afirma:

---

<sup>42</sup> Supra 1.1 y 1.1.2. Véase también la argumentación de distinguidos estudiosos norteamericanos en Goldberg Stephen B., *et al*, *Dispute resolution. Negotiation, mediation and other processes*. New York, NY, Aspen Law & Business, 1999, p.6-10

<sup>43</sup> Citado por Goldberg Stephen B. *et al*, *Dispute resolution. Negotiation, mediation and other processes*, New York, NY, Aspen Law & Business, 1999, p.9. (trad. propia)

“(…) diversas controversias pueden ser resueltas no sólo más eficientemente, sino también de forma más justa, a través de un acuerdo privado entre las partes ya que es posible transformar el conflicto en cooperación.”<sup>44</sup>

Es preciso revisar ahora algunos principios inherentes a la naturaleza jurídica de estos medios alternos de justicia cooperativa. Los tres primeros, autonomía de la voluntad, disponibilidad y no obligatoriedad, abarcan todo el conjunto de los MASC, mientras que los restantes son más propios de los métodos autocompositivos.

#### 1.4.1 Principio de autonomía de la voluntad de las partes

En su tratado sobre la transacción, el profesor colombiano Roberto Valdés Sánchez afirma que el principio de derecho sobre el cual se sustenta la existencia de formas alternativas para la solución de conflictos, es la autonomía de la voluntad privada. Ésta consiste en la capacidad legal de los individuos para crear, regular, desarrollar y terminar sus relaciones dentro de un marco de referencia que ellos mismos establezcan, pero bajo la condición de que no afecte, en modo alguno, el orden público.<sup>45</sup>

No basta una convención entre particulares, es preciso que ésta se realice dentro del marco legal. No se puede privar a los individuos de su derecho a ejercer su libertad de ponerse de acuerdo, pero sólo podrán hacerlo, válidamente, si cuentan con la aptitud jurídica para ello. Esta misma razón puede extenderse al tratamiento de los litigios, porque éstos son consecuencia de negocios jurídicos que se originaron en el libre concurso de voluntades, aunque sometidas, eso sí, a un fin social superior. Por extensión, la libertad para utilizar modalidades alternativas al proceso judicial ordinario en la solución de controversias, entre partes que intervinieron en un negocio jurídico, está limitada por las disposiciones legales de un régimen normativo particular. El conferencista Franklin Paniagua alude a este principio de autonomía, como uno de los dos que él considera fundamentales en la aplicación de mecanismos alternativos:

---

<sup>44</sup> Orozco, Wintao Luis, *Op.cit.*

<sup>45</sup> Valdés Sánchez, Roberto. *Op. cit.*, p. 31.

“La idea de conservar en las partes un mayor grado de autonomía no es algo novedoso, por el contrario la historia es más bien lo contrario. Fueron los ciudadanos quienes poco a poco fueron “entregando” esta libertad de resolver sus disputas, hasta llegar a nuestra situación actual donde impartir justicia es una prerrogativa del Estado-Nación.(...) En el caso de los mecanismos “alternativos” existen dos principios fundamentales, por un lado la autonomía de las partes para encontrar solución a su conflicto y por otro lado la búsqueda de soluciones que procuren “restaurar” mas que “sancionar” la situación presentada.”<sup>46</sup>

#### 1.4.2 Principio de disponibilidad

El acuerdo de voluntades para pactar la solución de litigios específicos, está condicionado por la licitud del objeto materia de un procedimiento de avenencia. Las partes en conflicto deben demostrar que pueden disponer libremente de un derecho para alcanzar un acuerdo, y ejercer esa libertad para encontrar una solución al conflicto que las vincula. En este sentido, el conferencista Sergio Artavia afirma que:

“Si los titulares de los derechos subjetivos privados disponen realmente de ellos, si existe verdadera autonomía de la voluntad a la hora de establecer o modificar relaciones jurídico-materiales privadas, si la Constitución delimita un marco de libertad jurídica, nada puede impedir que los titulares de esos derechos decidan resolver sus diferencias por medios distintos a los judiciales, el principio base es el de libre disposición y ésta puede referirse tanto a su aspecto de derecho material como al de derecho procesal “<sup>47</sup>

---

<sup>46</sup> Paniagua, Franklin. Conferencia. *Memoria del Seminario sobre la participación de la Procuraduría General de la República en la resolución alternativa de conflicto.*, abril 2000 , San José, Costa Rica, p.212

<sup>47</sup> Artavia Barrantes, Sergio, “El arbitraje en el estado y sus instituciones”, en *Memoria del Seminario sobre la participación de la Procuraduría General de la República en la resolución alternativa de conflicto.*, abril 2000 , San José, Costa Rica, abril 2000.

#### 1.4.3 Principio de no obligatoriedad

La eficacia de los MASC está sustentada en la buena fe de las partes que están involucradas en el conflicto, lo que da lugar a un amplio espacio para convenir una solución negociada. Las disposiciones legales constituyen sólo una variable más en la conformación de los procedimientos de negociación, y el esquema normativo se torna más flexible. En ese sentido, es preciso que se reconozca la conveniencia de la libre aceptación del método de solución y de su resultado. Que se haga efectiva la ingerencia de las partes, ya sea con su adhesión a la cláusula compromisoria, con su participación activa en la definición de las líneas generales para alcanzar la solución al conflicto o, inclusive, con su intervención directa en cada una de las fases del procedimiento resolutivo. No debe haber, pues, factores exógenos que afecten la aceptación de las partes para someterse a un resultado final que bien puede serles adverso.

#### 1.4.4 Principio de confidencialidad

Implica que todo lo que se diga en el proceso debe mantenerse en secreto para los terceros extraños al método que se emplea para dirimir la controversia. Debe mantenerse la secrecía respecto del contenido de las reuniones individuales o privadas, de manera que los negociadores, no deben ser citados como testigos ante la autoridad judicial ya que están eximidos de revelar lo expresado por las partes durante los procedimientos de avenencia, salvo que una de las partes llegue a ventilar la comisión de delitos graves. Cuando se emplea algún método autocompositivo que requiere la intervención de un tercero ajeno al conflicto, es preciso garantizar un manejo cauteloso de la información vertida en el proceso negociador, para evitar el riesgo de inhibir a las partes y de complicar los acuerdos. Al referirse al resultado posible de una mediación, Silvia Barona valora la importancia de la secrecía de la siguiente manera:

“Se ha dicho que el éxito de la mediación frente a los procesos judiciales es la confidencialidad de la materia sometida a la mediación así como la información que se vierte a los largo de este procedimiento”<sup>48</sup>

#### 1.4.5 Principio de control personal de la solución

Como se comentó con anterioridad,<sup>49</sup> hay quienes sostienen que el empleo cada vez más frecuente de los MASC tiene su explicación en la crisis de credibilidad de los sistemas tradicionales de justicia. Así, el aparente desprestigio en que han caído también ha significado el reencuentro de los individuos con su propia capacidad para decidir sobre el desenlace de sus conflictos. Esta reacción es entendible si se admite que ella deriva de una posición cautelosa, a partir de las graves consecuencias que tendría una actitud irresponsable de quienes deben resolver los litigios judiciales. El hombre no desea perder el control y el manejo de su propio conflicto, advierte Alicia B. Garayo, cuando se ponen en riesgo dos valores fundamentales para el ser humano como la protección de sus bienes y de su libertad.<sup>50</sup>

---

<sup>48</sup> Barona Vilar, Silvia, *Solución extrajudicial de conflictos. ADR (alternative dispute resolution) y derecho procesal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999, p.77

<sup>49</sup> Supra 1.4

<sup>50</sup> Garayo, Alicia B. “La mediación: experiencia comparada” en Aiello de Almeida, Maria Alba, *Mediación. Formación y algunos aspectos claves*, Editorial Porrúa-Facultad de Derecho de la Universidad Anáhuac, México, D.F., 2001, p.43

## CAPÍTULO 2 LA EVOLUCIÓN DE LOS MASC Y SU INCORPORACIÓN AL SISTEMA DE IMPARTICIÓN DE JUSTICIA

### 2.1 Evolución de las formas alternativas

El origen de los llamados métodos alternativos para la solución de conflictos puede situarse en la antigüedad más remota, justo cuando los primeros habitantes de nuestro planeta se enfrentaban entre sí para ventilar sus primitivas disputas por el alimento, la habitación o la pareja, por mencionar algunos ejemplos. No eran entonces métodos alternativos sino fórmulas ordinarias; el proceso jurisdiccional no veía aún su primera luz. Las formaciones sociales tenían una condición embrionaria, como era el caso de la relación doméstica o familiar, de la comunidad vecinal, del clan y de la aldea primitiva. No se habían desarrollado estructuras de relaciones sociales más acabadas como el ayuntamiento, las agrupaciones militares y económicas, la sociedad mercantil o el Estado mismo.<sup>51</sup> Al evolucionar las formas de organización de la sociedad, en paralelo se fueron creando fórmulas más complejas para resolver las desavenencias entre los integrantes del cuerpo social. Y entonces, ¿porqué el furor por el uso de métodos tan antiguos en sociedades cada vez más complejas, como la actual?, ¿cuáles han sido los elementos que han influido en la utilización de uno u otro método?, ¿qué factores han determinado que un método sea aceptado dentro del sistema tradicional de impartición de justicia?. El incipiente avance en las investigaciones sobre esta materia, dificulta las respuestas para tales cuestionamientos. No obstante, se puede encontrar alguna luz en la reseña histórica y comparativa de los principales métodos que hoy se califican como alternativos, como apunta Alicia B. Garayo:

---

<sup>51</sup> En su libro *Economía y Sociedad*, el notable profesor alemán Max Weber examina con acuciosidad el tránsito y evolución de las diversas formas de organización social a lo largo de la historia de la humanidad.

“Desde la organización primitiva familiar, las órdenes tribales, a la autoridad feudal, hay una franca evolución para tratar de ayudarnos mutuamente a vivir sin graves perturbaciones”<sup>52</sup>

### 2.1.1 Antigüedad remota

Ya se ha visto como el conflicto es percibido como algo natural, un resultado inevitable de la interacción entre los hombres.<sup>53</sup> Ahora bien, frente a esta aparente fatalidad, la preservación de un entorno de convivencia social equilibrado y estable, aparece como un imperativo.

Desde las épocas más remotas, se ha reconocido el interés del hombre por resolver sus desavenencias. Las formas primitivas para dirimir los conflictos no conocían de procedimientos intrincados o formalidades dilatorias. La simplicidad característica de las relaciones sociales en la antigüedad, facilitaba la adopción de métodos sencillos y convenientes. La actuación de los primeros intermediarios difícilmente podría calificarlos como “árbitros”, “mediadores” o “conciliadores”. No obstante, estas incipientes comunidades se sometían a la autoridad del patriarca o jefe de familia para avenir sus intereses. Osvaldo Gozaíni, al referirse a esta autoridad primigenia, asegura que la conciliación se lograba por la autoridad que resolvía en equidistancia, gracias a que el hombre siempre ha estado dispuesto a “sacrificar sus posiciones extremas para lograr un acuerdo perdurable que permitiera la convivencia sin esfuerzos y en lógica armonía.”<sup>54</sup>

Una tarea ardua -que rebasa por mucho los alcances de este trabajo- es la investigación profunda de los inicios de los métodos alternativos, ya que sus raíces están en la prehistoria, cuando aún no se utilizaba la escritura y todo se confunde en

---

<sup>52</sup> Garayo, Alicia B., “La mediación: experiencia comparada”, en Aiello de Almeida, María Alba *Op. cit.*, p.41

<sup>53</sup> Supra 1.1

<sup>54</sup> Gozaíni, Osvaldo, *Op.cit.*, p. 40. En su análisis sociológico de los tipos de comunidad, el profesor Max Weber afirma que: “La forma originaria de hacer valer los intereses lesionados es la ayuda solidaria del clan. Y las más antiguas categorías de un procedimiento afín al ‘proceso’ son, de una parte, la ‘arbitración’ de contiendas dentro de las comunidades de tipo coactivo: las de la casa por el titular de la autoridad doméstica, las del clan por los más ancianos, como mejores conocedores de las costumbres”

un mar de “mitos, magia y leyenda”.<sup>55</sup> Las antiguas comunidades de pueblos nómadas o tribus reconocían a las personas de mayor edad del clan, como los mediadores naturales. Por su edad, mantenían un ascendiente moral sobre las partes en conflicto; en palabras de Alicia B. Garayo, “era moneda corriente esta forma de resolución de conflictos”<sup>56</sup>.

Muchos siglos después, durante la época de la Grecia Clásica, esta labor le fue encargada a los *themostetas*, quienes examinaban los hechos motivo de un conflicto e intentaban disuadir a las partes para que alcanzaran un acuerdo transaccional sin tener que recurrir al juicio. Es relevante recordar que los griegos daban fuerza de ley a las transacciones que celebraban quienes eran llamados a juicio, antes de comparecer al mismo. Esta fórmula puede considerarse como el primer antecedente formal de los mecanismos de mediación y conciliación.

### 2.1.2 Roma

En la rica tradición jurídica del Derecho Romano se pueden encontrar algunas referencias importantes al modelo alternativo. La Ley de las XII Tablas consignaba la intervención de un magistrado cuya tarea era procurar un pacto entre las partes; éste actuaba como conductor del proceso, sin formular juicio alguno. El autor colombiano Gil Echeverry, identifica este quehacer como un antecedente de la conciliación:

“El origen de la conciliación se remonta a los sistemas jurídicos de las primeras sociedades, al tiempo que fue desarrollada por los regímenes más evolucionados como el romano (...) La Ley de las XII Tablas otorgaba fuerza obligatoria a lo que convinieran las partes al ir a juicio.”<sup>57</sup>

Hay indicios de que el mismo Cicerón era un convencido de los beneficios de la conciliación y que la calificaba como un acto de liberalidad digno de elogio y provechoso para quien lo realizara de oficio.<sup>58</sup>

---

<sup>55</sup> Silva Silva, Jorge Alberto, *Op.cit.*, p.39

<sup>56</sup> Aiello de Almeida, María Alba, *Op.cit.*, p44

<sup>57</sup> Gil Echeverry, Jorge Hernán, *La conciliación extrajudicial y la amigable composición*, Editorial Temis S.A., Bogotá, Colombia, 2003, p. 3

<sup>58</sup> Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo XVII, Editorial Bibliográfica Argentina, p.157, citado por Roberto Valdés Sánchez, *Op.cit.* p.26

Pero es en el uso del método arbitral donde se valora, con mayor facilidad, el papel que el Derecho Romano le atribuía a la intervención de las partes en la composición de sus diferencias. En efecto, en la fase de las *legis actiones* los ciudadanos romanos acudían primero al Magistrado quien escuchaba sus argumentos, revisaba el caso, se pronunciaba sobre los reclamos de las partes y, si lo consideraba conveniente, promovía la aceptación del arbitraje. Luego, ante testigos y a través de la *litis contestatio*, las partes debían elegir o aceptar un órgano privado que se encargara de decidir sobre la controversia, al tiempo que se comprometían a respetar la resolución final. Todo ello constituía la llamada etapa *in iure*. En la siguiente etapa *in iudicio*, el tribunal de ciudadanos o el juez privado –*iudex privatus*– valoraba, admitía y desahogaba las pruebas, verificaba los hechos alegados por las partes y pronunciaba su sentencia. Era una forma pública de controlar y conducir la administración de la justicia, sin afectar su carácter privado y voluntario.<sup>59</sup> Más tarde, en la época del proceso formulario, el Magistrado incorporó a sus deberes una supervisión más cercana al planteamiento y solución de la controversia.

El destacado maestro Guillermo Floris Margadant encuentra en la evolución del *ordo iudiciorum* -expresión que reúne las dos etapas - un primer giro al predominio de la autoridad pública en el proceso privado:

“En este período del *ordo iudiciorum* encontramos una transición entre la justicia privada y la pública. La intervención de la autoridad pública se limitaba a ejercer presión para que el demandado aceptara el arbitraje de un *iudex privatus* y, en el período formulario, a vigilar que se planteara correctamente el problema jurídico ante este árbitro, imponiéndole cierto programa de actuación y prescribiendo la sentencia que debería dictar, según el resultado de la investigación de los hechos (...) Ya no estamos en la fase de la justicia por propia mano. Ya interviene la autoridad pública en la persona del magistrado...”<sup>60</sup>

El derecho romano regulaba otra forma de arbitraje, en la cual se excluía la participación de la autoridad. La primera condición era que las partes se pusieran de

---

<sup>59</sup> A diferencia de este proceso privado, en el Derecho Romano el proceso público se inicia por el Magistrado o por cualquier ciudadano que aluda al interés público y la decisión final queda en manos de un órgano jurisdiccional competente.

<sup>60</sup> Margadant, Guillermo F., *Derecho romano*, 22ª ed., Editorial Esfinge, México, 1997, p.140.

acuerdo, para después solicitar la intervención de un árbitro. Estas prácticas se originaban en arreglos informales que emanaban del pacto *receptum arbitri*, “por el cual una persona aceptaba actuar como árbitro en una pleito”<sup>61</sup>.

La instauración del procedimiento *extra ordinem*, correspondiente a la tercera fase del sistema procesal romano, trajo como resultado el desplazamiento de la composición semiprivada y privada. Quedaron entonces los Magistrados como únicos responsables de investigar los hechos y dictar ellos mismos las sentencias, mientras que los jueces privados sólo eran utilizados en casos excepcionales. El maestro Margadant observa en este movimiento hacia el predominio de lo público, las primeras complicaciones para actuar con celeridad en los juicios y los primeros indicios de un distanciamiento de la autoridad respecto de la libertad de los particulares para resolver sus diferencias:

“Lo que caracterizaba este procedimiento extraordinario, en comparación con los sistemas anteriores, era un viraje de lo privado a lo público. Por la burocratización del procedimiento, en este período de la historia jurídica, la antigua costumbre de los juicios orales empezó a ser sustituida por el procedimiento escrito, más lento y más caro (...) El citado viraje hacia lo público se manifestó, sobre todo, en el abandono del principio dispositivo y del de congruencia. El proceso era dirigido por una autoridad que ya no tenía por qué apegarse a los deseos de los particulares”.<sup>62</sup>

### 2.1.3 Europa

El desarrollo del comercio, el advenimiento del cristianismo y el fortalecimiento de la iglesia latina, fueron factores que contribuyeron a la preservación de las fórmulas alternativas de solución de controversias, una vez que el Imperio Romano empezó a decaer.

La Edad Media resultó una época muy propicia para la actuación de árbitros y mediadores. Así lo vislumbra el profesor Margadant cuando relata que en los primeros años de la jurisdicción eclesiástica en la antigüedad, “los cristianos tenían la

---

<sup>61</sup> *Íbidem*, p.355

<sup>62</sup> *Íbidem*, p.175

costumbre de someter sus pleitos a los obispos, por vía de arbitraje...llegándose al extremo de que cualquier parte, sin el consentimiento del adversario, podía someter un pleito al tribunal episcopal, según la primera *constitutio Simordiana*...”<sup>63</sup>, tal vez inspirados en la herencia epistolar pauliana que recomendaba a la congregación de Corinto no resolver sus diferencias en los tribunales, sino nombrar a personas de la comunidad cristiana para juzgar los “pleitos entre hermanos” (1 Corintios 6, 3-4). Pero fueron los comerciantes quienes lograron un mayor avance en este terreno. Lograron proyectar el arbitraje como el instrumento ideal para dirimir con seguridad y rapidez las desavenencias con sus clientes y con otros comerciantes, ya que su calidad de integrantes de un gremio o de una corporación, los obligaba a someterse a sus reglas.<sup>64</sup>

#### 2.1.3.1 Inglaterra

La tradición jurídica inglesa está identificada con el empleo del sistema de *common law*, particularmente a partir del siglo XII cuando se centralizó el poder en manos del rey. A las Cortes se les atribuyó la facultad de integrar un cuerpo normativo de aplicación general, a partir de las sentencias que dictaban los jueces. Esta situación les daba un peso determinante en la solución de los conflictos en ese país. No era de extrañar entonces que los métodos alternativos fueran vistos con cierta reserva, en la medida en que no se sujetaban a lo dispuesto por los precedentes jurisprudenciales. El arbitraje se consideraba, en un principio, como un modo de usurpar el papel de las Cortes y de invadir su jurisdicción, de manera que cuando las partes solicitaban la intervención de los jueces para exigir el cumplimiento del laudo, éstos aprovechaban la oportunidad para revocar reglas sobre la validez de la resolución. No obstante, como afirma Gonzalo Uribarri, “en muchas ocasiones las cortes usaron las opiniones de los árbitros para suplir sus lagunas.”<sup>65</sup>

Tres tipos de arbitraje se utilizaban en esa época: uno abierto a la iniciativa por las partes; otro, por adhesión voluntaria a una comunidad que obligaba a sus miembros a

---

<sup>63</sup> *Ibidem*, p.141

<sup>64</sup> Barrera Graf, Jorge, *Instituciones de Derecho Mercantil*, Editorial Porrúa, México, 2000, p.12

<sup>65</sup> Uribarri Carpintero, Gonzalo, *El arbitraje en México*, Oxford University Press, México, 1999, p. 32

someter sus conflictos ante árbitros que ella designaba; y el tercero impuesto por orden de la Corte, ya fuera por decisión de ésta o por petición de alguna de las partes. No había entonces una definición clara respecto de la naturaleza privada o pública de la tarea arbitral.

Por su parte, los comerciantes de la Inglaterra medieval se mostraban proclives al empleo del arbitraje, prueba de ello es que se obligaba a los miembros de los gremios comerciales a resolver sus controversias ante los árbitros que ellos mismos nombraban. Esta designación les permitía intervenir en el sistema de impartición de justicia y les aseguraba el monopolio del comercio, situación que podía interpretarse como desfavorable a los intereses del rey.

A principios del siglo XVI, el gobierno impulsó un nuevo estatuto que permitía, a cualquier miembro de un gremio, promover una acción ante la Corte sin la autorización previa de su agrupación. No obstante, durante todo ese siglo, siguió prevaleciendo la exigencia de resolver las disputas al interior de los gremios, tal vez debido a que, como refiere Uribarri, “el arbitraje se veía como una forma de evadir los complicados tecnicismos del derecho inglés que la mayoría de los comerciantes no entendía y que además no contemplaban adecuadas a su forma de vida”,<sup>66</sup> y también porque la actividad comercial siempre ha pasado por constantes y rápidas transformaciones, mientras que el marco normativo suele modificarse con mayor lentitud, aún en el caso del sistema de *common law*.

Hacia finales del siglo XVII, se aprobó en Inglaterra la primera ley sobre arbitraje. Se consignó en ella la facultad de las Cortes para determinar, conforme a lo previsto por la ley, si una controversia podía sujetarse al método arbitral, para lo cual debía emitirse una declaración que obligaba a las partes a someterse y acatar la decisión del árbitro. Así que “si la hipótesis estaba tipificada en el estatuto, la Corte se encargaba de que se diera debido cumplimiento al laudo; en caso contrario, quedaba revocable”<sup>67</sup>

La intervención de los tribunales judiciales en la organización arbitral se amplió con la promulgación, en 1854, de la *Common Law Procedure Act*, la cual confirió facultades a los tribunales para sobreseer cualquier procedimiento que impidiera la ejecución del

---

<sup>66</sup> *Íbidem*, p. 35

<sup>67</sup> *Íbidem*, p. 37

laudo, así como, para designar árbitros cuando hubiese fallado el designado por los comprometidos.<sup>68</sup>

Unos años después, el Parlamento dio un paso importante en la promoción del contrato de arbitraje privado. Promulgó el Acta de Arbitraje de 1889 que convertía el laudo en irrevocable, aún sin consentimiento de la Corte. Esta determinación es vista por Gonzalo Uribarri como un signo positivo para el desarrollo del arbitraje rumbo al inminente siglo XX:

“La actitud al comenzar el nuevo siglo era favorable al arbitraje. La Casa de los Comunes respetaba y hacía cumplir todos los laudos arbitrales, conforme a la intocabilidad de los contratos.”<sup>69</sup>

### 2.1.3.2 España

La apertura de nuevas rutas comerciales, el resquebrajamiento del poder de los soberanos y la continua lucha entre los hombres del poder, fueron, en opinión de Jorge A. Silva, “los elementos que provocaron el desarrollo de la *lex mercatoria* y de un medio propio para solucionar las controversias entre mercaderes.”<sup>70</sup> Frente a la ausencia de un poder estatal fuerte y el consecuente abandono de la función jurisdiccional, aparecen ordenanzas propias de los gremios de comerciantes y mercaderes y se fundan consulados como los de Burgos, Bilbao, Sevilla y Cádiz.

Algunas normas legales hispanas incluían las figuras del conciliador y del árbitro. En el siglo XIII, el Fuero Juzgo ya hablaba de los “mandaderos de paz y avenidores”, pero estos funcionarios no podían considerarse como una institución permanente, sino que eran nombrados por el rey para algún caso particular. Su deber era avenir los

---

<sup>68</sup> Silva Silva, Jorge Alberto *Op.cit.* p.42

<sup>69</sup> Uribarri Carpintero, Gonzalo, *Op.cit.*, p. 38

<sup>70</sup> Silva Silva, Jorge Alberto, *Op.cit.*, p.57. El autor reproduce la definición de consulado que formuló Juan Hevia Bolaños como “el tribunal de prior y cónsules diputados para el conocimiento de las causas de mercaderes, tocantes a su mercancia”. Menciona como ejemplos destacados de estas ordenanzas el Consulado del Mar, los Roolos de Oleron, las Leyes de Wisby y las actas de la asamblea de la liga Hansiática; asimismo, refiere como los reyes católicos confirieron a la Universidad de Mercaderes de la ciudad de Burgos el privilegio de poder conocer las diferencias y debates que tuvieran entre mercaderes sobre el tratar de las mercaderías, y para que hicieran las ordenanzas “cumplideras al bien y conservación de la mercadería”, y como se otorgaron privilegios similares a la Villa de Bilbao y a la Casa de Contratación de Sevilla.

intereses de los súbditos en conflicto, cuando, por la importancia de la causa o de las personas involucradas, podía llegar a perturbarse la paz social. Esta forma de resolver las diferencias no se planteaba como una medida general, pues el propio Fuero Juzgo, en su Ley 5a, Título 2º, Libro II, la prohibía una vez comenzado el juicio, “bajo pena de pechar al rey, tanto como fuese lo que se reclamase en la demanda”.<sup>71</sup>

Por otra parte, el Título XVIII de la Tercera de las *Siete Partidas* -las cuales empezaron a regir a mediados del siglo XIV- reconoce el compromiso arbitral y la emisión del laudo; asimismo, el Título IV estipula el procedimiento arbitral, incluyendo el sometimiento de la controversia al avenidor, la competencia de éste, sus facultades e impedimentos, el carácter de su sentencia y la ejecución de la misma por el juez ordinario. Esta regulación constituye un avance significativo en la conformación del marco normativo del arbitraje, a pesar de que, como argumenta Briseño Sierra, “la estructura pretensional quedó reducida a las relaciones entre las partes.”<sup>72</sup> Así, pues, la Tercera Partida debe ser considerada como un antecedente importante de la evolución del método arbitral. Su influencia en la tradición legislativa de los países de herencia hispana, como el caso de México, es innegable; para Francisco Gorjón, “el antecedente principal del arbitraje en México se encuentra en las *Partidas*, es este ordenamiento el que influyó no sólo en materia arbitral sino también en todo el derecho mexicano y en todos los derechos iberoamericanos.”<sup>73</sup>

---

<sup>71</sup> Valdés Sánchez, Roberto *Op.cit.*, p. 27.

<sup>72</sup> Briseño Sierra, Humberto, *Sobre arbitraje. Estudios*, Cárdenas Editor y Distribuidor, México, D.F.,1995,p. 323. El autor precisa que la función del árbitro y del arbitrador o comunal amigo, era establecer que los involucrados prometieran cumplir u obedecer todo cuanto el árbitro hiciera, juzgara o mandara en relación con el pleito. A mayor abundamiento, Ignacio Medina Lima en su artículo “ El arbitraje privado en nuestro derecho”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Nums. 157-159, enero-junio,1988, UNAM, México, p.159, alude a las definiciones de árbitros y arbitradores que están contenidas en la Tercera Partida, y que se refieren a lo que más tarde se conocerá como arbitraje en estricto derecho y en amigable composición: ‘Árbitros, en latín, tanto quiere decir como jueces avenidores que son escogidos et puestos por las partes para librar la contienda que es entre ellos et estos son en dos maneras: la una es cuando los homee ponen sus pleitos et sus contiendas en manos de los que los oyan et los libren segunt derecho... La otra manera de jueces de avenencia es a la que llaman en latín arbitradores que quiere tanto decir como alvedriadores et comunes amigos, que son escogidos de amas las partes para avenir et librar las contiendas que hobieren entre sí en qualquier manera que ellos tovieran a bien...’.

<sup>73</sup> Gorjón Gómez, Francisco, *Arbitraje comercial y ejecución de laudos*, Editorial McGraw Hill, México, D.F, 2000, p. 2. El autor se adentra en las disposiciones relativas al procedimiento de ejecución de la Tercera Partida, y hace notar que, si bien ponía en un plano de igualdad al árbitro y al juez ordinario en cuanto a la fuerza de ejecución y de cosa juzgada del laudo, no admitía la coercibilidad de los jueces avenidores, situación que subsiste hasta la época presente.

España abrió también un espacio legal para la mediación. A título de ejemplo, se ha mencionado como un antecedente de este método al Tribunal de Aguas de Valencia, un peculiar organismo integrado con jueces electos por los comuneros (podían ser o no juristas). Su función era mediar entre los campesinos, para resolver conflictos sobre el uso del agua. Su procedimiento habitual se asemeja más al de un proceso oral, cuyo resultado final era una sentencia ejecutable por el propio Tribunal, lo cual lleva a Osvaldo Gozaíni a asegurar que:

“...no es efectivamente actuación en mediación la que elabora el Tribunal mencionado, pero obra en la dimensión de la confianza pública y por la autoridad moral que le pertenece intrínsecamente. Esa confianza depositada por el fervor popular, y en definitiva por los interesados en resolver la disputa de intereses, resulta la base para tomarla como un antecedente lejano de la mediación.”<sup>74</sup>

En cuanto a la conciliación, Highton y Álvarez destacan el carácter voluntario y preventivo que se consagra en las Ordenanzas de Burgos y Sevilla (siglo XVI), el cual se modifica para hacerla obligatoria, dentro de las versiones actualizadas (siglo XVIII) de las Ordenanzas de Bilbao y Burgos.<sup>75</sup>

A mediados del siglo XVI entran en vigor las *Ordenanzas* de Bilbao, un documento normativo de la actividad mercantil que reconocía las costumbres comerciales no escritas y la legislación extranjera. De acuerdo con ellas, el arbitraje debía ser forzoso, y quienes formaban una “compañía” debían incluir una cláusula en “la escritura que de ella otorgaren”, por la cual se sometían al juicio de “dos o más personas prácticas que ellos o los jueces de oficio nombren”. Establecieron un procedimiento sumario y reconocían la fuerza ejecutiva de la sentencia, sin recurso alguno. Una de sus

---

<sup>74</sup> Gozaíni, Osvaldo A., *Op.cit.* p.74-75. Las autoras argentinas Elena Highton y Gladys Álvarez *Op.cit.*, p. 145, también consideran la intervención del Tribunal como una forma de mediación.

<sup>75</sup>Highton, Elena y Álvarez, Gladys, *Op.cit.*, p.162. Es relevante también la transcripción que hacen las autoras del texto de la Novísima Recopilación (1805), basado en la fórmula obligatoria de las Ordenanzas de Bilbao y de Burgos: ‘Cuando cualquiera persona compareciere en este tribunal a intentar alguna acción, mando que no se le admita ni pueda admitir demandas ni peticiones algunas por escrito, sin que primero el Prior y Cónsules hagan comparecer ante sí a las partes y oyéndolas verbalmente sus excepciones y defensas, procuren ajustar el pleito y diferencia que hubiere con la mayor brevedad; y no pudiéndolo conseguir, les admitirán sus peticiones por escrito’.

características fundamentales estriba en la fuerza coactiva que otorgaban al Consulado.<sup>76</sup>

La *Constitución de Cádiz* de 1812 consagró al arbitraje como un derecho fundamental de los españoles.<sup>77</sup> Estableció el “juicio de conciliación”, como requisito previo para iniciar un pleito por causa de injurias o en los negocios civiles.<sup>78</sup> Años más tarde, en 1829, se promulgó el primer código de comercio español, inspirado en las disposiciones de las viejas Ordenanzas. Un año más tarde, se emitió la Ley sobre Enjuiciamiento de Negocios y Causas de Comercio que incluía diversos apartados sobre la regulación arbitral, marco regulatorio que sería modificado en 1855 con la promulgación de la Ley de Enjuiciamiento Civil, para abrir paso a un “nuevo sistema de arbitraje” con la desaparición de la dualidad institucional entre lo mercantil y lo civil.<sup>79</sup> Este cuerpo normativo imponía la conciliación como un trámite obligatorio para las partes.<sup>80</sup>

En el año de 1953 se promulgó la Ley de Arbitraje Privado, misma que fue sustituida en 1988 por una nueva Ley de Arbitraje, cuya exposición de motivos hace referencia a

---

<sup>76</sup> Gorjón Gómez, Francisco, *Op.cit.*, p.6. Esta capacidad coercitiva se infiere de la cita que reproduce el autor sobre Capítulo I de las Ordenanzas: “ De la jurisdicción del consulado, la capacidad de los prior y los cónsules de los mercaderes, para mandar ejecutar y se cumplieran todos los mandamientos de dichas sentencias que fueran otorgadas por éstos, a través del merino de la ciudad o de sus lugartenientes”

<sup>77</sup> *Íbidem*, p.7. El autor transcribe el artículo 280 que establece: “No se podrá privar a ningún español del derecho de terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros, elegidos por ambas partes”. Otros artículos pertinentes son: Art. 282. “El alcalde de cada pueblo ejercerá en él el oficio de conciliador; y el que tenga que demandar por negocios civiles o por injurias (al parecer la conciliación era permitida también en asuntos penales) deberá presentarse a él con este objeto.” Art. 283. “El alcalde, con dos hombres buenos, nombrados uno por cada parte, oirá al demandante y al demandado, se enterará de las razones en que respectivamente apoyen su intención, y tomará, oído el dictamen de los dos asociados, la providencia que le parezca propia para el fin de terminar el litigio sin más progreso, como se terminará, en efecto, si las partes se aquietan con esta decisión extrajudicial.” Art. 284. “Sin hacer constar que se ha intentado el medio de la conciliación no se entablará pleito ninguno” .

<sup>78</sup> Romero Pradas, Ma. Isabel, *La conciliación en el proceso laboral*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2000, p. 19

<sup>79</sup> Gorjón Gómez, Francisco, *Op.cit.*, p. 7

<sup>80</sup> Junco Vargas, José Roberto, *La conciliación. Aspectos sustanciales y procesales*, 4ª.ed., Editorial Themis, Bogotá, Colombia, 2002, p.6. El autor transcribe algunos fragmentos de una sentencia de 1948 del Tribunal Supremo del Trabajo de Colombia, en donde se relacionan las bases históricas y doctrinarias de la conciliación; en el caso de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 se prescribía que “antes del comienzo de un pleito, y el juez municipal y los hombres buenos que puedan intervenir en la conciliación, tienen como deber aproximar a la partes contendientes”. Por su parte, Osvaldo Gonzalini, *Op.cit.* p.41, al hacer referencia a dicha Ley, afirma que “estableció la justicia conciliatoria intraprocesal en una audiencia anterior a promover la demanda introductoria.”

la Ley de 1953, como una norma concebida para la solución arbitral de conflictos de derecho civil, que resultó impráctica para resolver las controversias de tipo mercantil o de índole internacional. Por ello, se realizó una reforma profunda a la regulación del arbitraje que el legislador español justificó de la siguiente forma:

“(…) para que esta institución resulte apta no sólo para resolver los litigios que se planteen en el marco de complejas relaciones mercantiles o de aisladas relaciones jurídico-civiles, sino también para eliminar conflictos como los que se producen en el tráfico jurídico en masa, mediante la autonomía de la voluntad de las partes (...) (la nueva Ley) facilitará un cauce sencillo y económico para la eliminación de conflictos y permitirá remover los obstáculos que dificulten o impidan la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra.”<sup>81</sup>

### 2.1.3.3 Francia

Al parecer los escritos de los revolucionarios franceses tuvieron un impacto determinante en la adopción de las formas alternativas para solucionar las disputas entre los ciudadanos franceses. A título de ejemplo, Junco Vargas refiere una carta escrita por Voltaire en 1745, en donde sostenía que la mejor ley, la más útil que él había visto jamás, estaba en Holanda, en donde dos hombres en pleito eran obligados a ir ante el tribunal de los jueces conciliadores, llamados “hacedores de paz”, y si las partes llegaban con un abogado y un procurador, “se hace de pronto retirar a estos últimos, como se aparta la leña de un fuego que se quiere extinguir.”<sup>82</sup> Una disposición de ánimo similar se reflejó en la Ley de 24 de agosto de 1790, la cual impedía la admisión de las demandas civiles si no se había intentado la conciliación, a la que no podían concurrir “curiales o apoderados. Calificaba al arbitraje como “el modo más razonable de concluir las cuestiones entre los ciudadanos”, por lo que se incitaba a los legisladores a no emitir disposición alguna “tendiente a disminuir el valor o la eficacia de los compromisos” y se prohibían las apelaciones a las sentencias

---

<sup>81</sup> Ley 36/1988, de cinco de diciembre, de Arbitraje, Palacio de la Zarzuela, Madrid, España.

<sup>82</sup> Junco Vargas, José Roberto, *Op.cit.*, p 8.

arbitrales.”<sup>83</sup> El arbitraje se concebía, entonces, como una figura distante de los enredos habituales característicos de los procedimientos e instancias judiciales; se consideraba una forma directa, simple y clara de resolver los conflictos, en un entorno revolucionario y complejo, una “justicia pacífica”, como la denominan Feldstein y Leonardi.<sup>84</sup>

En plena dominación napoleónica, y a pesar de que la mayor parte de las Audiencias, el Tribunado y el Consejo de Estado aconsejaron que fuese suprimida del Código de Procedimiento Civil de 1806, se mantuvo la obligatoriedad de la conciliación. En cuanto al arbitraje, se dispuso que el convenio arbitral precisara tanto el objeto litigioso como los nombres de los árbitros, limitando con ello la validez del convenio a litigios presentes.

En época reciente, ya bajo el influjo del espíritu comunitario, se emiten los decretos de 1980 y 1981 para regular el arbitraje interno y el internacional, respectivamente, en ellos se confirma el principio de autonomía de la voluntad, se articula la asistencia entre la jurisdicción estatal y la arbitral y se limita el recurso de nulidad contra los laudos.<sup>85</sup> En el año de 1995 aparece la Ley de Mediación Procesal que introduce la mediación como requisito de procedibilidad e instaura la figura del mediador quien debe hacer recomendaciones sobre la forma de resolver las disputas, aunque sin la facultad de hacerlas obligatorias.

La mediación tuvo un fuerte impulso desde el año de 1973, cuando se promulgó una ley que creó el Mediador de la República, figura similar al ombudsman, pero dentro del ámbito administrativo. En la actualidad la mediación se emplea dentro del procedimiento civil, al prescribir que el juez debe buscar la conciliación cuando sea posible.

El conciliador vecinal es una figura que aparece en el año de 1977, actúa en forma unipersonal, en calidad de simple vecino aunque es designado por el Tribunal Regional de Apelaciones.<sup>86</sup>

---

<sup>83</sup> *Íbidem*

<sup>84</sup> Feldstein de Cárdenas, Sara L. y Leonardi de Herbón, Hebe N., *Op.cit.* p.41-42.

<sup>85</sup> *Íbidem*, p.44.

<sup>86</sup> Highton, Elena y Álvarez, Gladys, *Op.cit.* p.159

En resumen, los antecedentes de los MASC en Inglaterra, España, Francia y otros países europeos, dan cuenta de un interés recurrente hacia estas modalidades alternativas, aunque con trayectorias distintas de acuerdo con las circunstancias históricas de cada país. En la actualidad, los países que conforman la Unión Europea buscan aprovechar lo mejor de esa tradición ancestral, para arreglar los conflictos por vías pacíficas. Una prueba de ello es la publicación del llamado *Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil*, un instrumento de recapitulación y consulta, cuyo objetivo es recoger los puntos de vista y las reacciones de todos los involucrados en el desarrollo de las *ADR–Alternative Dispute Resolution* -, para después plasmarlos en iniciativas de ley y acciones operativas que tienen aplicación general en los Estados que integran la Unión.<sup>87</sup>

#### 2.1.4 Estados Unidos

Cuando se habla de novedad en la aplicación de métodos alternativos, es inevitable referirse a la experiencia de Estados Unidos. El modelo estadounidense ha sido considerado, con frecuencia, como el ejemplo a seguir en la adopción de tales métodos.

La amplia disposición negociadora de los norteamericanos ha quedado demostrada a lo largo de su historia. Así lo ha sostenido la llamada corriente de la Escuela de Harvard:

*“Negotiation has long been the most popular method for resolving differences – even after the filing of litigation. In fact, only about a tenth of the civilian cases filed in U.S. courts are disposed by trial and another fifth by some sort of pretrial adjudication. Arbitration has been used throughout the world for centuries, and its use has been favoured by law in most American jurisdictions for more than 60 years. Mediation by respected community members was commonplace in this*

---

<sup>87</sup> Comisión de Comunidades Europeas, “Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil”, Bruselas, 2002

*country within cohesive immigrants or religious groups as early as colonial New England.”<sup>88</sup>*

Los primeros inmigrantes eran considerados como grupos religiosos muy unidos, con fuertes lazos étnicos. Los puritanos, los cuáqueros o los colonizadores holandeses se aferraban al predominio de sus costumbres para asegurar el cumplimiento de sus principios morales y sus tradiciones de grupo, de manera que el sistema legal quedaba siempre como último recurso. Se apoyaban en la mediación y en el arbitraje para dar una salida poco violenta a sus disputas. Los puritanos de Dedham, una comunidad local del sudeste de Boston, empleaban un sistema informal de mediación; por su parte, los colonizadores holandeses establecieron una Junta de Nueve Hombres, para servir como mediadores amistosos y árbitros; mientras que, los mormones, los inmigrantes chinos de la costa oeste, los escandinavos de Minnesota y los judíos del lado este de Manhattan, acudieron al prestigio de ancianos o de ministros religiosos para resolver sus conflictos, como una reacción natural frente a la actitud hostil que percibían en los grupos sociales ya establecidos.

Como en otros países, el movimiento favorable a los métodos alternativos también se inspiró en su propia historia comercial. En 1768, por ejemplo, la Cámara de Comercio de Nueva York creó una vía de resolución arbitral de acuerdo con sus prácticas mercantiles, pero fue hasta 1926 cuando entró en vigor la primera legislación federal, la *United States Arbitration Act*, también llamada *Federal Arbitration Act*.<sup>89</sup> Su reforma más reciente data de 1970, cuando los norteamericanos decidieron incorporar las disposiciones de la Convención de Nueva York a su legislación. De manera coincidente, en ese mismo año hizo su aparición la American Arbitration Association, organización que es considerada como la institución de arbitraje más importante de

---

<sup>88</sup> Goldberg Stephen B. *et al*, *Op. cit.*, p. 6-7. *La negociación ha sido, desde hace mucho tiempo, el método más popular para resolver las diferencias- incluso después promovido el litigio. De hecho, sólo una décima parte de los casos civiles registrados en los juzgados de los Estados Unidos son resueltos mediante juicio y otra quinta parte lo son por alguna forma de arreglo prejudicial. El arbitraje ha sido empleado durante siglos, y ha sido favorecido legalmente por la mayoría de las jurisdicciones norteamericanas por más de 60 años. La mediación a cargo de miembros respetables de una comunidad ha sido lugar común para la cohesión de los inmigrantes y grupos religiosos desde la colonial Nueva Inglaterra.* (Trad.propia)

<sup>89</sup> Singer, Linda R., *Resolución de conflictos. Técnicas de actuación en los ámbitos empresarial, familiar y legal*, Paidós, España, 1996, p.17.

ese país, con una nómina de casi treinta y siete mil árbitros.<sup>90</sup> Cabe señalar que, como corresponde a un país con fuerte tradición federalista, la mayoría de los estados cuenta con leyes de arbitraje propias. Algunas se han inspirado en la Ley Modelo de la UNCITRAL, y, para convalidar los acuerdos arbitrales, han tomado como referencia la *Federal Arbitration Act*.

Al finalizar la Segunda Guerra Mundial, la sociedad norteamericana volvió los ojos hacia la búsqueda de nuevos caminos para la solución de sus conflictos internos y externos. Fue así como el Congreso aprobó la Ley de Relaciones Laborales y Administrativas, y con ella se creó el Servicio Federal de Mediación y Conciliación – SMFC-, una oficina pública independiente cuyo objetivo ha sido prevenir las disputas laborales y administrativas que puedan afectar el comercio interestatal. Su labor ha sido por demás eficaz en la prevención y en la resolución de miles de conflictos, a través de la mediación y otros métodos alternativos, incluso el arbitraje voluntario.<sup>91</sup>

Al final de la década del 60, comenzaron a aparecer los llamados centros comunitarios de mediación en todos los Estados Unidos de América. En los años setenta del siglo XX, el énfasis se puso en la discusión sobre los métodos extrajudiciales de resolución de disputas para aliviar la falta de acceso a los remedios propios de la sentencia, lo que culminó en la convocatoria a la Conferencia Pound.<sup>92</sup> Este llamado atrajo la atención de quienes habían luchado por implantar nuevas vías de resolución de conflictos, pero también la de algunos miembros del poder judicial, quienes habían manifestado su preocupación por el gran volumen de litigios y la aparición de nuevos casos sobre cuestiones ambientales.<sup>93</sup> Un propósito en común unía a grupos tradicionalmente distanciados: la búsqueda de mejores soluciones para aquellos problemas sociales y científicos que se habían vuelto cada vez más complejos. Linda R. Singer, una de las pioneras del movimiento en favor de los MASC, recuerda que esta reunión “sirvió para avivar el interés de la instituciones legales por las vías

---

<sup>90</sup> Bravo Peralta, Martín Virgilio, *El arbitraje económico en México*, UNAM-Facultad de Derecho, Editorial Porrúa, México, 2002, p. 144

<sup>91</sup> Wright A., Walter, “Métodos alternativos de resolución de conflictos en los Estados Unidos: experiencias recientes a nivel federal”, en Aiello de Almeida, Maria Alba (comp.), *Op.cit.*, pags.81 a 82

<sup>92</sup> En 1906, Roscoe E. Pound, legislador por Minnesota, externó su preocupación por la inoperancia del sistema judicial norteamericano, lo que justificó la inclusión de su nombre en la denominación de esta trascendental reunión.

<sup>93</sup> Singer, Linda R., *Op.cit.*, p.19

alternativas de solución de conflictos y para que proliferaran las técnicas conciliatorias y aparecieran nuevos profesionales dispuestos a usarlas.”<sup>94</sup>

Años más tarde, en 1980, se aprobó La Ley Federal de Resolución de Disputas con objeto de brindar medios poco onerosos para solucionar conflictos menores, y dispuso la elaboración de un programa de resolución de disputas dentro del Departamento de Justicia, el cual, a su vez, crearía un Centro de Formación para la Resolución de Disputas y un Comité Asesor, con la provisión de ayuda financiera necesaria.<sup>95</sup> Una década después, el Congreso emitió la Ley de Resolución de Conflictos Administrativos que obligó a los organismos federales a que se adhirieran a los programas de solución alternativa para las controversias que surgieran frente a los contribuyentes, los consumidores, las empresas o los contratistas.<sup>96</sup>

#### 2.1.5 América Latina

El proceso de conquista de América, afirma Oscar Cruz Barney, no procuró la aceptación del derecho castellano, “simplemente se implantó un nuevo sistema que respetó en lo posible las antiguas costumbres.”<sup>97</sup> Las Leyes de Indias y la legislación hispana metropolitana integraban el derecho positivo, civil y mercantil, para las colonias españolas en América. Eran aplicables el derecho indiano, con sus reales cédulas, provisiones, ordenanzas, instrucciones y, a partir del siglo XVIII, sus reales decretos y órdenes, lo mismo que las costumbres criollas e indígenas y el derecho castellano. Este último se conformó a partir de las *Siete Partidas* (1290), los Fueros municipales, el *Ordenamiento de Alcalá* (1348), las *Leyes de Toro* (1505), la *Nueva Recopilación* (1569) y la *Novísima Recopilación* (1805), así como otros cuerpos

---

<sup>94</sup> *Íbidem*, pags.19 a 20. Los centros vecinales de justicia, institutos de mediación o juntas comunales han surgido en lugares tan dispares como tiendas, escuelas públicas o juzgados, y se valen de voluntarios de la comunidad que actúan como conciliadores. “Sólo en Nueva York -señala la autora- se solucionan más de 14000 conflictos cada año a través de la mediación”, este fenómeno de expansión social se ha visto acompañado por el interés académico, ya que el 95% de las Facultades de Derecho incluyen cursos de resolución alternativa de conflictos en sus programas de estudio.

<sup>95</sup> Highton, Elena y Álvarez, Gladys, *Op.cit.*, p.149

<sup>96</sup> Singer, Linda R., *Op.cit.*, p.23

<sup>97</sup> Cruz, Barney Oscar, *Historia del derecho mexicano*, 2ª ed., Oxford University Press, México, D.F., 2004, p.35

jurídicos de relevancia particular, por ejemplo, las *Ordenanzas de Bilbao* para los negocios mercantiles. Como reflejo de lo que ocurría en España, sus colonias en América también participaron del sistema de consulados: México y Lima en 1592; Caracas y Guatemala en 1793; Buenos Aires y La Habana, al año siguiente; Chile, Guadalajara y Veracruz, un año después. Puede afirmarse que el desenvolvimiento del movimiento alternativo en América Latina casi siempre corrió en paralelo a la suerte que siguió en tierras españolas.

Ahora bien, algunos países latinoamericanos se han destacado, en épocas recientes, por su mayor interés en la conformación de una amplia estructura jurídica, que permita regular los esquemas alternativos; entre ellos merecen mencionarse los casos de Colombia y Argentina.

#### 2.1.5.1 Colombia

El primer antecedente formal del método conciliatorio dentro de la rama civil en Colombia, puede encontrarse en un decreto de 1970, en donde la conciliación aparece como una etapa dentro de la audiencia propia del proceso verbal en materia civil.

Al igual que en otros países latinoamericanos, la reforma de 1989 del Código de Procedimiento Civil colombiano implantó la conciliación como un paso obligado en la audiencia, pero sólo dentro de los procesos ordinarios y en aquellos casos en que no hubiera impedimento legal. Más adelante, el Congreso Nacional de Colombia emitió la Ley de Descongestión de Tribunales de 1991, con el fin de reglamentar los mecanismos alternativos a la justicia ordinaria, aligerar, así, la carga judicial, particularmente en los asuntos susceptibles de transacción, desistimiento o conciliación. Se facultó al Ministerio de Justicia para autorizar y, en su caso, suspender la operación de Centros de Conciliación en asociaciones gremiales, dependencias de barrio o cámaras de comercio; asimismo, se obligó a los consultorios jurídicos de las Facultades de Derecho a organizar su propio Centro de Conciliación, donde el servicio prestado debía ser gratuito. Se creó, además, un organismo supervisor encargado de verificar el cumplimiento de las normas de operación de los

centros y vigilar que los conciliadores reunieran los requisitos mínimos que fijaba la propia Ley, incluyendo a los llamados conciliadores en equidad.

Y para impulsar aún más la acción conciliatoria en ese país, en el mismo año de 1991, se emitió el Decreto Transitorio 2651 que generalizaba la conciliación en todo tipo de procesos, incluso los del juicio arbitral. Este instrumento normativo adoptó el carácter de permanente, al incorporarse a la Ley 446 de 1998.

Dentro del ámbito comercial, la Ley 550 de 1999 formalizó la celebración de acuerdos de reestructuración entre un promotor empresarial, en funciones de conciliador, con el empresario y sus acreedores, con objeto de darle viabilidad a la empresa y lograr su reactivación.<sup>98</sup>

En el año de 2001, se expidió la Ley 640 que consagra la conciliación como requisito de procedibilidad, cuya importancia hace explícita el autor colombiano Roberto Junco Vargas, en la siguiente cita:

“El legislador escuchó el clamor de amplios sectores de la academia, que insistían en la necesidad de implementar una verdadera política de descongestionamiento judicial y desjudialización de los conflictos para lo cual era necesario que la conciliación fuera requisito de procedibilidad.”<sup>99</sup>

Esta política colombiana de transformación de los mecanismos para solucionar los conflictos, también abarca disposiciones en materia de conciliación, tanto en ámbitos tradicionales como el laboral o el familiar, como en otros más innovadores, como el contencioso administrativo o el agrario. Con ello, se ha seguido la razón de la Corte Constitucional de ese país que ha catalogado a la conciliación como la expresión pacifista por excelencia de solución de conflictos.<sup>100</sup>

#### 2.1.5.2 Argentina

La Constitución Nacional argentina de 1853 no hizo referencia al arbitraje, sin embargo, su estructura de corte liberal propició la conformación de alguna legislación adjetiva favorable a la institución arbitral. Se incorporó al Código Procesal Civil y de la

---

<sup>98</sup> Junco Vargas, José Roberto, *Op.cit.*, p.11-12

<sup>99</sup> *Ibidem*, p.12

<sup>100</sup> *Ibidem*, p. 21

Nación, un capitulado específico para regular el arbitraje. Entre otras disposiciones, prescribe que pueden someterse a arbitraje todas las cuestiones que pueden ser objeto de transacción, precisándose los requisitos que debe reunir el compromiso arbitral, así como los mecanismos de designación de árbitros.

En la actualidad se debate la propuesta de formular una Ley Nacional de Arbitraje, debido a que cada provincia tiene sus propios códigos de procedimiento, lo que ha ocasionado una amplia variedad de fórmulas arbitrales sujetas a regulación, aunque suelen estar apegadas a los lineamientos del ámbito nacional.

Feldstein y Leonardi sostienen que la discusión sobre la Ley Nacional gira en torno al peso de la facultad constitucional de las legislaturas locales para legislar en la materia, y se alega que éstas no la han delegado en favor del Estado Federal. Por otro lado, se argumenta que si bien este derecho constitucional confiere a las Provincias una facultad exclusiva en la materia, es posible revisar la cuestión bajo la forma de una reforma constitucional, sobre todo a la luz del papel que debe jugar el arbitraje en la solución de conflictos en el orden internacional y en los asuntos de competencia federal dentro del ámbito nacional.<sup>101</sup> Ejemplo de este último punto es la existencia del Sistema Nacional de Arbitraje de Consumo que se instituyó en 1998, por el Decreto 276/98, para integrar y disponer el funcionamiento de los Tribunales Arbitrales de Consumo, para administrar un Registro de Oferta Pública de Adhesión a ese Sistema Nacional y para otorgar reconocimiento a las personas físicas y jurídicas inscritas en el mismo.

En cuanto a la práctica de la mediación, ésta es común en casi todos los tribunales de Argentina. Sus raíces llegan a los inicios siglo XIX, cuando se instituyó, en 1813, el Tribunal de la Concordia, como un modo de justicia depuradora y conciliadora, cuyo fin era determinar si había motivo para la intervención jurisdiccional, y si lo había, convocar a una audiencia de avenimiento para evitar el proceso litigioso. Esta modalidad desapareció con la promulgación del Estatuto Provisional en 1815, aunque las normas adjetivas han mantenido esta misma vía hacia la amigable composición,

---

<sup>101</sup> Feldstein de Cárdenas, Sara L. y Leonardi de Herbón, Hebe N., *Op.cit.*, p.50-51.

con la posibilidad de conciliar, en cualquier estado del proceso, mediante la comparecencia personal de las partes.<sup>102</sup>

En época más reciente se emitió el decreto 1480/92, el cual declaró de interés nacional la institucionalización y el desarrollo de la mediación como método no adversarial de solución de conflictos y creó un Cuerpo de Mediadores dentro del Ministerio de Justicia. Tres años después, en 1996, entró en vigor la Ley 24.573 llamada de "Mediación y Conciliación", norma que incorporó la mediación prejudicial obligatoria, por un plazo de cinco años, para una amplia diversidad de conflictos jurídicos correspondientes al orden federal, en las materias civil y comercial. Además, se creó la Comisión de Selección y Contralor -en donde participan los tres Poderes- como responsable de cuidar el correcto funcionamiento de todo el sistema y la organización del Registro de Mediadores, bajo la responsabilidad del Ministerio de Justicia. Se contempló, asimismo, la asignación de mediadores por sorteo y la imposición del requisito de ser abogado, además de haber sido capacitado para actuar como tal, con la obligación de mantener la confidencialidad en las actuaciones.<sup>103</sup>

Algunas de estas innovadoras medidas provocaron, sin embargo, reacciones contrarias que mueven a la reflexión. En ese sentido, el análisis del autor argentino Enrique M. Falcón, hace referencia al procedimiento de mediación que regula esta Ley, y lo califica de inconstitucional y autoritario: lo primero, porque se interrumpe el acceso a la jurisdicción, pues se desplaza al Poder Judicial mediante la interposición de un trámite previo de carácter administrativo que menoscaba el derecho de defensa; lo segundo, porque se contrapone a las reglas de voluntariedad y de elección del mediador.<sup>104</sup> Falta, al parecer, mucho camino jurídico por recorrer, aunque es significativo el interés del legislador argentino por encontrar fórmulas modernas para resolver las controversias.

Por último, es preciso mencionar la labor del Banco Interamericano de Desarrollo para promover, dentro de la región latinoamericana, una visión alternativa para la solución de controversias comerciales. Como resultado han surgido innumerables centros

---

<sup>102</sup> Gozáini, Osvaldo A., *Formas alternativas...*, *Op.cit.*, p.42

<sup>103</sup> Stella Alvarez, Gladis, "Los métodos alternativos de solución de conflictos en los procesos judiciales: experiencias argentinas", Departamento de Asuntos Jurídicos, OEA, Washington, D.C..

<sup>104</sup> Falcón, Enrique M., *Mediación obligatoria en la Ley 24.753*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, p. 8

dedicados a la mediación, la conciliación y el arbitraje, a lo largo de toda la región. Desde 1994, el programa de apoyo al uso de MASC del organismo bancario regional, se ha sustentado, como lo ha afirmado su Presidente, Enrique Iglesias, “en la convicción plena de que ellos juegan un papel muy importante en el fortalecimiento del estado de derecho y de que pueden contribuir a construir un sistema de justicia más eficiente y más accesible a los ciudadanos.”<sup>105</sup> El programa exige una activa participación del sector gubernamental para ser asimilado dentro de las políticas públicas de cada país. Busca la profesionalización y modernización de los servicios para lograr el autosostenimiento de los Centros y pretende la adecuación de los instrumentos jurídicos que soportan la funciones del arbitraje y la conciliación, además de procurar la capacitación activa de los operadores para atender las necesidades de justicia eficiente dentro del ámbito empresarial y productivo de los países.<sup>106</sup>

## 2.2 Panorama histórico en México

La administración de la justicia en la Nueva España asimiló también, al igual que las otras colonias españolas en América, los principios jurídicos del ordenamiento legal español. Se integraron como una parte fundamental del régimen legal propio de las colonias. Por su importancia regional, la Nueva España ocupó siempre un lugar primordial en la definición, adecuación e implantación del nuevo ordenamiento jurídico para las Indias. Así, en junio de 1592, se emitió la Corte Constitutiva del primer gremio mercantil hispanoamericano, lo que dio lugar a la conformación del Consulado de la Nueva España. Durante los primeros años, su operación se rigió por las Ordenanzas de los Consulados de Burgos y Sevilla, pero en el año de 1604, fueron aprobadas las Ordenanzas propias para el nuevo Consulado; las anteriores quedaron como de aplicación supletoria, como ocurrió, años después, con las Ordenanzas de Bilbao.

---

<sup>105</sup> Iglesias, Enrique, “Discurso inaugural”, en *Memoria de la Conferencia sobre métodos alternos de solución de controversias comerciales en el siglo XXI: el camino a recorrer para América Latina y el Caribe*, Washington, D.C., octubre 2000.

<sup>106</sup> Polaina, Adriana, “Mecanismos de controversias en la región”, Banco Interamericano de Desarrollo, p.5-6

Al igual que en otros Consulados, el prior y los cónsules “podían resolver los litigios y diferencias en materia de compras, ventas, cambios, trueques, quiebras, seguros, cuentas, (...) debían escuchar la demanda hecha por el actor y la defensa por el demandado (...) después se debía buscar un arreglo o conciliación y si no se lograba, se procedía a escuchar a aquéllas, ya sea en forma oral o por escrito, *sin la participación de abogados* (...) debían resolver los pleitos ‘a verdad sabida y buena fe guardada’, con la mayor celeridad posible.”<sup>107</sup>

En los albores del México independiente se mantuvo vigente el derecho indiano-castellano. Los juristas de esa época habían sido formados en esa doctrina, pero sus ideas ya no correspondían a la nueva realidad social. Un país naciente tenía que transitar hacia un nuevo orden jurídico, con normas propias y un renovado sistema de impartición de justicia. Producto de esta transición fue la supresión de los Consulados en el año de 1824, debido a que se les consideraba como tribunales especiales. No obstante, se conservaron las Ordenanzas de Bilbao como el cuerpo de leyes que regía el comercio.<sup>108</sup>

El arbitraje comercial entró en un período de inactividad con la desaparición de los Consulados, el cual concluyó con la publicación, en 1854, del primer código mercantil mexicano: el Código Lares. Este cuerpo normativo establecía en su Título V, que toda contienda sobre negocios mercantiles podía ser comprometida en juicio de árbitros, en cualquier momento procesal anterior a la conclusión del litigio. Por su parte, el Tribunal de Comercio, regulado por el propio Código, tenía la facultad de ejecutar los laudos que se dictaran en materia comercial, además, de conocer del recurso de apelación y del de “albedrío de buen varón”.

---

<sup>107</sup> Cruz, Barney Oscar, *Op.cit.*, p.382-383. La mayor parte de este apartado histórico fue desarrollado a partir de la extensa investigación de este acucioso autor, por lo que sólo consigno algunas citas que en mi opinión deben ser destacadas o bien contrastadas con las aportaciones de otros autores.

<sup>108</sup> En la investigación de Oscar Cruz Barney, *Op.cit.*, p.738, se hace referencia al caso del estado de Oaxaca en donde, por decreto de 1825, se dispuso que ‘no debiendo subsistir los tribunales de consulado y minería (...) las demandas de mercaderes en materia mercantil, se substanciarán y determinarán al estilo consular, proponiendo las partes dos colegas, de los cuales nombrará uno el actor de los que proponga el reo y otro el reo de los que proponga el actor’. En cuanto al procedimiento debía determinarse conforme a lo dispuesto por las Ordenanzas de Bilbao.

Cuando llega a su fin el Segundo Imperio Mexicano, vuelven a aplicarse las Siete Partidas y las Ordenanzas de Bilbao, vigentes hasta 1872 y 1884, respectivamente, cuando entran en vigor los Códigos de Procedimientos Civiles y de Comercio.

Cabe apuntar que la dualidad legislativa característica de la normatividad arbitral española, en donde se distinguía la materia civil y la mercantil, fue adoptada por el ordenamiento mexicano.<sup>109</sup> La codificación en materia civil regulaba la actividad arbitral dentro de las normas adjetivas de 1872, 1880 y 1884. Siempre estuvo presente la influencia española proveniente de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, la que a su vez se encontraba impregnada por el influjo arbitral de la Tercera Partida. Entre algunos ejemplos de esta influencia pueden mencionarse: a) la capacidad de ejercicio de una persona era considerada como requisito para comprometer en árbitros; b) la distinción entre árbitros y arbitradores o amigables componedores; c) la limitación de ciertos negocios civiles que no podían transigirse, ni comprometerse, por ejemplo, el derecho a recibir alimentos o los asuntos concernientes al estado civil de las personas; d) los arbitradores no tenían que sujetarse a todos los preceptos legales para resolver una controversia y estaban facultados para fallar conforme al principio de equidad.

Un cambio importante en el proceso de transición jurídica, fue la reforma constitucional de 1883, que permitió reservar para la Federación la facultad de legislar en materia de comercio, lo que trajo como consecuencia la promulgación, en 1884, del Código de Comercio de los Estados Unidos Mexicanos, mismo que fue abrogado por la entrada en vigor, en 1890, del Código de Comercio vigente hasta la fecha.

El Código de Comercio de 1884 no incluyó la figura arbitraje, pero sí contemplaba un procedimiento convencional. Se redujo la intervención de los particulares a la celebración del convenio de compromiso, bajo los requisitos legales que fijaba el propio Código, y se ampliaron las facultades de la autoridad jurisdiccional en el ámbito mercantil.

Por su parte, el Código de 1890 recuperó, indirectamente, la figura del árbitro. Estableció como requisito la mención, dentro del instrumento público que consignaba el convenio entre las partes, del juez o árbitro que debía conocer del litigio dentro del

---

<sup>109</sup> Un mayor detalle sobre la visión de una dualidad legislativa, puede encontrarse en el apartado de antecedentes históricos de la obra de Gorjón Gómez, Francisco, *Op.cit.*, pags.2 a 14.

procedimiento convencional. Al respecto, resulta interesante la opinión de Jesús Zamora Pierce, quien al contrastar las modificaciones al Código frente a la actuación de los Consulados, concluye que se trató más bien de un retroceso, pues al sustituir un procedimiento preferentemente verbal por uno escrito, e introducir un proceso ritualista, lleno de formalismos, que permitía la aplicación supletoria de las normas adjetivas locales, se destruyó “el máximo logro de los tribunales consulares: la brevedad de los juicios, timbre de gloria de la justicia mercantil.”<sup>110</sup> Más adelante, se reformó el artículo 1051 del Código de 1890, para incluir el procedimiento arbitral como un método alternativo al procedimiento convencional ante Tribunales.

Es importante destacar que ni la Constitución de 1857, ni la de 1917, incluyen referencia alguna a la figura del arbitraje, situación que refleja, según Jorge A. Silva, como “desde las constituciones políticas del siglo XIX, el Estado monopolizó la función jurisdiccional”, lo que ensanchó el espacio político de los gobernantes, quienes, por esta razón, deseaban impedir la intervención de órganos privados en la solución de conflictos mercantiles.<sup>111</sup> En el mismo sentido parece pronunciarse Bravo Peralta, cuando señala que en el siglo XIX desapareció el *ius mercatorum* y “el derecho se estatizó y se convirtió en propiedad de cada país.”<sup>112</sup>

La promulgación del Código Civil de 1928 llevó a la formulación, cuatro años más tarde, de una norma adjetiva igualmente renovada, y fue entonces cuando, de acuerdo con Briseño Sierra, “el avance legislativo mexicano alcanzó su cenit” en materia de arbitraje.<sup>113</sup>

Otras aportaciones relevantes para el tema del arbitraje en México, pueden encontrarse en la Ley de Cámaras de Comercio y de las Industrias de 1941 que previó la actuación de esos organismos de representación empresarial en procedimientos de índole arbitral; en la Ley que en 1956 creó la Comisión para la Protección del Comercio Exterior, y que estableció la conciliación y el arbitraje como formas alternativas para la solución de controversias.

---

<sup>110</sup> Citado por Silva Silva, Jorge A., *Op.cit.*, p.50

<sup>111</sup> *Ibidem*, p.49

<sup>112</sup> Bravo Peralta, Martín V., *Op.cit.*, p.54

<sup>113</sup> Briseño Sierra, Humberto, *Op.cit.*, p.328

Pero fueron las exigencias del comercio internacional las que impusieron, en definitiva, un cambio en la concepción decimonónica de monopolio en la administración de la justicia. El arbitraje comercial dio un giro importante con la adopción parcial, en 1989, de la Ley Modelo de Arbitraje de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil – por sus siglas en inglés, UNCITRAL -aunque los resultados no se consideraron como satisfactorios. No fue sino hasta 1993, cuando se incorporaron al Código de Comercio, de manera plena, las disposiciones de la Ley Modelo, bajo la rúbrica *Del Arbitraje Comercial*, cuyo objetivo era apoyar la consolidación del proceso de apertura hacia el comercio exterior y contribuir al predominio de la negociación en el ámbito multinacional.

Al parecer en el futuro, como asegura Bravo Peralta, “el arbitraje habrá de adquirir mayor importancia, sobre todo, a medida que la tecnología se torne más específica, y que los lazos comerciales entre los países se acrecienten más.”<sup>114</sup> Este reto plantea la conjunción jurídica de una dualidad legislativa (civil-mercantil) que tuvo sus orígenes en la herencia hispánica, pero que empezó a cuestionarse a partir de la asimilación de la Ley Modelo de la UNCITRAL en las recientes reformas al Código de Comercio.

Por lo que se refiere a la aparición de otros métodos alternativos en México, puede hacerse referencia al Reglamento de las Audiencias y Juzgados de Primera Instancia de 1812, el cual consignaba el oficio de conciliadores de los alcaldes junto con “dos hombres buenos”, los cuales eran nombrados uno por cada parte. La Constitución Federal de 1824, en consonancia con la de Cádiz de 1812, prescribía, en su artículo 155, la obligación de acudir al “medio” de la conciliación antes de iniciar una acción civil, o penal por injurias; asimismo, en su artículo 156, fijaba el derecho a resolver las diferencias por medio de jueces-árbitros, nombrados por ambas partes, en cualquier etapa del juicio.<sup>115</sup> Esta determinación fue acotada por las Siete Leyes Constitucionales de 1836, al reservarla sólo para los pleitos civiles y criminales sobre injurias puramente personales, cuya sentencia sería ejecutada conforme a las leyes,

---

<sup>114</sup> Bravo Peralta, Martín V., *Op.cit.*, p.55

<sup>115</sup> Con base en los ordenamientos del derecho castellano, refiere Oscar Cruz Barney, *Op.cit.*, p.756-757, el compromiso arbitral se definía como un convenio en que las partes en litigio facultaban a una o más personas para decidir sobre las controversias y pretensiones; lo podían hacer, antes de que surgiera la controversia o una vez que ésta surgiera, quienes podían contratar y comparecer en juicio. Se mantenía la diferencia ya señalada entre árbitros y arbitradores, supra 2.1.3.2 España.

“debiéndose intentar antes la conciliación”, a través de los Alcaldes y a los Jueces de Paz.

Más adelante, con el restablecimiento del mandamiento constitucional de 1824, en el año de 1847 se reestableció la vigencia del mencionado artículo 156, hasta que volvió a instaurarse un nuevo régimen centralista en 1853.

En nuestro país se sigue empleando el método conciliatorio, mismo que se encuentra regulado por diversas leyes, que facultan a instituciones y organismos para buscar la avenencia entre las partes, por esta vía. Al respecto, el maestro procesalista Fernando Flores García sostiene que es acertada la fórmula conciliatoria que va más allá de “un simple avenimiento” que se deja a la iniciativa de los “pleitantes”, ya que si es considerada como un “equivalente jurisdiccional” puede aligerar la pesada y voluminosa carga judicial.<sup>116</sup>

La conciliación ocupa un sitio destacado en materia laboral, ya que es considerado como un requisito procesal del arbitraje. En el ámbito civil, las normas adjetivas locales lo regulan bajo la forma de una conciliación judicial, ya sea dentro de una etapa preprocesal o como un acto intraprocésal. Como procedimiento administrativo, se utiliza para resolver las controversias que involucran, por ejemplo, a consumidores, usuarios de servicios financieros o pacientes.

Por lo que hace a la mediación, ha surgido, en los últimos años, un interés creciente de algunas legislaturas estatales por discutir el tema. Por otro lado, han ido apareciendo diversos centros de mediación, públicos y privados; algunos muy novedosos, como el Centro Municipal de Mediación de Guadalupe, Nuevo León.

Un estudio reciente de la Doctora Guadalupe Márquez Algara sobre la mediación en sede judicial, da cuenta de los avances que se han alcanzado en varias entidades federativas, en donde se han conformado esquemas diferentes para promover el uso de la mediación en la solución de controversias. Algunos de ellas han efectuado reformas a su marco jurídico, y disponen ya de una ley en materia de métodos alternativos, como los casos de Quintana Roo (*Ley de Justicia Alternativa* de 1997), Guanajuato (*Ley de Justicia Alternativa* de 2003), Chihuahua (*Ley de Mediación* de

---

<sup>116</sup> Flores García, Fernando, *Teoría general de la composición del litigio*, Editorial Porrúa, México, D.F., 2003, p.81

2003), Colima (*Ley de Justicia Alternativa* de 2003) y Nuevo León (*Ley de Métodos Alternos para la Solución de Conflictos* de 2005); algunos otros más han optado por la creación de centros especializados adscritos al Poder Judicial, como en Querétaro, Baja California Sur, Aguascalientes, Puebla, Oaxaca y Estado de México.<sup>117</sup> En resumen, como afirma la autora mencionada:

“La incorporación de la mediación en sede judicial se presenta como fructífera, y la propia ciudadanía lo reconocerá modificando la imagen que se tiene de los órganos jurisdiccionales.”<sup>118</sup>

---

<sup>117</sup> Márquez Algara, Ma.Guadalupe, *Mediación y administración de justicia. Hacia la consolidación de una justicia participativa*, Universidad Autónoma de Aguascalientes, Aguascalientes, 2004, p.157-211

<sup>118</sup> *Íbidem*, p. 211

## CAPÍTULO 3 TIPOLOGÍA

### 3.1 Introducción

La adopción de métodos alternativos para enfrentar la conflictiva individual y social, está expuesta a diversos argumentos de índole práctica, jurídica y social. Por el lado de lo práctico, se dice que ayudan a descongestionar la carga judicial de los órganos jurisdiccionales, además de reducir el costo de los juicios y el tiempo de respuesta para resolver las controversias. Como argumento jurídico, se exhiben las deficiencias del método procesa, a partir de criterios de justicia y equidad. En cuanto a la vertiente social, se alega que la participación de los individuos en la solución de sus conflictos, favorece el desarrollo político y la paz social.<sup>119</sup> Un ejemplo interesante de este enfoque plural puede encontrarse en el dinámico movimiento de los métodos alternativos dentro de la Unión Europea:

“Las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil suscitan un interés renovado en la Unión Europea por tres motivos. En primer lugar, se ha tomado conciencia de la nueva eclosión de las ADR en la práctica en beneficio de los ciudadanos, cuyo acceso a la justicia ha mejorado gracias a ello. En segundo lugar, las ADR son objeto de especial atención por parte de los Estados miembros, atención que en ocasiones desemboca en trabajos de carácter legislativo. Por último, las ADR representan una prioridad política para las instituciones de la Unión Europea a las que incumbe promover estas modalidades alternativas, procurar el mejor entorno posible para su desarrollo y esforzarse por garantizar su calidad (...) Es particularmente conveniente hacer hincapié en el papel de las ADR como instrumentos al servicio de la paz social.”<sup>120</sup>

Esta creciente inclinación hacia la justicia alternativa, ha propiciado la aparición de una amplia gama de métodos y de combinaciones diversas, con propuestas novedosas y diferentes formas de resolver los conflictos en los ámbitos económico, político y social.

---

<sup>119</sup> Supra 1.4

<sup>120</sup> Comisión de Comunidades Europeas, *Op.cit.*, p.5

La revisión detallada de todas ellas rebasa los alcances del presente trabajo, de ahí que sólo se revisarán las formas alternativas más usuales dentro del ámbito financiero. Como se expuso con anterioridad,<sup>121</sup> la solución alternativa de conflictos, en su vertiente jurídica, admite modalidades autocompositivas, intermedias y heterocompositivas. Esta distinción se plantea a partir de la participación o no de un tercero en la composición de la controversia, así como, por el alcance de dicha participación. Así, la negociación y la transacción son métodos autocompositivos en donde las partes buscan la solución de su controversia, sin la ayuda de un tercero; la mediación y la conciliación son métodos intermedios que incorporan la intervención de una persona ajena al conflicto que los auxilie para encontrar, por la vía del consenso, un resultado que las partes acepten como conveniente; y el arbitraje es una modalidad alternativa al proceso, de índole heterocompositiva porque involucra la decisión de un tercero para resolver la controversia.

El *Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil*, que publicó la Comisión de las Comunidades Europeas, plantea una tipología diferente. Excluye del sistema de modalidades alternativas, al arbitraje propiamente dicho; utiliza un criterio orgánico para diferenciar a las ADR, a cargo de un juez o de un tercero que éste designa, de las ADR convencionales, a las que recurren las partes por su cuenta. Estas últimas admiten una segunda distinción: cuando los terceros se ven obligados a tomar una decisión vinculante para las partes o cuando éstas sólo reciben una recomendación que ellas deciden si la aplican o no.<sup>122</sup>

Otra forma de clasificar los MASC, es aquella que toma el modo de confrontarse, como el factor distintivo. Por una lado, la vía adversarial convencional –típicamente el arbitraje- y, por el otro, los métodos no adversariales. La primera se caracteriza por la actuación de un tercero que suple la voluntad de las partes (aunque ellas lo hayan elegido) en el momento de resolver. El procedimiento suele transcurrir dentro de un marco legal –con intervención mínima de las partes- y la decisión otorga la razón a una de las partes, y deja insatisfechos los intereses de la otra. En contraste, los

---

<sup>121</sup> Supra 1.3

<sup>122</sup> Comisión de Comunidades Europeas, *Op.cit.* p. 6

métodos no adversariales procuran la cooperación de las partes, las cuales mantienen el control sobre el procedimiento. Se pretende llegar a una solución conjunta, con beneficios mutuos, que satisfaga parcialmente los intereses de las partes, sin las limitaciones excesivas características de las rígidas disposiciones jurídicas.

Wilde y Gaibrois identifican a la transacción como una método no adversarial, cuando la negociación previa al convenio es extrajudicial y directa entre las partes. Lo mismo ocurre con la mediación, que debe realizarse fuera de la sede judicial, aunque este método sí se acepta la asistencia de un tercero. Por último, los autores mencionados distinguen a la conciliación, como el único método no adversarial que, acepta una negociación en sede judicial, que puede ser asistida por un tercero.<sup>123</sup>

Como puede apreciarse, es posible agrupar a los MASC bajo diferentes clasificaciones. Es necesario, pues, precisar primero el objetivo particular de cada tipología, para determinar así su utilidad metodológica. En consecuencia, la visión de los MASC como una opción jurídica eficaz para resolver controversias en el ámbito financiero –objetivo central de este trabajo- será la premisa para configurar dicha tipología.

## 3.2 Elementos característicos

### 3.2.1 Negociación

La posibilidad de negociar las condiciones en que debe terminar una disputa, es el elemento común a todos los MASC. La negociación es la fuente de donde abreva cualquier modalidad de solución alternativa, y su importancia es variable en función del método seleccionado. Como lo afirman Goldberg, Sander y Rogers, maestros de la Escuela de Harvard: “*negotiation is the preeminent mode of dispute resolution.*”<sup>124</sup> Es una actividad voluntaria, informal, no estructurada, en la cual las partes de un conflicto

---

<sup>123</sup> Wilde, Zulema D. y Gaibrois, Luis M., *¿Qué es la mediación?*, Edit. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994, p.13

<sup>124</sup> Goldberg *et al*, *Op.cit.*, p.19

asumen un papel protagónico, para generar opciones de solución. De esta manera, “los sujetos en conflicto –apunta Silvia Barona- sin intervención de un tercero buscan alcanzar una solución, intentando comunicarse entre sí, exponiendo sus beneficios, asumiendo que va a existir una cesión o renuncia a algo.”<sup>125</sup>

Un elemento esencial de la negociación es el *animus negotiandi*, esa disposición de las partes para someterse a fórmulas de acercamiento, sin la cual es poco probable que se pueda alcanzar un acuerdo conveniente y convincente. Hay, pues, dos o más personas que, de manera personal y directa, desean resolver sus diferencias. Deben estar dispuestas a confrontar el alcance de sus intereses, a intercambiar promesas y asumir compromisos sobre aquellos componentes personales de seguridad, pertenencia, bienestar y control que están presentes en las posturas de cada parte.

Ahora bien, la negociación jurídicamente válida debe considerar, además del ánimo negociador y del control personal sobre la actividad negociadora, los principios de autonomía de la voluntad, de disponibilidad, de no obligatoriedad y de confidencialidad, ya expuestos con anterioridad.<sup>126</sup> Las partes en un conflicto deben contar con capacidad legal para ponerse de acuerdo sobre cuestiones lícitamente disponibles, interactuando ellas mismas para resolver, por decisión propia, sus diferencias, mediante un acuerdo conveniente, convincente y legal.

Así vista, la interacción voluntaria puede realizarse a través de diferentes fórmulas para alcanzar el objetivo. Silvia Barona menciona dos: la competitiva y la colaborativa. En la primera, el negociador trata de ganar a cualquier precio, intenta obtener el máximo de satisfacción para sí, mediante una estrategia que antepone la defensa de la posición propia. Prevalece la visión particular de aquello que se reclama, se asume una postura inflexible que podría, incluso, perjudicar la satisfacción del interés central. Por el contrario, la corriente colaborativa procura la identificación de los intereses de cada parte. Hay que ceder en algo para no perder todo. Se trata de mantener la continuidad en la relación, la credibilidad y la confianza. Abrirse, si es necesario, a la participación de un tercero neutral que asista a las partes hasta el punto en que ellas se lo requieran.<sup>127</sup>

---

<sup>125</sup> Barona Vilar, Silvia, *Op.cit.*, p.73

<sup>126</sup> Supra 1.4

<sup>127</sup> Barona Vilar, Silvia, *Op.cit.* p.74

Por su parte, el modelo de negociación integrativa toma algunos elementos de la corriente colaborativa, para definir los siguientes postulados:

- no se negocia en términos de adversario ni de amigo;
- el propósito es resolver un problema común, no ganar al otro o arribar a un acuerdo a cualquier precio;
- se debe pensar a largo plazo, es decir, no sólo en el plano de la negociación sino también en el de las futuras relaciones con la otra parte;
- hay que atender los intereses de la contraparte tanto como los propios y realizar propuestas;
- es preciso separar los puntos totalmente incompatibles de aquellos otros en los cuales se comparte un mismo interés;
- conviene enriquecer el resultado de la negociación, con criterios objetivos externos a los negociadores e identificar un bloque de puntos a negociar;
- no desaprovechar las alternativas existentes al margen de la negociación, fijar prioridades y determinar el valor relativo de los diferentes puntos a negociar;
- y establecer las diferencias de valor que pueden existir entre las partes.<sup>128</sup>

El modelo de negociación colaborativa, puede considerarse como una fórmula de aplicación universal dentro de la llamada “justicia alternativa”.

### 3.2.2 Transacción

La transacción es una figura jurídica que utiliza el método negociador. Su significado etimológico deriva del latín *transigere* cuyo significado es “hacer pasar a través de” y de *transactio* que equivale a trato o acuerdo. Una noción elemental de transacción la define como un acto voluntario de las partes en conflicto, que están dispuestas a ceder en sus pretensiones para terminar su disputa, aún con la certeza de que les puede asistir la razón. En su connotación jurídica, con base en el tratado sobre contratos civiles de Miguel Angel Zamora y Valencia, puede conceptuarse como un contrato de

---

<sup>128</sup> *Diccionario de Mediación.*

afirmación de derechos controvertibles entre las partes, las cuales se otorgan entre sí concesiones recíprocas sobre el objeto lícito de la controversia (transacción pura) o sobre un bien diferente sin relación con lo controvertido (transacción compleja), mediante una declaración o reconocimiento que, generalmente, debe adoptar la forma escrita.<sup>129</sup>

Los elementos esenciales del contrato de transacción, sin los cuales esta figura no produce sus efectos legales o degenera en otra modalidad, son: la existencia de una relación controvertida, de donde surge la conveniencia de transigir, y el *animus transigendi*, como la intención de las partes de solucionar sus diferencias por sí mismas, bajo una modalidad extrajudicial, y que, en opinión de Valdés Sánchez, califica de manera determinante no sólo al contrato de transacción, sino a la conciliación, a la mediación y a la amigable composición.<sup>130</sup>

El consentimiento de las partes se expresa en el otorgamiento de concesiones recíprocas, mismas que caracterizan a la transacción como un acuerdo de voluntades que es bilateral, oneroso y consensual. Además, conforman un elemento característico de la transacción, ya que la distinguen de otras figuras autocompositivas, como el allanamiento y el desistimiento. Es un contrato casi siempre formal, porque requiere constar por escrito. Su objeto debe ser posible y lícito, bajo el principio de disponibilidad de los derechos controvertidos.

En la transacción está presente la capacidad de vincular jurídicamente a las partes, y afirmar derechos que son disponibles, a fin de avenir diferencias respecto de un objeto lícito y aprovechar, por los efectos de cosa juzgada, su naturaleza definitoria. Esta fuerza jurídica para definir una situación controvertida, le permite transformarse de una modalidad en sí misma, a un medio compositivo útil para otras modalidades, como se desprende de la siguiente afirmación:

---

<sup>129</sup> Zamora y Valencia, Miguel Angel, *Contratos civiles*, 7ª.ed.,Edit. Porrúa, México, D.F.,1998, p.417-420

<sup>130</sup> Valdés Sánchez, Roberto. *La transacción. Solución alternativa de conflictos*. 2ºed., Legis editores, Bogotá, 1998, p.98

“La transacción representa la culminación y formalización de lo acordado por las partes como resultado de la conciliación, la mediación y cualquier otro MASC con el que se hubieses logrado dirimir sus controversias de manera satisfactoria”<sup>131</sup>

### 3.2.3 Mediación

La mediación es un método no adversarial que ha provocado un interés inusitado entre estudiosos de diversas disciplinas. Así, ha aparecido una amplia gama de nociones, definiciones y connotaciones que se ha plasmado en un universo normativo igualmente variado y complejo. Es posible, sin embargo, distinguir algunos rasgos de tipo general que la caracterizan:

a) La intervención de un tercero ajeno al conflicto tiene por cometido ayudar a las partes a que exploren diversos caminos de solución, pero sin imponer una decisión propia. Goldberg, Sander y Rogers afirman que este factor es determinante para diferenciar un método de otro, y lo expresan así:

*“A critical distinguishing factor among the third-party processes is whether the neutral has power to impose a solution.”*<sup>132</sup>

b) Los vínculos entre las partes se plantean en términos colaborativos y se identifican los intereses controvertidos con la ayuda del tercero neutral, a efecto de localizar áreas posibles de concesión recíproca.

d) La fuerza consensual del pacto disminuye el riesgo de incumplimiento por las partes. En este sentido, Silvia Barona señala que “la gran bondad que subyace bajo el procedimiento de mediación es que son las partes las protagonistas de la solución lo que hace que se crean lo convenido y con ello cumplan por convicción y no por coacción.”<sup>133</sup>

---

<sup>131</sup> Cruz Miramontes, Rodolfo y Cruz Barney, Oscar, *El arbitraje: los diversos mecanismos de solución de controversias. Análisis y práctica en México*. Editorial Porrúa, México, D.F., 2004, p.24

<sup>132</sup> Goldberg *et al*, *Op.cit.* p.3. “Un factor determinante para distinguir los procesos en que interviene un tercero neutral, es si éste tiene o no el poder para imponer una solución” (trad. propia).

<sup>133</sup> Barona Vilar, Silvia, *Op.cit.*,p.185

e) La mediación no impide que las partes utilicen, con posterioridad, otras vías de solución, ya que pueden quedar a salvo los derechos de las partes para intentar una vía distinta, siempre que la relación jurídica no haya sido alterada, por ejemplo cuando se celebra un contrato de transacción.

En la mediación confluyen los elementos esenciales del método negociador, destacando la presencia de un tercero imparcial, ajeno al conflicto, cuya colaboración resulta indispensable cuando las partes no logran organizar el acuerdo por sí mismas; en palabras de los maestros de Harvard:

*“Mediation is negotiation carried out with the assistance of a third party. The mediator, in contrast to the arbitrator or judge, has no power to impose an outcome on disputing parties.”*<sup>134</sup>

Ahora bien, la eficacia de la mediación en un entorno jurídico depende de diversos factores. En primer lugar, el ordenamiento legal debe contemplar aquellos derechos disponibles que pueden ser materia de mediación, de manera que los sujetos del conflicto queden en libertad, por efecto de la autonomía de voluntad, de acudir, o no, al proceso jurisdiccional. En segundo lugar, al carecer la mediación de fuerza ejecutiva, debe mantenerse abierta la vía compositiva en sede judicial para reiniciar el litigio, en caso de incumplimiento. Por último, debe otorgarse un mínimo de seguridad jurídica a las partes, mediante la definición de los requisitos de la mediación, lo que significa establecer las reglas procedimentales, prescribir un alto grado de confidencialidad y asegurar la profesionalización sistemática de los mediadores.<sup>135</sup>

La siguiente cuestión tiene que ver con la idoneidad de esta modalidad como método compositivo. La mediación puede ser recomendable cuando en un litigio, la relación entre las partes juega un papel determinante, y es conveniente que éstas conserven el control sobre el desarrollo del procedimiento y su resultado final. Por lo tanto, aún cuando la mayoría de los conflictos son mediables, la mediación es irremplazable -

---

<sup>134</sup> Goldberg *et al*, *Op.cit.* p.123. “La mediación es una negociación llevada a cabo con la asistencia de un tercero. El mediador, a diferencia del árbitro o el juez, no tiene poder alguno para imponer una resolución a las partes” (trad.propia).

<sup>135</sup> Barona Vilar, Silvia, *Op.cit.*, p.78. En cuanto a las características idóneas de un mediador, es ilustrativa la lista a la que hace referencia la misma autora: la paciencia de Job; la sinceridad y la tenacidad de los jueces; el talento de los irlandeses; la resistencia de los corredores de maratón; la habilidad para esquivar al contrario de un jugador de americano; la astucia de Maquiavelo; la técnica para sondear de un buen psiquiatra; la capacidad de guardar secretos de un mudo; la piel de un rinoceronte; y la sabiduría de Salomón.

opina María Guadalupe Márquez- ahí donde “la relación debe proyectarse hacia el futuro o cuando la confidencialidad, el tiempo o el costo económico del litigio son claves para la resolución del problema.”<sup>136</sup> También puede serlo cuando las partes no logren una comunicación adecuada entre ellas mismas, o se diriman cuestiones técnicas de cierta complejidad.

Así, pues, la actividad mercantil parece ser muy propicia a los propósitos de la mediación, sobre todo por el alto grado de conflictividad que ha surgido por la expansión acelerada del intercambio comercial. Las controversias mercantiles deben resolverse de manera efectiva y rápida, para evitar el deterioro en las relaciones comerciales, que resulta, con frecuencia, de un juicio adversarial prolongado. La flexibilidad y adaptabilidad de la mediación pueden combinarse para atender las exigencias empresariales, y facilitar, en una situación de conflicto, la reanudación de los negocios y la consecución de acuerdos, dentro de un horizonte de largo plazo.

#### 3.2.4 Conciliación

Sin entrar en discusiones doctrinales sobre las semejanzas o diferencias entre la mediación y la conciliación, cabe hacer algunas precisiones sobre la pertinencia jurídica de estas modalidades, dentro del contexto temático del presente trabajo.

En un primer acercamiento, la mediación es aquella acción que facilita la comunicación entre personas en conflicto, abriendo espacios de negociación, pero sin una propuesta propia, cuyo propósito es lograr una solución de conveniencia mutua, esto es, alcanzar la conciliación de los intereses en conflicto. Así, la mediación es la vía y la conciliación el resultado positivo. El concepto de mediación, sin embargo, se ha vuelto más complejo y, en consecuencia, la noción de conciliación tampoco puede ser tan elemental.

Las opiniones sobre las características de estas modalidades compositivas, son numerosas y diversas. Algunos autores señalan únicamente diferencias semánticas, como Luis Octavio Vado, quien asegura que el término mediación es propio de los países que practican la *common law*, mientras que los de tradición neorromanista

---

<sup>136</sup> Márquez Algara, Ma. Guadalupe, *Op.cit.*, p.92

usan el de conciliación.<sup>137</sup> Hay quienes, como Silvia Barona y Beatriz Martínez, consideran que en la mediación el tercero realiza una mayor actividad persuasiva.<sup>138</sup> Por el contrario, otros autores, como José Ovalle Favela y Pedro Carulla, hablan de un papel más intervencionista del conciliador.<sup>139</sup> En el mismo sentido, Highton y Álvarez le atribuyen al conciliador la capacidad de proponer los términos de un acuerdo no vinculante.<sup>140</sup>

La mayor o menor formalidad de una y otra modalidades también puede ser un factor para diferenciarlas. La tratadista argentina Beatriz Martínez, por ejemplo, opina que la mediación es ritualista y la conciliación es más ágil e informal; por el contrario, Ovalle Favela establece que la mediación “normalmente se lleva a cabo de manera informal, y, por lo mismo, no existen organismos o instituciones encargadas de prestar regularmente este servicio (...) la conciliación normalmente es desempeñada por organismos e instituciones, a través de procedimientos formalizados en las leyes.”<sup>141</sup>

A partir de las circunstancias legislativas de cada país es que puede delimitarse conceptualmente una y otra modalidad; a manera de ejemplo, en la práctica estadounidense la noción moderna de conciliación comercial, -a la que parece referirse una recomendación de la UNCITRAL-<sup>142</sup>, es semejante al de mediación, pero distinta a la que utilizan la mayoría de los países latinoamericanos (con algunas excepciones, como por ejemplo Argentina). Conviene, por lo tanto, proponer algunas convenciones para los fines del presente trabajo.

Ambas figuras se caracterizan por su naturaleza negociadora y buscan solucionar los conflictos antes de someterse al proceso jurisdiccional. Su ámbito material está integrado por un conjunto de derechos que son disponibles. Las partes deben formular

---

<sup>137</sup> Vado Grajales, Luis Octavio, “Concepto e historia de la conciliación”. El autor sostiene que en México se han suscitado cuestionamientos desde el punto de vista formal sobre el empleo de los términos conciliación y mediación, pero que en realidad no existe diferencia de fondo entre ambos.

<sup>138</sup> Barona, Silvia, *Op.cit.* p.80; Martínez, Beatriz, *Op.cit.*p.50

<sup>139</sup> Ovalle Favela, José, *Op.cit.* p.25; Carulla, Pedro “La mediación: una alternativa eficaz para resolver los conflictos empresariales.”, Barcelona, 2003

<sup>140</sup> Highton, Elena I. y Álvarez, Gladys S., *Op.cit.*, p.146

<sup>141</sup> Martínez, Beatriz, *Op.cit.*p.50; Ovalle Favela, José, *Op.cit.* p.25-26

<sup>142</sup> Junco Vargas, José Roberto, *Op.cit.*, p.63. Este autor colombiano menciona que la UNCITRAL ha recomendado a los países miembros la utilización de mecanismos más flexibles y ágiles en la resolución de conflictos en materia internacional, sin los formalismos que se acostumbra, de donde ha surgido la idea de la conciliación para arreglar las controversias sin que se llegue a litigios innecesarios y disminuir su número.

el arreglo compositivo, ya que el tercero no tiene facultades para ello. Es deseable que los requisitos formales en el procedimiento sean los mínimos indispensables. Hay ventajas en los factores de tiempo y costo en comparación con los juicios ordinarios. Finalmente, las dos modalidades deben considerarse como complementarias, y no antagónicas, respecto del proceso jurisdiccional.

Las diferencias entre ambos métodos son más bien ambiguas. La mediación siempre es extraprocesal, la conciliación puede serlo o puede formar parte del trámite procesal. El resultado de la mediación es un simple acuerdo entre las partes, el resultado de la conciliación puede consistir en una transacción, un allanamiento, un desistimiento u otra forma de reconocimiento judicial. El mediador no requiere ser un perito en derecho, mientras que el conciliador debe tener una preparación sólida en el campo jurídico; por último, el mediador no revisa la juridicidad de las propuestas, en tanto que el conciliador sí analiza y verifica la licitud del acuerdo.

En resumen, la figura de la mediación tiende a una mayor informalidad. Admite una mayor participación de partes en la resolución final. El cumplimiento de lo resuelto queda sujeto a la voluntad de las partes. Pocas veces se encuentra regulado por una norma jurídica específica. Por su parte, la conciliación se sitúa en un ámbito más restrictivo, pero sin perder su eficacia como método alternativo. Es una modalidad más propicia a las culturas jurídicas de los países latinoamericanos-como en el caso de México-, cuyos procedimientos legales suelen ser más formalistas. El tercero neutral interviene más activamente en la conducción del procedimiento. Con frecuencia está regulado por una norma general que, junto con el convenio resultante, brinda mayor seguridad jurídica a los participantes. Según Osvaldo Gozaíni, el justo camino de la conciliación es “un acto poder para el juzgador y un derecho dispositivo para las partes”<sup>143</sup>

A pesar de su mayor rigidez, la conciliación no pierde su condición de MASC, y en opinión del autor colombiano Roberto Junco:

“Es un mecanismo de paz, de armonía, de educación hacia la convivencia ciudadana; una magnífica y sutil oportunidad para aplicar principios de procedimiento que desarrollen el derecho fundamental del debido proceso, la

---

<sup>143</sup> Gozaíni, Osvaldo A. *Notas y estudio sobre el proceso civil*, UNAM-IIJ, México, p.51.

economía procesal, el principio sagrado de la igualdad de las partes, la eficacia de la administración pública y la idoneidad de la función social del Estado.”<sup>144</sup>

El mismo autor considera esta modalidad, como “el método que más ha evolucionado legalmente en la búsqueda de la solución de conflictos”<sup>145</sup>, y la define como sigue:

“Es el acto jurídico y el instrumento por medio del cual las partes en conflicto, antes de un proceso o en el transcurso de éste, se someten a un trámite de negociación para llegar a un convenio o acuerdo sobre todo aquello que es susceptible de transacción, si la ley lo permite, teniendo como intermediario objetivo e imparcial, la autoridad del juez, de otro funcionario o de un particular debidamente autorizado para ello, quien, previo conocimiento del caso, debe procurar fórmulas justas de arreglo expuestas por las partes o en su defecto proponerlas y desarrollarlas, a fin de que se llegue a un acuerdo que reconoce derechos constituidos con carácter de cosa juzgada.”<sup>146</sup>

Como un acto jurídico, la conciliación es una manifestación de la voluntad del hombre que busca producir los efectos previstos en una norma jurídica. Es también un instrumento para avenir los intereses de partes en conflicto, por lo cual está sujeta a ciertas reglas procedimentales: en la fase prejudicial, puede ser un requisito de admisibilidad, aunque con una relativa autonomía respecto del proceso; como un acto intraprocesal –sin carácter adversarial - puede ser una diligencia necesaria y obligatoria o ser facultativa para el juzgador; en el ámbito extraprocesal propicia la intervención de órganos adscritos a la sede judicial o de otros entes administrativos con competencia específica.

Por otra parte, el *animus negotiandi* del modelo conciliatorio puede identificarse con la figura de la transacción, cuya fuerza jurídica real le permite convertirse en una herramienta efectiva para alcanzar un acuerdo conciliatorio eficaz. Para ello, es

---

<sup>144</sup> Junco Vargas, José Roberto *Op.cit.*,p.3

<sup>145</sup> *Ibidem* p. 53. Es interesante la cita que hace el autor en otra parte de su obra (p.21), en donde muestra la posición de la Corte Constitucional de Colombia, la cual ha catalogado a la conciliación como “la expresión pacifista por excelencia de solución de conflictos”.

<sup>146</sup> *Ibidem*, p.56. Con una orientación similar, aunque su definición sea menos explícita, el Diccionario del Instituto de Investigaciones Jurídicas (p.568)se refiere a la conciliación como “el acuerdo al que llegan las partes en un proceso, cuando existe controversia sobre la aplicación o interpretación de sus derechos, que permite resulte innecesario dicho proceso. Es, asimismo, el acto por el cual las partes encuentran una solución a sus diferencias y la actividad que sirve para ayudar a los contendientes a encontrar el derecho que deba regular sus relaciones jurídicas.”

necesario contar con un conciliador imparcial, objetivo y con preparación jurídica y facultades legales suficientes que le permitan intervenir en la formulación de un acuerdo lícito y justo. Debe ser, por lo tanto, responsable de vigilar que las propuestas no sólo se ajusten a las posibilidades de las partes, sino también a las disposiciones del derecho.

En síntesis, la naturaleza jurídica de la conciliación es de índole procesal mixta o intermedia, ya que no corresponde a una forma pura de los métodos no adversariales, pero sí comparte los principios autocompositivos de autonomía de la voluntad, disponibilidad de los derechos, economía procesal e informalidad. Ofrece, al mismo tiempo, una mayor certidumbre jurídica debido a su regulación normativa, a los vínculos que la unen con los mecanismos procesales y a la participación de funcionarios autorizados, judiciales o administrativos.

Por todo lo anterior, parecerían inexplicables las objeciones que muchas veces surgen del sector judicial. Si, como lo prescribe el Artículo 17 de nuestra Constitución Política, los tribunales deben estar expeditos para administrar la justicia, en los plazos y términos de ley, entonces el Estado está obligado a proveer medios alternativos para aligerar el congestionamiento judicial, la lentitud de los procedimientos formales, la falta de especialización técnica de los juzgadores y, desde luego, las dificultades de los sectores más desprotegidos para acceder a los sistemas formales de impartición de justicia. En virtud de ese mandato constitucional, “deben ser los propios poderes judiciales -como lo sostiene la Doctora Márquez Algara-los que establezcan los mecanismos o medios necesarios para que la justicia esté al alcance de todo ciudadano, a través de órganos auxiliares de éstos.”<sup>147</sup>

Mas allá, el Estado debe también inducir la conciliación a través de sus organismos administrativos. Es cierto que las experiencias no siempre han sido alentadoras, e incluso se ha llegado al extremo de afirmar, como en el caso de Octavio Gonzáini, que “no es conveniente abrir la alternativa conciliatoria a instancias que no sean jurisdiccionales”, ya que hace falta reconquistar la confianza del ciudadano en sus órganos jurisdiccionales, y “cómo hacerlo si se continúan relegando sus posibilidades

---

<sup>147</sup> Márquez Algara, Ma. Guadalupe, *Op.cit.* p.139

de corrección.”<sup>148</sup> No es conveniente, sin embargo, abandonar fórmulas compositivas novedosas que pueden impedir la “ritualización” de la conciliación dentro del proceso. Es preciso recordar con Highton y Alvarez, como las causas del fracaso de la conciliación judicial han sido, entre otras: la falta de preparación de jueces y secretarios, la reticencia de las partes para revelar sus verdaderos intereses y la falta de tiempo del juez para tomar personalmente las audiencias. Todas ellas son reflejo de una incipiente cultura conciliadora. Hace falta educar y capacitar a todos los participantes para asegurar la eficacia de la actividad conciliadora, y es deber del Estado, como entidad garante de la convivencia pacífica de la sociedad, impulsar este esfuerzo colectivo.

### 3.2.5 Arbitraje

El método arbitral es el más conocido, estudiado y difundido de los MASC. Se distingue de los otros métodos por su connotación adversarial, ya que no está presente el *animus negotiandi* en la resolución de la controversia, aunque si lo esté en la formulación del acuerdo inicial. Además, es una figura heterocompositiva, por ende, el tercero imparcial, a cuyas decisiones se someten de manera voluntaria las partes, cuenta con la facultad de emitir una resolución sobre la controversia. El cumplimiento de los puntos resolutivos del laudo arbitral debe tener carácter de obligatorio para las partes, pues de lo contrario se convertiría en una vía ineficaz. El árbitro, sin embargo, no puede imponer por sí mismo tales determinaciones cuando alguna de las partes se niega a cumplir lo resuelto. Es necesaria, entonces, la intervención de la autoridad jurisdiccional para otorgar mayor certidumbre jurídica sobre el resultado del arbitraje. El arbitraje es un método alternativo, por lo tanto, está sujeto, aunque en menor grado que otros métodos, a los principios generales de los MASC. El ejercicio efectivo de la autonomía de la voluntad de las partes se hace manifiesta en el acto de consentir la actuación de un árbitro, bajo las reglas que las partes acuerden. Sólo puede versar sobre derechos libremente disponibles y no debe imponerse como una vía obligatoria.

---

<sup>148</sup> Gozaíni, Osvaldo A., *Notas y ... Op.cit.*, p.56

Asimismo, sus reglas procedimentales son menos formalistas que las de un proceso, aunque más rígidas que las de otros MASC.

Es, pues, un método versátil e inclusivo, “dúctil y maleable”, como lo califica Briseño Sierra, y puede utilizar fórmulas mixtas para alcanzar una solución conveniente, desde la mera intermediación o el dictamen de un experto, hasta la conciliación, la amigable composición, el laudo en conciencia y el procedimiento en derecho. Esta versatilidad explica “la riqueza de sus posibilidades y la extensa gama de sus aplicaciones.”<sup>149</sup>

Como figura heterocompositiva, el método arbitral se acerca más a las características del juicio procesal, situación que ha provocado una discusión doctrinal en torno de su naturaleza jurídica. La importancia de plantear adecuadamente la esencia de esta institución, ha sido analizada por Jorge A. Silva:

“La explicación correcta de la naturaleza permitirá, en el aspecto teórico, entender a cabalidad el fenómeno y, en el práctico, identificar las diversas repercusiones legales que pueden tener los actos del arbitraje(...)”<sup>150</sup>

Las dos corrientes más significativas que se han ocupado del tema, son la contractualista y la jurisdiccionalista.

En una síntesis muy apretada, la primera equipara al arbitraje con un contrato privado, como una manifestación más del poder de disposición de las partes sobre sus relaciones jurídicas. Es una decisión voluntaria, libremente concertada, aunque se encuentra regulada por normas de aplicación general. La teoría jurisdiccional, por su parte, se enfoca más hacia las funciones del árbitro; como cualquier juez, debe emitir una resolución sobre la controversia, y su decisión puede contravenir la voluntad de las partes. Esta corriente pone el acento en la equivalencia entre laudo y sentencia, se eleva al arbitraje al rango de un verdadero juicio, debido a que la resolución del árbitro, el laudo, tiene efectos de cosa juzgada.

La corriente contractualista está centrada en la naturaleza constitutiva del arbitraje, lo define como un acuerdo de voluntades sobre derechos disponibles, y lo sitúa dentro del ámbito de lo privado. Por su parte, la ideas jurisdiccionalistas atienden más a las

---

<sup>149</sup> Briseño Sierra, Humberto, *Op.cit.*, p.45

<sup>150</sup> Silva Silva, Jorge A., *Op.cit.*, p166

características orgánicas de la institución arbitral, y algunos de sus planteamientos han llegado a interpretarse como inconstitucionales.

A la luz de las garantías que otorga la Constitución mexicana, por ejemplo, un órgano arbitral con perfil jurisdiccional, podría considerarse que atenta contra la garantía de igualdad jurídica, la cual impide ser juzgado por un tribunal especial; o, que las convenciones normativas del compromiso arbitral contravienen la obligación de cumplir con las formalidades esenciales del procedimiento y de asegurar la exacta aplicación de la ley; o también, que el sometimiento de las partes a una resolución arbitral, es una renuncia a la garantía de legalidad del debido proceso. Es evidente, sin embargo, que el árbitro no actúa como un juez, ni tampoco su laudo puede ser equivalente a una sentencia. Como bien apunta el maestro Ovalle Favela:

“El árbitro no es autoridad pues carece de *coertio* para imponer sus determinaciones y de *executio* para ejecutar el laudo(...)Éste no posee por sí mismo la fuerza ejecutiva de la sentencia judicial. El juzgador debe ordenar su ejecución sólo si estima que fue dictado conforme a las disposiciones aplicables.”<sup>151</sup>

Ahora bien, ni la naturaleza constitutiva del arbitraje puede ser el punto de referencia para fijar su esencia jurídica, ni tampoco sus formas procesales pueden ser el mejor indicador para definirlo. Y entonces, ¿qué es el arbitraje?. Gozaíni formula una idea general que resulta muy esclarecedora:

“Ante todo es una práctica para descongestionar la intensa labor de los tribunales, como tal podría formularse como un mecanismo alternativo de la jurisdicción (...) como el proceso arbitral no tiene posibilidades cautelares, ni de ejecución, el ámbito tolerado para su desarrollo sería el de un proceso de conocimiento auxiliado por la jurisdicción judicial, para lograr dichas medidas. Además como se debaten conflictos, ese procedimiento sería contencioso.”<sup>152</sup>

En consecuencia, la autonomía de la voluntad de las partes se materializa en un acuerdo contractual que genera una forma privada y adversarial para resolver una

---

<sup>151</sup> Ovalle Favela, José, *Op.cit.* p.29

<sup>152</sup> Gozaíni, Osvaldo A., *Notas y ...*, *Op.cit.*, p.18-19

controversia, la cual debe estar sometida, para efectos de su legalidad, al control de los jueces y los tribunales.

Sin embargo, conviene recordar que la utilidad del arbitraje radica, en buena medida, en la eventual conformidad de las partes para aceptar las determinaciones y la resolución del árbitro. De lo contrario, como afirma el maestro Briseño Sierra, “el arbitraje se destronca (y) la vía convencional, elegida por los litigantes como el medio pacífico y de buena fe, para dirimir sus disputas, se transforma en la desapacible y acre intervención del poder oficial.”<sup>153</sup>

Existen diversas clasificaciones para estudiar las modalidades del arbitraje. Una primera clasificación se refiere al alcance jurídico del procedimiento. El arbitraje puede ser de derecho, cuando el árbitro conduce el procedimiento y dicta su laudo ajustado a las reglas de la norma jurídica aplicable, o puede ser de equidad o de amigable composición, cuando el árbitro (también llamado arbitrador) emite su laudo, según su leal saber y entender, a verdad sabida y buena fe guardada. Esta última fórmula aligera la carga procedimental y permite al árbitro resolver con un mayor margen de discrecionalidad. Cabe, sin embargo, anotar la conveniencia de preservar un mínimo de formalidad para evitar la ilegalidad procesal. En términos generales, como señala Jorge A. Silva, “en el arbitraje de derecho se atiende a la la legalidad por ésta misma, mientras que en el de equidad se consideran los fines.”<sup>154</sup>

Una segunda clasificación relevante es la que distingue entre la generalidad o la particularidad de las normas aplicables al arbitraje. Así, éstas pueden ser institucionales, cuando son determinadas por una institución especializada, para una generalidad de casos y personas; o casuísticas o *ad hoc*, cuando recae en las partes la responsabilidad de establecer las reglas procedimentales aplicables a un caso concreto, las cuales, en opinión de Pedro Zamora Sánchez, pueden contener un mayor riesgo, debido a que las partes no pueden anticipar todas las situaciones de ocurrencia incierta y a que el árbitro puede perder su neutralidad merced a posibles vínculos personales con los contendientes. En cuanto al arbitraje institucional, el mismo autor apunta que ofrece mayores ventajas por la especialización profesional de

---

<sup>153</sup> Briseño Sierra, Humberto, *Op.cit.* p.8

<sup>154</sup> Silva Silva, Jorge A., *Op.cit.* p.158

los árbitros y de quienes los auxilian, así como, por la seguridad de contar con reglas procedimentales previamente aceptadas.<sup>155</sup>

El arbitraje se clasifica también en internacional y nacional. El arbitraje internacional sigue los criterios de la Ley Modelo de la UNCITRAL, conforme a tres supuestos: a) las partes tienen sus establecimientos en Estados diferentes; b) el lugar del arbitraje o el de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación comercial o aquel con el cual el objeto del litigio tienen una relación más estrecha, está situado fuera del Estado en que las partes tienen sus establecimientos; c) la cuestión objeto del arbitraje está relacionada con más de un Estado.<sup>156</sup> Por su parte, el arbitraje nacional o interno se desarrolla bajo las normas de derecho de un Estado en particular, cuando los contendientes tienen capacidad jurídica para hacerlo.

La calidad de los litigantes es también una variable útil para clasificar los tipos de arbitraje. Se distingue, así, el arbitraje público del arbitraje privado. Al primero le concierne el arreglo de los litigios entre Estados, como entidades soberanas reconocidas por el derecho internacional público; mientras que el arbitraje privado busca resolver divergencias entre particulares, incluyendo aquellos casos en que un Estado o una entidad estatal no actúan como autoridad.

Finalmente, el arbitraje es irritual cuando el árbitro fija las reglas de procedimiento; y es formal, si intervienen una o más personas distintas al árbitro, generalmente las partes en litigio. Según Jorge A. Silva, los laudos provenientes del arbitraje irritual contienen un ingrediente de inseguridad jurídica, ya que dentro de ciertos entornos podrían no ser reconocidos.<sup>157</sup>

Cualquiera de las modalidades mencionadas, requiere que la voluntad de los contendientes quede formalmente expresada dentro de un acuerdo arbitral, ya sea mediante una cláusula compromisoria o un compromiso arbitral. La primera forma considera la inclusión de cláusulas específicas dentro del contrato principal, previendo una futura controversia sobre la interpretación o aplicación del contrato. En la otra, el

---

<sup>155</sup> Zamora Sánchez, Pedro, *Arbitraje en instituciones financieras*, Oxford University Press, México, D.F., 2001, p.6

<sup>156</sup> Cabe anotar que, con excepción de la tercera hipótesis, estos criterios se encuentran incorporados en el Artículo 1416 del Código de Comercio.

<sup>157</sup> Silva Silva, Jorge A., *Op.cit.*, p.159

acuerdo de voluntades se hace explícito en un convenio particular que celebran las partes para resolver una controversia presente.

Cualquiera que sea la forma del acuerdo que se adopte, se debe definir en el mismo acto la modalidad concreta de arbitraje, de manera que las partes asuman la condición de sujetos obligados. Las partes ceden, así, el control sobre los actos subsecuentes, para que pueda ser asumido por el tercero imparcial. Esta concesión permite dar inicio a las cuatro fases del procedimiento señaladas por Jorge A. Silva:

- a) la fase postulatoria, en donde se dan a conocer las pretensiones de las partes y los elementos que las sustentan;
- b) la fase de constitución del tribunal, previa o paralela a la anterior, para designar al árbitro o a los árbitros;
- c) la fase instructora, probatoria o confirmatoria, en donde se demuestra o confirma la veracidad de los elementos fácticos;
- d) la fase conclusiva, en ella se resuelve el litigio y culmina con la emisión del laudo arbitral. Cabe anotar que la flexibilidad del procedimiento arbitral permite modificar la aplicación de estas fases.<sup>158</sup>

La misión del árbitro concluye cuando emite su laudo, aunque en algunas legislaciones se aceptan los recursos de interpretación o de apelación. Pero, ¿qué sucede cuando una de las partes se niega a acatar lo ordenado por el laudo?. Es preciso recordar que el carácter obligatorio de la resolución arbitral emana de la voluntad que expresaron las partes para someterse al criterio del tercero imparcial. No son pocos, por desgracia, los casos en que la parte afectada por la negativa de la otra a cumplir cabalmente lo resuelto, se ve forzada a requerir la intervención de un juez, para que éste, previo reconocimiento u homologación del laudo, ordene su ejecución. Desde luego, esta imposición jurisdiccional llega a trastocar las bases y fundamentos de los métodos alternativos pues, como lo advierte el maestro Briseño Sierra, con el ejercicio de esa potestad “se destronca el arbitraje”.

No obstante, vale la pena reiterar, como lo hacen Feldstein y Leonardi, que los cambios jurídicos estructurales propios de la nueva realidad político y económica, reclaman “una justicia nueva”, con reglas flexibles, actuales, confiables, y a la vez

---

<sup>158</sup> *Íbidem*, p.182-183

previsibles; de ahí que el arbitraje surja “como el medio más apto para lograr zanjar los diferendos que engloban novedosos problemas de un orden mundial nuevo” <sup>159</sup>

### 3.2.6 Ombudsman

La figura del ombudsman hizo su aparición, en la mayoría de los países occidentales, como una forma de contener los frecuentes abusos de la autoridad estatal. Según Gozaíni, su modelo de confianza “permite que cualquier conflicto del ciudadano común pueda encontrar en su metodología de trabajo una respuesta apropiada a sus necesidades y expectativas.” <sup>160</sup> .

La palabra sueca ombudsman tiene su origen en las lenguas germánicas medievales. En la actualidad, este vocablo conlleva la idea de un representante, comisionado, mandatario, agente o protector de los derechos de la ciudadanía.

También llamado defensor del pueblo, surgió, en el siglo XVII, como un guardián que se encargaba de vigilar y supervisar la aplicación de las leyes, mientras estaba ausente el entonces rey de Suecia, Carlos XII, por motivos militares. El supremo Ombudsman cambió más tarde su denominación por la de Canciller de Justicia. Al fallecer el monarca sueco, el Parlamento (Riksdag) absorbió todos los poderes del rey, y con ello también la designación del Canciller. Gil Rendón anota que este cambio en la estructura política, “resulta fundamental para comprender lo que fue después el ombudsman.” <sup>161</sup> Unos años después, en 1772, el rey Gustavo III restauró la monarquía y recuperó la prerrogativa de nombrar al canciller, lo que le valió ser criticado por no garantizar suficiente independencia a la protección jurídica de los ciudadanos, y “la comprensión de este problema dio lugar al nacimiento del moderno ombudsman.” <sup>162</sup>

Los patrones culturales y las exigencias propias de cada sociedad han sido factor determinante en la evolución de esta figura. Sus denominaciones son diversas y sus

---

<sup>159</sup> Feldstein de Cárdenas, Sara L. y Leonardi de Herbón, Hebe N., *Op.cit.*, p.56

<sup>160</sup> Gozaíni, Osvaldo A., *Formas alternativas...*, *Op. cit.*, Ediciones De Palma, Buenos Aires, 1995, p. 251

<sup>161</sup> Gil Rendón, Raymundo, *El Ombudsman en el derecho constitucional comparado*, McGraw-Hill, México, D.F., 2002, p. 11

<sup>162</sup> *Ibidem*, p.12

alcances son variables: el Ombudsman de los países escandinavos, el Comisionado Parlamentario de Inglaterra, el Defensor del Pueblo en España y Latinoamérica, el Mediador francés, el Presidente de la Comisión Nacional de Derechos Humanos en México, son algunos ejemplos de ello. Ha ido transformándose de un simple investigador de quejas ciudadanas hasta convertirse en un auténtico órgano de contención para frenar los abusos del poder y defender los derechos fundamentales del ciudadano frente a los actos indebidos del Estado. Gozaíni destaca los rasgos más comunes del ombudsman:

“Es un funcionario independiente e imparcial; se ocupa de quejas específicas del público usuario del servicio prometido y reúne facultades para investigar, criticar y dar publicidad a las deficiencias del obrar administrativo. Juego un rol preponderante en el control estatal y equilibra el peso de los poderes. La independencia de su función se preserva por la autonomía que cobra respecto del organismo que lo designa.”<sup>163</sup>

A esta función de control sobre los actos administrativos, Gil Rendón añade la defensa y protección de los derechos humanos, así como, el papel destacado en la consolidación democrática, pues opera como un canal de participación en la toma de decisiones del poder público y mediador entre éste y la sociedad.<sup>164</sup>

En cuanto a su esquema funcional, el fundamento de sus actuaciones está en el ordenamiento jurídico, si bien el ejercicio de su autoridad es de índole persuasiva, y proviene del propio prestigio y de su poder para comunicar. Por todo ello, apunta el maestro Ovalle Favela:

“(...)los organismos inspirados en el ombudsman no emiten resoluciones obligatorias, sino recomendaciones cuya eficacia depende de la respetabilidad del organismo que las formula, de la fundamentación de sus propuestas y de la disposición de las autoridades para acatarlas.”<sup>165</sup>

Esta amplitud conceptual ha ocasionado, con alguna frecuencia, cierta confusión por el uso indiscriminado del vocablo. Así, han aparecido los llamados “ombudsman ejecutivos”, órganos que están vinculados al poder ejecutivo de gobierno. Sus

---

<sup>163</sup> Gozaíni, Osvaldo A., *Formas alternativas...*, *Op.cit.*, p. 267

<sup>164</sup> Gil Rendón, Raymundo, *Op.cit.* p.600

<sup>165</sup> Ovalle Favela, José, *Op.cit.*, p.28

parámetros de actuación se asemejan a los del ombudsman tradicional, pero sin sus características esenciales. Por regla general son nombrados por el poder Ejecutivo y no por el Legislativo, lo que les resta autonomía de gestión e imparcialidad, además, suelen ocuparse de asuntos que están fuera de la esfera administrativa del Estado. Gil Rendón advierte que estas distorsiones, no obstante su eficacia práctica, han desdibujado los rasgos primigenios del modelo original.<sup>166</sup> En México encuadran dentro de esta definición el ombudsman de los consumidores (PROFECO), el de los pacientes (CONAMED) y el de los usuarios de servicios financieros (CONDUSEF).<sup>167</sup>

### 3.3 Alcance y limitaciones

Los métodos alternativos no constituyen, como se ha podido apreciar, un sistema homogéneo para resolver controversias, ni tampoco tienen la pretensión de sustituir o eliminar la función jurisdiccional. Por el contrario, los MASC desempeñan un papel complementario que contribuye al fortalecimiento de la estructura judicial, debido a su flexibilidad para adaptarse a las características particulares de las controversias. Se abren, así, nuevos horizontes para la organización de la función jurisdiccional, en la medida en que sus órganos pueden concentrarse en resolver sólo aquellas controversias que efectivamente precisan la intervención de la autoridad estatal. Bajo este supuesto, a continuación se enumeran algunas ventajas de las figuras alternativas:

- Flexibilidad. Toman en cuenta las características propias de cada asunto, ya que las partes son libres de emplear cualquiera de los métodos a su alcance, así como, de decidir qué organización o qué personas se encargarán del trámite. Desde luego, pueden también opinar sobre el procedimiento aplicable, e incluso influir en el

---

<sup>166</sup> *Íbidem*, p.29

<sup>167</sup> El art.50 Bis de la *Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros* puede ser visto como un caso particular, ya que prescribe la creación de las Unidades Especializadas dentro de la organización de las instituciones financieras. Son una especie de índole privada, pero carentes de una autonomía efectiva. En otros países (Canadá, por ejemplo), el ombudsman financiero, con autonomía plena, impone sus decisiones a las empresas asociadas al sistema, y su eficacia se plantea en términos de la conveniencia empresarial. Cuando un banco no acata sus determinaciones, corre el riesgo de enfrentar el desprestigio comercial al hacerse pública su rebeldía.

resultado. Es recomendable, sin embargo, insistir en la configuración de un cuerpo normativo que regule la actividad de los particulares y de los entes estatales. La cuestión estriba en reducir al mínimo la rigidez procedimental, y, al mismo tiempo, garantizar independencia, imparcialidad, transparencia, eficacia y seguridad jurídica.

- Rapidez. No tienen que enfrentan los problemas prácticos que, con frecuencia, provocan la saturación de los tribunales. Pueden hacer uso, con mayor facilidad, del instrumental técnico indispensable para resolver con acierto los conflictos propios de una creciente especialización en las relaciones comerciales. Por lo mismo, están en aptitud de resolver cuestiones tan complejas como los conflictos de leyes y de órganos jurisdiccionales. Todo ello, facilita la obtención de una solución ágil y pronta.
- Economía. Los servicios se ofrecen con costos diversos, pero suelen ser más económicos que los asociados a los litigios en tribunales, sobre todo cuando éstos llegan a prolongarse un tiempo excesivo, con las consiguientes erogaciones en abogados, peritos y demás gastos, sin olvidar, las incalculables pérdidas en la posición comercial o en el negocio.
- Equidad. La solución final suele ser más certera al valorarse, con mayor precisión, los conceptos relevantes de la controversia y las pretensiones de las partes. En efecto, la libertad para elegir un método determinado y para intervenir en el desarrollo del procedimiento, permite que las partes encuentren, por sí mismas, el desenlace más conveniente.
- Informalidad. Los MASC tratan de reducir al mínimo los requisitos formales en sus procedimientos. Esto resulta particularmente importante cuando el tercero imparcial debe profundizar, por su cuenta, en las circunstancias, las pretensiones y los elementos probatorios del litigio, ya que puede emplear recursos técnicos de diversa índole, e incluso aplicar el sentido común, para una llegar a una solución justa y equitativa.
- Confidencialidad. Las reuniones, juntas o audiencias, por regla general, no son públicas. Hay que evitar intromisiones inconvenientes, en particular cuando se trata de cuidar las relaciones comerciales de posibles efectos dañinos de la publicidad. La mayor parte de los MASC requieren de la franqueza de las partes y la sinceridad de sus comunicaciones, a fin de evitar que las partes resulten perjudicadas si llegan a

confrontarse en un juicio posterior. Por la misma razón, la confidencialidad debe imponerse tanto a las partes como a los terceros.

Hay también algunas desventajas que suelen a inhibir el uso de los MASC, como las siguientes:

- Falta de certidumbre jurídica. Los alcances jurídicos de los MASC son muy limitados. La certeza de que se cumplan lo resuelto depende, casi siempre, de la aceptación voluntaria de las partes. Y, cuando llega a intervenir la autoridad, lo hace sólo para cuidar que lo resuelto se apegue a los principios de legalidad y seguridad jurídica.
- Falta de obligatoriedad. Al no ser obligatorios los acuerdos negociados, pueden desvanecerse las ventajas de oportunidad, rapidez y efectividad de los MASC. Además, puede llegar a romperse la confidencialidad, cuando este principio no se encuentra sancionado por alguna norma.
- Desequilibrio entre las partes. Una posición débil de negociación o la insuficiencia recursos económicos de alguna de las partes, son dos factores que pueden afectar el equilibrio dentro de la negociación. Una de las partes puede verse forzada a aceptar un sacrificio desigual. Así ocurre, por ejemplo, cuando se trata de instituciones financieras y los usuarios de sus servicios, o del Estado y sus contribuyentes.
- Inacción de la justicia. Se argumenta que es inadmisibles privar a los tribunales de la oportunidad de emitir su interpretación de los textos legales, e impedir, con ello, que la sociedad pueda tener acceso a una mejor administración de la justicia. Al respecto, Ovalle Favela ha sostenido que el proceso, a pesar de sus defectos, sigue siendo, “el medio más seguro para obtener una solución justa y apegada al derecho.”<sup>168</sup>

---

<sup>168</sup> Ovalle Favela, José, *Op.cit.*, p.33

### 3.4 ¿Hacia una privatización de la justicia?

En épocas diversas,<sup>169</sup> las formas alternativas fueron de uso común y gozaban de una razonable aceptación. Con el surgimiento del Estado moderno, empiezan a cuestionarse las viejas fórmulas autocompositivas. En la actualidad, se discute si la proliferación reciente de los MASC, puede ocasionar el desplazamiento o, incluso, la sustitución de los órganos jurisdiccionales, es decir, la privatización de la justicia.

Esta discusión parte de una visión equivocada sobre la naturaleza de la llamada “justicia alternativa”. El principio central de los MASC es el libre ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes en conflicto, para alcanzar una solución de consenso. Pero esta libertad se encuentra limitada por otro principio básico de los MASC, que es la disponibilidad de los derechos de las partes y por las disposiciones jurídicas de orden público. Es por eso que Feldstein y Leonardi, al referirse al método arbitral, afirman que esta forma de justicia es privada sólo porque emana de “un contrato que nace del ejercicio de la autonomía de la voluntad”, pero que detrás de ello se encuentra “un principio constitucional que autoriza el libre ejercicio de esa voluntad contractual. El arbitraje como justicia privada lo es en el amplio espectro de creación de normas, pero tan sujeta a los principios jurídico-constitucionales, como sujeta a la justicia del Estado.”<sup>170</sup>

Esta relación entre método, primacía de la voluntad y sujeción al ordenamiento jurídico de un Estado, ofrece una perspectiva distinta del papel que los MASC están llamados a jugar dentro el sistema de administración de la justicia. No existe la supuesta dicotomía MASC–proceso, ya que no se trata de caminos distintos, sino complementarios. A partir de la década de los ochentas del siglo XX, la voluntad dejó de ser la nota esencial del movimiento alternativo, ya que éste quedó vinculado a la función jurisdiccional, de manera que en el término MASC se incluyen algunos procedimientos intrajudiciales que forman parte del sistema legal existente. Silvia Barona afirma que los MASC están “dejando de ser alternativas para el sistema público operante y abarcando técnicas o métodos que, surgidos desde los sectores

---

<sup>169</sup> Supra Capítulo 2

<sup>170</sup> Feldstein de Cárdenas, Sara L. y Leonardi de Herbón, Hebe N., *Op.cit.*, p.63

puramente privados, se han incorporado a las instituciones públicas, a los mismos tribunales, como parte integrante del sistema.”<sup>171</sup>

En síntesis, los MASC son de naturaleza privada, pero forman parte del interés público, relación que plantea un reto impostergable para el Estado: transformar y consolidar las modalidades alternativas, mediante el establecimiento y la estructuración de un marco normativo idóneo para su implantación, adecuación y futuro desarrollo.

---

<sup>171</sup> Barona, Silvia, *Op.cit.*, p.53

## CAPÍTULO 4 LA ACTIVIDAD FINANCIERA EN MÉXICO

### 4.1 El Derecho Económico y los servicios financieros.

La injerencia del Estado en la actividad económica ha sido, frecuentemente, objeto de interés para los estudiosos de la cuestión social, y el campo jurídico no ha sido la excepción. Históricamente, la evolución de las relaciones económicas ha influido en el rol que ha venido desempeñando el Estado en la organización de la economía. El grado y la modalidad de esta intervención, han incidido, por supuesto, en la creación y transformación de las instituciones del derecho.

El modelo liberal ha sido identificado con la defensa jurídica de la propiedad privada, de la libertad para contratar y, en general, con la tutela de las libertades individuales para concurrir a un mercado autorregulado, esto es, un Estado en funciones de policía.

Algunos problemas insuperables (como el descenso en la tasa de ganancia y las distorsiones entre oferta y demanda) atribuibles a la ineficiencia de la “mano invisible” que debía corregir cualquier desequilibrio, dieron lugar a la aparición de un Estado regulador de la actividad económica. Su responsabilidad consistía en garantizar el equilibrio dentro de la estructura de precios y mercados y asegurar la estabilidad del proceso económico, en su conjunto.

Las sucesivas crisis del modelo económico capitalista tuvieron como consecuencia la expansión del espectro de la intervención estatal. Una singular combinación de regulación, control, promoción y participación directa en actividades estratégicas. Un ente estatal eje de las decisiones macroeconómicas, responsable de planear y conducir la actividad económica de la sociedad.

Este modelo intervencionista trajo aparejado un orden jurídico muy distinto al que se empleó en la época liberal. El “derecho de la intervención estatal” -como lo cataloga el maestro Jorge Witker-, se formó alrededor de conceptos jurídicos novedosos. Se integraron normas orgánicas y funcionales para regular la propiedad con una

perspectiva social. Se diseñaron mecanismos jurídicos para controlar las variables económicas, como los precios, la moneda, el crédito y la inflación.

El derecho económico surge, así, como un instrumento eficaz para ordenar, sistematizar y evaluar ese universo normativo complejo, coyuntural y disperso. Una concepción del derecho que, en forma objetiva, comprende “un conjunto de normas y disposiciones jurídicas que regulan la actividad económica entre el Estado y los particulares, orientada a objetivos de bienestar social”, y en su aspecto subjetivo se concibe como “la facultad estatal para establecer los objetivos de la política económica, como presupuesto de su propio fin; así como las reglas de conducta de sus organismos y los particulares para la política económica y para imputar dispositivos de seguridad contra una actitud contraria.”<sup>172</sup>

La actividad financiera constituye un ingrediente fundamental de cualquier economía, de ahí que su regulación emane de la percepción concreta de un Estado sobre la naturaleza del derecho económico. En qué medida actúa normativamente en el conjunto de acciones y relaciones que se desarrollan al interior del sistema financiero nacional; o bien, en la regulación de los procesos de intermediación financiera, incluyendo la protección del interés de los usuarios de tales servicios.

Así, el derecho financiero está conformado por el cuerpo normativo que se ocupa de la función reguladora del Estado sobre la actividad financiera, en general, y de la creación y el funcionamiento de los entes financieros, en particular, así como, de la protección a los intereses de los usuarios de los servicios financieros.<sup>173</sup> Forman parte de su objeto, entre otras, los actos que se relacionan con las autorizaciones para constituir entidades financieras, los requerimientos de operación, las prohibiciones y sanciones, las reglas de la supervisión financiera y la protección de los intereses del público usuario.

---

<sup>172</sup> Witker, Jorge, *Derecho económico*, UNAM- McGraw Hill, México, D.F., 1997, p.2.

<sup>173</sup> Son muchos los autores que han empleado un concepto de Derecho Financiero ligado a las finanzas públicas, definido como aquel que regula la actividad financiera del Estado en el obtención de sus ingresos, en el manejo de sus bienes patrimoniales y en la erogación del gasto público. El presente trabajo hace suya la propuesta de otros autores, como Jesús de la Fuente Rodríguez y Fernando Hegewish Díaz Infante, quienes han buscado vincular el concepto de Derecho Financiero a la regulación del sistema financiero en su conjunto, y no sólo al de las finanzas públicas.

Los cambios más recientes en la relación economía-derecho apuntan hacia una revisión crítica de la actividad estatal en el entorno económico. Subyace en ella la idea neoliberal de reducir o ajustar las atribuciones del Estado en materia de regulación, de promoción y de planeación. Los procesos de globalización han contribuido, en buena medida, a la aceptación de este esquema de corte neoliberal, en especial dentro del campo financiero. Y México no ha podido escapar del dilema que plantea la coexistencia de una normativa constitucional intervencionista con una política económica que privilegia la apertura y la desregulación. Esta disyuntiva ha dado lugar, como afirma Jorge Witker, a “una visión dual del derecho económico”, en donde el marco legislativo secundario asimila las nuevas fórmulas de la gestión económica estatal, las cuales, hasta cierto punto, pudieran parecer como contrapuestas a los principios rectores de nuestra Carta Magna.<sup>174</sup>

#### 4.2 Evolución de los servicios financieros

A principios del siglo XIX,<sup>175</sup> los establecimientos bancarios en México trabajaban sin restricciones regulatorias, al margen de la reglamentación mercantil y, desde luego, sin prestar atención a los derechos básicos de sus usuarios. De manera similar, en el sector asegurador era notoria la ausencia de control gubernamental sobre los contratos de seguros. En general, la actividad financiera no era objeto del interés normativo de los gobiernos.

La primera nota de cambio ocurrió al promulgarse, en 1854, el Código de Comercio de la Ciudad de México, conocido como Código Lares, que reglamentaba los seguros marítimos, de compañía y de conducciones terrestres. Décadas más tarde, en diciembre de 1883, se reformó la fracción X del Artículo 72 de la Constitución de 1857, para facultar al Congreso a “expedir códigos obligatorios en toda la República, de

---

<sup>174</sup> Witker, Jorge, *Op.cit.*, p.4

<sup>175</sup> Este apartado histórico fue elaborado a partir de las investigaciones del autor Jesús de la Fuente Rodríguez, *Tratado de Derecho Bancario y Bursátil. Seguros, fianzas, organizaciones y actividades auxiliares del crédito, ahorro y crédito popular, grupos financieros*. Tomo I 4ª.ed., Editorial Porrúa, México, 2002, 757 p.; asimismo, con base en las obras del autor Octavio Guillermo de Jesús Sánchez Flores. *La institución del seguro en México*, Editorial Porrúa, México, 2000, 993 p. y *El contrato de fianza*, Editorial Porrúa, México, D.F., 2002, 992 p..

minería y de comercio, comprendiendo en este último las instituciones bancarias”.<sup>176</sup> A partir de ese momento, se consideró que la materia mercantil debía ser de competencia federal. En consecuencia, el contrato de seguro tuvo que sujetarse a las disposiciones del orden federal.

La publicación del Código de Comercio en 1884 incluyó un Título denominado “De los Bancos”, que señalaba el requisito de obtener una autorización del gobierno federal para operar en territorio nacional, sujetando a las instituciones bancarias a la vigilancia de la entidad hacendaria. En cuanto al contrato de seguro, se ratificó su naturaleza mercantil y federal, siempre que cumpliera con los requisitos de calidad del asegurador y de objeto del seguro.

El Código de Comercio de 1889 añadió, en su Título de “Instituciones de Crédito”, que el funcionamiento de las entidades bancarias se regiría por una ley especial, y mientras ésta no se expidiera, debían recabar la aprobación del Congreso de la Unión para su contrato de operación. Por lo que se refiere a los contratos de seguro, se catalogaron como actos de comercio, aquellos que fueran celebrados por empresas.

En 1892 se publica la Ley sobre Compañías de Seguros, hecho que marca el inicio del control normativo integral sobre la actividad aseguradora. Sin contravenir el principio de libertad de operación, se incorporaron diversas medidas de control y se exigía la acreditación ante la SHCP para demostrar que se habían cumplido los requisitos de ley. Pocos años después, en 1895, se emitió un decreto que fijaba las bases para el otorgamiento de concesiones a compañías de fianza nacionales y extranjeras.

La Ley de Instituciones de Crédito de 1897 es la primera ley especial creada para normar la operación de las entidades bancarias. Pretendía regular la autorización, el establecimiento y las operaciones de los bancos de emisión, hipotecarios y refaccionarios. Destacaban tres puntos principales: la posibilidad de abrir nuevos bancos, las garantías para los usuarios y tenedores de billetes y la intervención del gobierno en estos establecimientos. Sin embargo, “no logró consolidar un régimen

---

<sup>176</sup> Tena Ramírez, Felipe, *Leyes Fundamentales de México, 1808-1985*, 13ª ed., Edit. Porrúa, México, D.F., 1985, p.707

sólido y adecuado a las necesidades de una economía desprovista de recursos financieros.”<sup>177</sup>

En los meses previos al estallamiento revolucionario de 1910, se promulgó la Ley de Compañías de Seguros sobre la Vida, que fijaba la obligación para estas empresas de tramitar la autorización de la SHCP y las sujetaba a inspección oficial.

De manera simultánea, y como consecuencia del amplio crecimiento que había alcanzado esta actividad financiera en nuestro país, se expidió la Ley sobre Compañías de Fianzas de 1910 para regular el establecimiento y operación de empresas que estuvieran interesadas en expedir fianzas a favor de la hacienda pública federal. Las sociedades mexicanas y extranjeras tenían que obtener autorización de la SHCP para iniciar su funcionamiento y constituían un depósito en la Tesorería General de la Federación para garantizar el cumplimiento de sus obligaciones. Esto último permitió que se les eximiera del requisito de tener bienes raíces en la República, por considerarlas de acreditada solvencia.

El desorden monetario, financiero y económico propio del movimiento revolucionario, llevó al Presidente Carranza a decretar, en octubre de 1915, la reorganización total del sistema bancario, argumentando que los bancos habían dejado de cumplir con las responsabilidades que la ley les señalaba. Así, se creó la Comisión Reguladora e Inspectoría de Instituciones de Crédito, antecedente original de la actual Comisión Nacional Bancaria y de Valores.

Esta percepción de desorden en el sistema financiero fue la causa de que el Constituyente de 1917 plasmara, dentro del Artículo 28 constitucional, la base legal para la creación de un banco único de emisión, bajo el control del Gobierno Federal. Lamentablemente, la inestabilidad política y económica prevaeciente impidió que se aprobara la ley reglamentaria del banco central. Fue hasta el año de 1925 cuando se promulgó la Ley que creó el Banco de México, dándole la facultad exclusiva para acuñar moneda, emitir billetes, regular la circulación monetaria y los tipos de interés y de cambio con el exterior, y para actuar como agente bancario del Gobierno Federal.

---

<sup>177</sup> De la Fuente Rodríguez, Jesús *Tratado de Derecho Bancario y Bursátil. Seguros, fianzas, organizaciones y actividades auxiliares del crédito, ahorro y crédito popular, grupos financieros.* Tomo I 4ª.ed., Editorial Porrúa, México,D.F.,2002, p. 32

La creación del banco central formó parte de una estrategia de expansión del control gubernamental sobre las actividad financiera privada en nuestro país. Ya en 1924 se había promulgado la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios para combatir el desorden imperante en este sector. Se contemplaban no sólo los negocios bancarios sino también aquellos similares que tenían por objeto las prácticas bancarias con el público en general. Las instituciones de crédito debían operar bajo el régimen de concesión, con lo cual se ratificaba su naturaleza de servicio público. Ese mismo año, se creó la Comisión Nacional Bancaria (CNB), órgano de vigilancia e inspección del Gobierno Federal.

Al año siguiente se publicó la Ley de Compañías de Fianzas, con el fin de ampliar el campo de actividad de las afianzadoras al permitirles la expedición de fianzas a favor de particulares. Se les otorgó el carácter de instituciones de crédito, para lo cual debían constituirse como sociedades anónimas, y se prohibía la incursión en esta ramo de personas no autorizadas.

Un año después, tocó el turno al marco normativo de las empresas aseguradoras, al aprobarse la Ley General de Sociedades de Seguros. Se les autorizaba a operar en varios ramos, al tiempo que se extendía la supervisión gubernamental mediante una regulación más estricta. De un gran mérito puede considerarse la instauración del procedimiento conciliatorio ante el Departamento de Seguro de la SHCP, cuyo objetivo era resolver las diferencias entre los clientes y las compañías aseguradoras, previendo que de no alcanzar un acuerdo de conciliación, interviniera una junta arbitral.

En el mismo año -1926- entró en vigor la nueva Ley de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios que incluía las operaciones de las cajas de ahorro, los Almacenes Generales de Depósito, las compañías de fianzas y los bancos de fideicomiso. Se añadieron, asimismo, las bases para la formación de Bolsas y la calificación de valores, cuya supervisión gubernamental se formalizó mediante Decreto del 12 de julio de 1928, lo que permitió extender la inspección y vigilancia de la CNB a las Bolsas de Valores. Las compañías de fianzas volvieron a ser consideradas instituciones de crédito con la inclusión del Capítulo IX, cuyas disposiciones provenían, en su mayor parte, de la abrogada Ley de 1925. Se impusieron, además, diversas

prohibiciones a las afianzadoras para impedir su deterioro económico y evitar que desvirtuaran su objeto.

Dentro del amplio espectro de la regulación financiera que promovió el Presidente Calles, estaba la Ley de Crédito Agrícola que regulaba la organización y funcionamiento las sociedades regionales y locales de crédito, antecedente inmediato de las actuales Uniones de Crédito. Su finalidad era otorgar a sus socios, con fondos provenientes del Banco Ganadero y Agrícola, créditos de habilitación o de avío, así como, refaccionarios e hipotecarios,.

Al inicio de la tercera década del siglo XX, se diseñó un nuevo paquete legislativo para fortalecer la actividad financiera nacional. La mexicanización de las compañías de seguros tuvo lugar en el año de 1931, cuando fue modificada la Ley de 1926, obligando a las compañías de seguros a que se constituyeran conforme al derecho mexicano, y a que fueran administradas por una mayoría de mexicanos, con al menos un 55% de capital nacional.

La cuarta ley bancaria mexicana fue la Ley General de Instituciones de Crédito de 1932 que hizo a un lado a las organizaciones semibancarias, para reconocer la exclusividad de la práctica bancaria privada en favor de las Sociedades Mexicanas de Crédito. Al mismo tiempo, abrió un nuevo espacio a la intervención estatal en las labores financieras. Así, en su exposición de motivos, el legislador sostuvo que la iniciativa privada no podía ocuparse de la totalidad de las actividades del crédito, por lo que debían crearse las Instituciones Nacionales de Crédito, entidades con una participación estatal del 51% o más en el capital o con un Consejo formado mayoritariamente por funcionarios gubernamentales.

La misma norma legal sirvió para regular el funcionamiento de las organizaciones auxiliares de crédito, a las que se sumaron, por primera vez, las Uniones de Crédito, cuyo sujetos de atención debían ser los pequeños productores o empresarios, quienes representaban una demanda de crédito tan reducida que pasaba inadvertida para el sistema bancario. Las Bolsas de Valores quedaron como materia de concesión por parte del Gobierno Federal y las compañías de fianzas dejaron de ser consideradas como instituciones de crédito, aunque conservaron un régimen legal semejante al de 1926.

“El 31 de agosto de 1935 constituye una fecha memorable en los anales del desarrollo del seguro en México”, recuerda Octavio Sánchez Flores, puesto que se promulgaron la Ley del Contrato de Seguro y la Ley General de Instituciones de Seguros.<sup>178</sup> La primera consignaba las normas de interpretación y aplicación para el contrato de seguro. En cuanto a la Ley General, permitió establecer las bases para la operación del sector asegurador en México, además de conservar la función de control y vigilancia en la oficina de Seguros y Fianzas de la SHCP, misma que en 1946, sería sustituida por la Comisión Nacional de Seguros, a la cual se le incorporó, en 1953, un procedimiento conciliatorio con la opción de iniciar juicio arbitral cuando las partes no lograban avenir sus intereses, o bien, dejar a salvo derechos para acudir a los tribunales, habiendo agotado la instancia conciliatoria de la Comisión.

En mayo de 1941 se promulgó la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares. Conservó el régimen de concesión para las empresas de banca y crédito, pero confirió a los Almacenes Generales de Depósito, a las Uniones de Crédito y a las Bolsas de Valores, la categoría de organizaciones auxiliares de crédito, las cuales debían contar con autorización de la SHCP para operar.

La Ley de Instituciones de Fianzas de 1943 retomó disposiciones anteriores, y las enriqueció con la experiencia acumulada durante casi dos décadas. Vale la pena destacar que, a diferencia de las compañías aseguradoras, las instituciones de fianzas no tenían que asumir riesgos, ya que se limitaban a prestar un servicio de examen y obtención de contragarantías para constituirse como fiadores de deudores. Con la reforma de 1950 se transforma en Ley Federal de Instituciones de Fianzas, la cual se encuentra vigente hasta la fecha, y que, en opinión de Octavio Sánchez Flores, “fue considerada la disposición más relevante en materia de fianzas hasta entonces.”<sup>179</sup>

La Comisión Nacional de Valores se creó en 1946 como un ente especializado responsable de la supervisión bursátil que hasta ese momento venía realizando la Comisión Nacional Bancaria.

---

<sup>178</sup> Sánchez Flores, Octavio G. de Jesús. *La institución del seguro en México*, Editorial Porrúa, México, D.F., 2000, 993 p. 11

<sup>179</sup> *Ibidem*, p. 45

Durante la década de los cincuenta, el Estado mexicano siguió ideando nuevas fórmulas para fortalecer su intervención en la economía, como los fideicomisos públicos y los fondos de fomento económico, para responder a los requerimientos financieros del desarrollo agrícola y pesquero (FIRA y FOPESCA) y de la capacidad industrial (FOGAIN). En esa misma línea de promoción económica, la Ley de Sociedades de Inversión de 1954 tuvo por objeto alentar la diversificación del riesgo en las inversiones de capital.

Las modificaciones de 1970 a la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares, abrieron el camino para la integración de agrupaciones financieras y la aparición de la banca múltiple dentro del sistema financiero mexicano (lo que ocurrió en 1978). Se adicionó el Artículo 160-Bis para integrar las instituciones de seguros y fianzas al sistema de inspección y vigilancia de la CNB. Surgió, así, la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros, órgano que habría de desintegrarse en 1990 para dar paso a dos entidades distintas: la Comisión Nacional Bancaria y la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas.

La Ley del Mercado de Valores se publicó en 1975. Se agruparon las diversas bolsas de valores en una entidad única: la Bolsa Mexicana de Valores. Hicieron su aparición las casas de bolsa para sustituir a los agentes de valores y se fijaron las bases para incorporar a los bancos, a las aseguradoras y a las afianzadoras al mercado de valores.

En 1981 volvió a reformarse la Ley General de Instituciones de Seguros. La actividad aseguradora quedó sujeta al régimen de concesión y se fortalecieron las funciones de inspección y vigilancia de la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros. Dos años después, se instrumentan nuevas modificaciones a esta norma legal, lo que permite sentar bases más sólidas para la protección de los intereses de los asegurados. Las fórmulas conciliatorias y arbitrales fueron concebidas por el legislador como la mejor manera de resolver las controversias entre instituciones y usuarios “en forma rápida y objetiva conforme a los principios constitucionales y acatando la formalidades esenciales del procedimiento.”<sup>180</sup> Se impusieron, además, plazos perentorios a las

---

<sup>180</sup> *Íbidem*, p.17

aseguradoras para que rindieran sus informes, como respuesta a las reclamaciones de los asegurados.

El mismo espíritu proteccionista animó la constitución de reservas por obligaciones pendientes de cumplir, a la que alude el Artículo 135 de la Ley mencionada. En esa virtud, los productos de inversión de dicha reserva debían entregarse al demandante si llegaba a conseguir una resolución favorable a sus intereses. De esta suerte, el usuario reclamante se encontraba a salvo de pérdidas financieras, ante el eventual alargamiento del proceso.

La evolución de la función bancaria sufrió una fuerte sacudida cuando el Ejecutivo Federal expidió, en 1982, el Decreto de Nacionalización de la Banca Privada. Ese mismo año, se adicionó el párrafo quinto al Artículo 28 constitucional, a efecto de prescribir la exclusividad del Estado en la prestación del servicio de banca y la obligación de garantizar los intereses del público usuario, a través de la ley reglamentaria correspondiente.

Las reformas a las fracciones X y XVIII del Artículo 73 constitucional permitieron otorgar facultades al Congreso de la Unión para que legislara en materia de servicios de banca y crédito. Con la publicación de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito, en 1983, se crearon las Sociedades Nacionales de Crédito y, se incluyeron, por primera vez, disposiciones específicas para normar la protección de los intereses del público usuario.

Las Organizaciones Auxiliares del Crédito no fueron catalogadas dentro del área financiera reservada al Estado, de ahí que se expidiera la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito para regular la organización y el funcionamiento de los Almacenes Generales de Depósito, las Arrendadoras Financieras, las Uniones de Crédito, las empresas de Factoraje Financiero y las Cajas de Ahorro, así como, la compra-venta habitual y profesional de divisas que realizaban las casas de cambio, considerada desde entonces como Actividad Auxiliar del Crédito. La nacionalización de la banca junto con las modificaciones que sufrió su marco legal, causaron una fuerte convulsión financiera y económica, seguida por una fuerte presión política. El proceso de desarrollo integral de la banca fue frenado durante casi una década, debido a que los bancos debían ajustar su operación a la normatividad de las

empresas estatales, al tiempo que eran vigilados y supervisados como instituciones crediticias. Jesús de la Fuente Rodríguez señala al respecto:

“Con esta transformación del sistema bancario, se interrumpe un esquema de interacción de servicios financieros que evolucionaba de acuerdo con las tendencias mundiales hacia un sistema de banca universal y se limitan los espacios de acción de los particulares(...)”<sup>181</sup>

Las reformas constitucionales de 1990 tuvieron por objeto reincorporar la inversión privada nacional a la estructura accionaria de la banca comercial. Para ello, se derogó el Párrafo Quinto del Artículo 28 constitucional, a efecto de eliminar la exclusividad del Estado en la prestación de los servicios de banca y crédito. El mismo paquete de modificaciones legales contemplaba los cambios a la Ley de Instituciones Crédito, sobre todo en cuanto a la nueva composición patrimonial de las sociedades del crédito y al esquema de regulación y supervisión aplicable a estas empresas. Se refrendó la rectoría del Estado sobre el sistema bancario, pero con un régimen jurídico en donde ya no se exigía una concesión sino tan sólo la autorización de la SHCP, aunque el control accionario debía ser ejercido por mexicanos. Volvió a organizarse la Comisión Nacional Bancaria con el fin de fortalecer la función inspección y vigilancia de las entidades bancarias y auxiliares del crédito y de reforzar el esquema de protección de los intereses del público usuario.

Dentro del mismo paquete legislativo cambió de nombre la Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros y se creó la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, como el órgano desconcentrado del gobierno federal que se haría cargo de supervisar a las entidades aseguradoras y a las afianzadoras. Como en el caso de los bancos, se estableció el requisito de autorización, en lugar de la concesión, para poder funcionar como institución o sociedad mutualista de seguros. Al reformarse esta Ley en 1993, se incorporaron nuevas reglas para el arbitraje ante la CNSF, las cuales volvieron a sufrir cambios en 1997, al igual que las disposiciones relativas al procedimiento conciliatorio en materia de seguros.

El paquete de reformas del sistema financiero de 1990 incluyó, asimismo, la publicación de la Ley de Agrupaciones Financieras, cuyo objeto era adaptar los

---

<sup>181</sup> De la Fuente Rodríguez, Jesús, *Op. cit.*, p.36

esquemas de supervisión estatal a las nuevas formas de integración de los intermediarios financieros.

A partir de 1992, empezaron a ser reguladas las operaciones de tradicionales cajas populares de ahorro, mediante su inclusión dentro del sistema financiero nacional, bajo la figura jurídica de Sociedades de Ahorro y Préstamo que estaba contemplada por la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito.

La modernización de los sistemas de jubilación recibió un fuerte impulso legislativo en 1992. Hizo su aparición el Sistema de Ahorro para el Retiro –SAR- como un mecanismo de ahorro obligatorio para los trabajadores, que buscaba complementar los recursos económicos de las pensiones en nuestro país. Pero fue hasta el año de 1996, con la publicación de la Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro, cuando se fijaron las bases de un nuevo sistema de pensiones. Se diseñó un esquema de capitalización individual, en donde las aportaciones de los trabajadores, sus patrones y el gobierno se integraban en cuentas individuales, cuyo manejo se encargó a instituciones financieras especializadas denominadas Administradoras de Fondos para el Retiro (AFORES) y Sociedades de Inversión Especializadas en Fondos para el Retiro (SIEFORES).

La crisis financiera de diciembre de 1994 causó daños de gran cuantía -en algunos casos irreparables- a las entidades financieras del país. En un intento por recuperar la estabilidad del sistema financiero nacional, se consolidan en un solo órgano las funciones de la CNB y de la CNV. Nace entonces la CNBV con la tarea de regular y supervisar a la mayor parte de las entidades financieras del país. Las aseguradoras y las afianzadoras permanecieron bajo la autoridad de la CNSF, con el argumento de que era necesario mantener el nivel de especialización técnica inherente a los contratos de seguros y de fianzas. Esta disgregación de la supervisión financiera del Estado pudo haber dañado su efectividad regulatoria, frente a la complejidad operativa de las emergentes agrupaciones financieras que manejan empresas de todo tipo.

La crisis sistémica del entorno financiero en México significó el fracaso del retorno del capital privado nacional al sector bancario. El Gobierno Federal tuvo que intervenir gerencialmente varias entidades financieras con operaciones irregulares y problemas

de solvencia financiera. Instrumentó diversos programas de capitalización y financiamiento que se destinaron a fortalecer las operaciones de la banca.

A los usuarios se les apoyó con programas para reducir sus deudas, pero muchos de ellos no pudieron evitar su quiebra patrimonial, lo que provocó una fuerte presión social sobre la autoridad gubernamental. Dentro de este contexto, fue creada la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros (CONDUSEF), organismo público descentralizado, cuyo objeto es promover, asesorar, proteger y defender los intereses de quienes hacen uso de los servicios que prestan las instituciones bancarias, bursátiles, auxiliares del crédito, de seguros, de fianzas y de ahorro para el retiro.

Por último, y antes de lo previsto, hubo que abrir las fronteras al capital extranjero que empezó a incursionar, con gran fuerza, dentro de todo el sistema financiero mexicano, con las consecuentes modificaciones en las políticas corporativas y en las prácticas legales inherentes al tratamiento de los conflictos con sus usuarios.

#### 4.3 Régimen legal del sistema financiero en México

La historia de la actividad financiera en nuestro país deja ver una evolución asistemática. La creación y desarrollo de entidades financieras y entes reguladores ha carecido de orden y unidad.

A lo largo de casi dos siglos, han ido emergiendo a la vida pública, por lo general de manera espontánea, bancos, aseguradoras, afianzadoras, almacenes generales de depósito, uniones de crédito, bancos de desarrollo, fideicomisos públicos, casas de bolsa, sociedades de inversión y de ahorro, casas de cambio y, más recientemente, arrendadoras financieras, empresas de factoraje, sociedades financieras de objeto limitado, administradoras de fondos para el retiro y sociedades financieras populares.

Este amplio espectro de intermediarios ha creado un complejo entramado de relaciones económicas e institucionales que, por su naturaleza pública, se han constituido en objeto de interés para el Estado mexicano. El maestro Jesús de la Fuente Rodríguez enumera diversos motivos que justifican ese interés en las empresas bancarias, por ejemplo: reciben fondos del público, sus servicios son

satisfactorios indispensables para atender necesidades colectivas, existe un interés colectivo por evitar su descrédito e impedir perjuicios a ahorradores e inversionistas y los bancos son el pilar del sistema nacional de pagos del país. No obstante, como se vio en el apartado anterior, la acción legislativa y la función reguladora del Estado mexicano en este campo, han sido, en términos generales, coyunturales, dispersas y poco eficaces.

Es importante, por lo tanto, repasar los ordenamientos jurídicos más relevantes que enmarcan, en la actualidad, la actividad financiera en México, con objeto de identificar la estructura institucional en la que pueden ubicarse y actuar los MASC.

#### 4.3.1 Preceptos constitucionales

La conformación del sistema financiero mexicano tiene su fundamento en los Artículos 25, 26 , 28 y 73 fracción X, constitucionales. Como se vio con anterioridad,<sup>182</sup> fue hasta 1883 cuando se aprobaron las reformas a la Constitución de 1857 para otorgar al Congreso la facultad de legislar sobre la actividad de las instituciones bancarias, incorporándolas al Código de Comercio;<sup>183</sup> de manera semejante, y por ser materia mercantil, el contrato de seguro fue asimilado por la legislación federal.

Al promulgarse la Constitución de 1917, inició una nueva etapa en la normatividad constitucional de los servicios financieros. El Artículo 28 fijaba la base legal para la creación del Banco Central, mientras que el Artículo 73, en su fracción X, le atribuía al Congreso la facultad para establecer “el Banco de Emisión Único” y para crear leyes que normaran, en toda la República, a las instituciones de crédito, a través de una legislación específica; además, la fracción XXIX de este último Artículo, reservaba al órgano legislativo federal, la facultad de establecer contribuciones “sobre instituciones de crédito y sociedades de seguros”. El Constituyente reconocía, así, la importancia de que el Estado regulara la actividad crediticia del sistema financiero en su conjunto.

---

<sup>182</sup> Supra 4.2

<sup>183</sup> *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* “ Art.72, frac.X,-. Para expedir códigos obligatorios en toda la República, de minería y de comercio, comprendiendo en este último la instituciones bancarias”, citado por Tena Ramírez, Felipe, *Leyes Fundamentales de México, 1808-1985*, 13ª ed., Edit. Porrúa, México, D.F., 1985, p. 707.

Los acontecimientos inesperados de 1982 provocaron la modificación del esquema constitucional prevaeciente. Las reformas a los Artículos 28<sup>184</sup> y 73 frac. X,<sup>185</sup> junto con las adiciones al capítulo económico de los Artículos 25 y 26 que consagraban la rectoría del Estado en la economía y su responsabilidad en la planeación del desarrollo nacional, conformaron el fundamento moderno de la intervención estatal en el sistema financiero, excluyendo al sector privado del servicio de banca y crédito.

En los albores de la década de los noventa, una vez controlada una de las crisis financieras más severas de la época moderna, pudo restablecerse el régimen mixto en el servicio de banca y crédito. Se derogó el mencionado Párrafo Quinto del Artículo 28 Constitucional que establecía la exclusividad del Estado en la actividad bancaria, para abrirla nuevamente a la participación del capital privado. No obstante, quedó firme la rectoría estatal en todo el sistema financiero (Artículos 25 y 26 Constitucionales) y se ratificó, a través de la banca de desarrollo, la intervención financiera directa del Estado. Al analizar la exposición de motivos de esta reforma, Fernando Hegewish recuerda que el Ejecutivo Federal se pronunció por “volver al espíritu original de la Constitución de 1917.”<sup>186</sup> Esta idea pretendía justificar la búsqueda de una mayor prosperidad nacional bajo una economía de participación mixta, al tiempo que cuestionaba la aseveración de que a mayor propiedad estatal más justicia y mayor fortaleza, pero sin eludir la responsabilidad social del Estado en la conducción de la economía.

Por otra parte, ya era evidente la tendencia internacional hacia el nuevo papel de los intermediarios financieros. Fernando Hegewish lo explica así:

“Los intermediarios financieros eran un factor importante puesto que en la medida en que los servicios proporcionados por esos intermediarios no lograsen

---

<sup>184</sup> *Íbidem*, “Art.28.- Se exceptúa también de lo previsto en la primera parte del primer párrafo de este Artículo la prestación del servicio público de banca y crédito. Este servicio será prestado exclusivamente por el Estado a través de instituciones, en los términos que establezca la correspondiente ley reglamentaria, la que también determinará las garantías que protejan los intereses del público y el funcionamiento de aquéllas en apoyo de las políticas de desarrollo nacional. El servicio público de banca y crédito no será objeto de concesión a particulares.”

<sup>185</sup> “Art.73.- El Congreso tiene facultad:

I a IX.- .....

X.- Para legislar en toda la República sobre .... servicios de banca y crédito...”

<sup>186</sup> Hegewish Días Infante, Fernando, *Derecho financiero mexicano*, 2ª ed., Editorial Porrúa, México, D.F., 1999, p.12-13

alcanzar, en calidad y precio, a los ofrecidos en el exterior, nuestros productos competirían en desventaja en los mercados internacionales.”<sup>187</sup>

En agosto de 1993, se publicó el Decreto que reformó el Artículo 28 para otorgar la autonomía al Banco Central y facultarlo como autoridad para regular los cambios, así como la intermediación y los servicios financieros, con la intervención de las autoridades que pudieran ser competentes en la materia. El mismo Decreto incluyó una modificación relevante a la Fracción X del Artículo 73, se sustituyó la expresión “servicios de banca y crédito” por la de “servicios financieros”, y con ello se abrió el espectro legislativo del Congreso hacia todo el conjunto de entidades y operaciones financieras de nuestro país.

#### 4.3.2 Leyes Especiales y disposiciones generales.

La actividad financiera está caracterizada por un alto grado de especialización de sus elementos técnico-operativos y, por la misma razón, de su entorno normativo.

La evolución de la materia jurídica en el campo financiero ha transitado, en términos generales, desde una amplia desregulación, prácticamente ajena al quehacer financiero, hasta la conformación de un marco legal especializado y complejo, adaptable a las circunstancias concretas de los acontecimientos económicos. La expresión jurídica de esta capacidad de adaptación puede encontrarse en la facultad de emitir disposiciones generales de índole administrativa. Un voluminoso cuerpo normativo que reúne circulares, oficios y otros documentos, que facilitan el ejercicio eficaz de las funciones de inspección y vigilancia que llevan a cabo las autoridades supervisoras. En México, esta facultad la ejercen la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, el Banco de México, la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas y la Comisión Nacional del Sistema de Ahorro para el Retiro.

A esta complejidad normativa hay que añadir las disposiciones que emanan de fuentes supletorias, lo que, sin duda, dificulta aún más el análisis del marco jurídico de la actividad financiera. Sin duda, la sistematización de todo el conjunto de normas

---

<sup>187</sup> *Íbidem*, p.16

rebasa, por mucho, los alcances del presente trabajo. Por ello, sin agotar el tema, habrá de revisarse el contenido de las diversas leyes especiales, partiendo de una posible vinculación con el desarrollo de los MASC.

#### 4.3.3 Ley de Instituciones de Crédito

Fue publicada el 18 de julio de 1990, y, a pesar de su corta existencia, ya ha sido objeto de diversas reformas. Tiene por objeto regular el servicio de banca y crédito, la organización y el funcionamiento de las instituciones autorizadas para prestarlo, así como, las actividades y operaciones que éstas pueden realizar. Es pertinente anotar que el Código de Comercio reputa las operaciones de bancos como actos de comercio,<sup>188</sup> y prescribe que las instituciones de crédito deben regirse por una ley especial.<sup>189</sup> En cuanto a la banca de desarrollo, el Artículo Sexto de la LIC establece que estas instituciones se regirán por su respectiva ley orgánica.

La LIC reconoce como normas de aplicación supletoria: I. La legislación mercantil; II. Los usos y prácticas bancarios y mercantiles; III. El Código Civil para el Distrito Federal, y IV. El Código Fiscal de la Federación, para efectos de las notificaciones y del recurso de revocación al que se refieren los artículos 25 y 110 de la misma Ley.

Las instituciones de crédito están autorizadas para captar recursos del público en general dentro del mercado nacional, y son los únicos intermediarios financieros que pueden recibir depósitos en cuentas de cheques.

Aún sin estar sometidas al régimen de concesión, las instituciones de banca múltiple por realizar una actividad de interés público, deben satisfacer requisitos legales muy exigentes para obtener la autorización de la SHCP. Además, la autorización puede ser revocada si se incurre en alguno de los supuestos mencionados en el Artículo 28 de la LIC; por ejemplo, cuando la institución reiteradamente realiza operaciones distintas de las que le están permitidas, o no se ajusta a las previsiones de calificación de cartera de créditos.

---

<sup>188</sup> Código de Comercio, Art.75, XIV.

<sup>189</sup> *Ibidem*, Art. 640.

En cambio, la banca de desarrollo está conformada por entidades de la administración pública federal, que operan como sociedades nacionales de crédito. No se encuentran sujetas al régimen de autorización, puesto que han sido creadas por mandato de ley, aunque la SHCP está facultada para determinar las bases de la organización y funcionamiento de sus órganos, mediante la expedición del reglamento orgánico de cada institución.

Las filiales de instituciones financieras del exterior son sociedades mexicanas con una participación mayoritaria de instituciones financieras del exterior en su capital. Pueden operar como instituciones de banca múltiple o sociedades financieras de objeto limitado, pero requieren de la autorización de la SHCP para establecerse en territorio nacional.

Por último, la LIC contempla también, conforme al Artículo 103, la organización de las sociedades financieras de objeto limitado, instituciones de crédito no bancarias que únicamente pueden captar recursos a través de la colocación de instrumentos inscritos en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios y otorgar créditos sólo para una actividad o sector determinado.

Una amplia gama de operaciones pasivas, activas y de servicios se enlista en el Artículo 46 de la Ley, y cada una de ellas pudiera representar una causa de conflicto con los usuarios de las instituciones de crédito.<sup>190</sup>

Las operaciones pasivas están contenidas en la Fracción I del artículo 46; son cuatro las formas de recibir depósitos bancarios de dinero: a la vista, retirables en días preestablecidos, de ahorro y a plazo. Al respecto, la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito precisa que el depósito bancario de dinero estriba en “transferir la propiedad de dinero, sea en moneda nacional o extranjera, al depositario, obligándolo a restituir al depositante la misma suma en la misma especie, y su retiro se sujetará a los términos y condiciones que en el contrato se señalen.”<sup>191</sup>

---

<sup>190</sup> En este punto conviene recordar que, por disposición de Ley, la naturaleza comercial de las operaciones bancarias asimila la eventual naturaleza civil del acto sujeto a controversia, de manera que deben aplicarse los ordenamientos mercantiles, *Código de Comercio*, Artículo 1050: “Cuando conforme a las disposiciones mercantiles, para una de las partes que intervienen en un acto, éste tenga naturaleza mercantil y para la otra tenga naturaleza civil, la controversia que del mismo se derive se regirá conforme a las leyes mercantiles.”

<sup>191</sup> *Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito*, Artículos 267 y 268. Esta es la actividad tradicional de los establecimientos bancarios, en su calidad de sujetos deudores. Otras

Las innovaciones tecnológicas, por su parte, han cambiado, de manera radical, la forma de realizar la actividad bancaria. El desarrollo de sistemas electrónicos en depósitos y retiros de dinero, abarca ya innumerables operaciones, a partir de lo dispuesto por el Artículo 52 de la LIC.<sup>192</sup> En un primer momento, se habilitaron las tarjetas de débito y los cajeros automáticos, lo que permitió ampliar el horario y los territorios del servicio bancario; hoy se cuenta con ya con el servicio de transferencia electrónica vía internet, cuyos inciertos efectos aún están por definirse. Desde luego, esta evolución ha beneficiado al sistema financiero en su conjunto, sin embargo, ha encarecido sus costos debido al aumento indiscriminado en el cobro de comisiones, abriendo también amplios espacios para nuevas y más complejas controversias en materia financiera.<sup>193</sup>

La Fracción II del Artículo 46 establece que las Instituciones de Crédito podrán aceptar préstamos y créditos, una operación muy vinculada con la anterior, puesto que suele adoptar la forma de depósitos bancarios de dinero, como en el caso del pagaré a plazo.

Otro mecanismo de captación de recursos para las Instituciones de Crédito, lo constituyen la emisión de bonos y de obligaciones subordinadas, a la que hacen referencia las fracciones III y IV del Artículo 46. Los bonos bancarios y sus cupones son títulos de crédito y producen acción ejecutiva respecto de la institución emisora,

---

disposiciones relevantes pueden encontrarse en los Capítulos I y II de la LIC; en los 267 a 275 de la LGTOC; y, por lo que hace al cheque en lo particular, están los Artículos 175 al 207 de la misma LGTOC.

<sup>192</sup> *Ley de Instituciones de Crédito*, Art. 52: "Las instituciones de crédito podrán pactar la celebración de sus operaciones y la prestación de servicios con el público, mediante el uso de equipos, medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología, sistemas automatizados de procesamiento de datos y redes de telecomunicaciones, ya sean privados o públicos, estableciendo en los contratos respectivos las bases para determinar lo siguiente: I. Las operaciones y servicios cuya prestación se pacte; II. Los medios de identificación del usuario y las responsabilidades correspondientes a su uso, y III. Los medios por los que se haga constar la creación, transmisión, modificación o extinción de derechos y obligaciones inherentes a las operaciones y servicios de que se trate.

El uso de los medios de identificación que se establezcan conforme a lo previsto por este artículo, en sustitución de la firma autógrafa, producirá los mismos efectos que las leyes otorgan a los documentos correspondientes y, en consecuencia, tendrán el mismo valor probatorio."

<sup>193</sup> *Anuario Estadístico 2004*, Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros. Aunque esta compilación estadística de la CONDUSEF sólo incluye una parte mínima de los conflictos entre usuarios e instituciones de crédito, sus datos pueden considerarse como una muestra válida del conjunto de controversias, y de ellas se desprende que han sido constantes las reclamaciones por el servicio de cajeros automáticos, el uso de tarjetas de débito y el cobro indebido de comisiones.

previo requerimiento ante fedatario público;<sup>194</sup> las obligaciones subordinadas, por su parte, son títulos de crédito con los mismos requisitos y características de los bonos bancarios, pero puede ser o no convertibles en acciones.<sup>195</sup>

El otorgamiento de crédito, al que se refiere la Fracción VI del Artículo 46 de la LIC, continúa siendo la actividad fundamental de las empresas bancarias. Como sujeto acreedor, la institución de crédito se obliga a poner una suma de dinero a favor de sus clientes, o a contraer una deuda por cuenta de éstos, para que hagan uso de ese crédito en la forma y en los términos que se pacten en el contrato respectivo; por el lado del acreditado, éste queda obligado a restituir el capital que utilice y a pagar los intereses, prestaciones, gastos y comisiones que se estipulen.<sup>196</sup>

La obtención y el uso de estos recursos crediticios se sujeta a la viabilidad de los proyectos, a la solvencia moral, administrativa y económica de los acreditados, a la disponibilidad de garantías suficientes para respaldar su capacidad crediticia y a la aplicación correcta del crédito conforme al destino que haya sido autorizado.<sup>197</sup> En este punto, el incumplimiento de la parte deudora o la falta de supervisión oportuna sobre la aplicación del crédito, llegan a ocasionar conflictos entre las partes que transitan con facilidad hacia la controversia judicial.

Dentro de las operaciones activas, la que tiene un índice más alto de conflictividad es la expedición de tarjetas de crédito (Artículo 46, Fracción VII). Por un contrato de apertura de crédito en cuenta corriente el banco se obliga a otorgar a su cliente un crédito en cuenta corriente, esto es, autoriza al acreditado para que ejerza el crédito

---

<sup>194</sup> *Ibid*, Art. 63

<sup>195</sup> *Ibid*, Art. 64

<sup>196</sup> *Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito*, Art. 291. Estas operaciones están contempladas en los Arts. 291 a 301 de la LTOC; además, pueden, en su caso, quedar sujetas a las disposiciones sobre contratos de cuenta corriente que se encuentran contenidas en los Arts. 302 al 310 de la misma Ley, así como, a los numerales 321 al 333 correspondientes a los créditos de habilitación o avío y refaccionarios y 334 al 345 para las garantías prendarias. Desde luego, les son aplicables las disposiciones emanadas de las reformas del 2000 y 2003, en la Sección Séptima del Capítulo IV y Sección Segunda del Capítulo V, ambos del Título II, concernientes a la prenda sin transmisión de dominio y al fideicomiso de garantía. Asimismo, deben considerarse las disposiciones de las leyes locales, por ejemplo, los Arts. 2384 al 2397 y 2893 del Código Civil para el Distrito Federal aplicables a los contratos de mutuo y de hipoteca.

<sup>197</sup> *Ley de Instituciones de Crédito*, Art. 65

en uno o varios retiros y a pagarlo mediante diferentes remesas, sea en reembolso parcial o total, para constituir así nuevos saldos disponibles.<sup>198</sup>

Otra fuente importante de controversias es la operación de fideicomisos (Artículo 46, Fracción XV). Nace de la celebración de un contrato de fideicomiso, cuando una persona denominada fideicomitente entrega bienes o derechos a otra llamada fiduciaria, para que los administre y realice con una finalidad lícita, determinada y posible. El patrimonio fideicomitado se destina en favor de uno o varios fideicomisarios que incluso pueden ser el mismo fideicomitente o el fiduciario.<sup>199</sup> Esta modalidad de afectación patrimonial a un fin determinado, se ha generalizado en la práctica bancaria, principalmente para administrar e invertir los bienes fideicomitados, garantizar el cumplimiento de obligaciones crediticias y realizar actividades empresariales. Se conforma así un amplio espectro de posibles inconformidades por abusos, negligencia o desconfianza en la gestión fiduciaria.

Las operaciones anteriores no son las únicas que están reguladas por el multicitado Artículo 46. Sin embargo, sí permiten ilustrar el intrincado panorama jurídico y económico de controversias potenciales entre usuarios e instituciones, cuando, por ejemplo: se aplican cargos indebidos por disposiciones o consumos no efectuados; se cobran altas tasas de interés y comisiones; se cobran cheques falsificados o se falsifican las firmas; se otorgan préstamos condicionados o se realizan cobros injustificados sobre los mismos; falta de transparencia en la administración fiduciaria; se incumplen las condiciones de pago de los créditos o se desvían los recursos crediticios hacia conceptos no autorizados; es insuficiente el monto de las garantías crediticias; se falsifican los informes sobre la viabilidad de los proyectos o sobre la solvencia moral y económica de los acreditados; todas ellas conforman una muestra representativa del panorama controversial característico de las relaciones entre bancos y clientes.

---

<sup>198</sup> *Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito*, Art. 291. Al igual que en la fracción anterior, también resultan relevantes los artículos 291 a 301 y 302 a 310 de la LTOC, relativos a la apertura de crédito y a la cuenta corriente, respectivamente; la figura particular se enuncia en el Artículo 296. Las particularidades normativas de esta operación se encuentran contenidas en Reglas que se publican en el Diario Oficial de la Federación, a las cuales deben sujetarse las instituciones de crédito para emitir y operar tarjetas de crédito.

<sup>199</sup> *Íbidem*, Art. 381-382. Otras referencias normativas importantes se encuentran en el Capítulo IV de la LIC y el Capítulo V de la LTOC.

#### 4.3.4 Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito

La publicación de la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito en 1985, fue un reconocimiento a las diferencias reales entre intermediarios bancarios y no bancarios. Las organizaciones auxiliares se conceptuaron como entes distintos, peculiares y especializados, cuyo objetivo era complementar la actividad crediticia de la banca, con el fin de satisfacer los crecientes requerimientos de financiamiento del aparato productivo y comercial. Se incluyó, además, la compra-venta de divisas, realizada de manera habitual y profesional, como una actividad auxiliar del crédito..

Las organizaciones auxiliares del crédito no están autorizadas para captar ahorro del gran público inversionista, actividad que se encuentra reservada a las instituciones de crédito. Pueden ser de cuatro tipos: almacenes generales de depósito, arrendadoras financieras, uniones de crédito y empresas de factoraje financiero.<sup>200</sup> Al igual que otras entidades financieras, requieren de una autorización de la SHCP para constituirse y operar, salvo las uniones de crédito que deben obtenerla de la CNBV.

Los almacenes generales de depósito tienen por objeto el almacenamiento, manejo, control, distribución o comercialización de bienes o mercancías bajo su custodia, amparados por certificados de depósito, con o sin bonos de prenda.<sup>201</sup> Desde luego, pueden otorgar financiamiento a sus depositantes con garantía en dichos certificados.<sup>202</sup> Su fundamento legal se encuentra en los Artículos 11 a 23 de la LOAAC, así como, en el Capítulo VI de la LTOC, correspondiente al Certificado de Depósito y Bono de Prenda. Sobre la importancia económica de estas entidades, De la Fuente Rodríguez sostiene que:

---

<sup>200</sup> La LOAAC contempla una quinta figura, las sociedades de ahorro y préstamo, sin embargo, su desaparición es inminente al entrar en vigor de la *Ley de Ahorro y Crédito Popular* de junio de 2001, en cuyos Artículos Primero al Cuarto Transitorios se establecen los plazos y las condiciones para ello.

<sup>201</sup> *Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito*, Art. 11y *Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito*, Art. 229

<sup>202</sup> *Íbidem*, Art. 11

“(…) juegan un papel preponderante en el sistema financiero, por sus diferentes actividades que constituyen un fuerte estímulo para el aumento de la producción agrícola e industrial y por el incremento de la actividad comercial.”<sup>203</sup>

Estas entidades financieras pueden ser de tres clases: a) los que únicamente prestan el servicio de depósito de bienes o mercancías; b) los que además está facultados para operar como depósito fiscal; c) lo que reúnen los términos de los dos incisos anteriores y además otorgan financiamientos.<sup>204</sup> De esta manera, los conflictos entre almacenes y depositantes pueden ir desde las quejas por descuidos en lo depositado o por el cobro de tarifas, hasta las reclamaciones por errores en los procedimientos aduaneros e inconformidades, por el incumplimiento en los pagos de los créditos o por disminución de garantías como resultado de la depreciación en las mercancías.

Las arrendadoras financieras, por su parte, guardan una vinculación más estrecha con la actividad financiera. Se constituyen y operan conforme a lo dispuesto en la los Artículos 24 a 38 de la LOAAC. La parte activa de su operación se realiza mediante la celebración de contratos de arrendamiento financiero, por virtud de los cuales, tal como lo prescribe el Artículo 25 de la LGOAAC , “...la arrendadora financiera se obliga a adquirir determinados bienes y a conceder su uso o goce temporal, a plazo forzoso, a una persona física o moral, obligándose ésta a pagar como contraprestación, que se liquidará en pagos parciales, según se convenga, una cantidad en dinero determinada o determinable, que cubra el valor de adquisición de los bienes, las cargas financieras y los demás accesorios, y adoptar al vencimiento del contrato alguna de las opciones terminales a que se refiere el artículo 27 de esta Ley.”<sup>205</sup>

Están autorizadas para adquirir bienes con el fin de darlos en arrendamiento financiero; pueden obtener créditos para financiar la compra de activos fijos como construcciones, maquinaria y equipo que requiera el arrendatario; sus recursos pueden también provenir de la colocación, entre el público inversionista, de obligaciones subordinadas en serie o en masa, así como, del descuento, dación en

---

<sup>203</sup> De la Fuente Rodríguez, Jesús, *Op. Cit.*, Vol.II, p. 987

<sup>204</sup> *Ibidem*

<sup>205</sup> Las opciones terminales consisten en: a) la compra de los bienes a un precio inferior a su valor de adquisición; la prórroga del plazo para continuar con el uso o goce temporal, con pagos inferior es a los que se venían haciendo; c) participar con la arrendadora financiera en el precio de la venta de los bienes a un tercero.

garantía o negociación de los títulos de crédito o de la afectación de derechos sobre los contratos de arrendamiento financiero en favor de las instituciones que les otorguen financiamientos.<sup>206</sup>

El arrendamiento financiero es una figura compleja que incorpora elementos diversos de operaciones de crédito, de arrendamiento y de compra-venta. El arrendador concede el uso temporal de los bienes que ha adquirido y ha financiado, mientras que el arrendatario se obliga a realizar pagos periódicos; además, ambas partes pueden pactar la venta de esos bienes al concluir el plazo del arrendamiento. Esta complejidad operativa puede traducirse, a su vez, en intrincados conflictos con un sinnúmero de vertientes jurídicas; así ocurriría, por ejemplo, con la interpretación del contrato de arrendamiento financiero con criterios de índole mercantil y no civil;<sup>207</sup> o el pago de daños y perjuicios por el uso indebido de los bienes arrendados o la posesión de los bienes por parte de la arrendadora en caso de incumplimiento del contrato.

La tercera figura de las organizaciones auxiliares del crédito, es la unión de crédito. Su objeto es llevar el crédito a estratos de población que, por falta de garantías y recursos, no son sujetos de crédito bancario. Debe constituirse como sociedad anónima de capital variable, condición que resulta relevante, dado que son los socios mismos los que se benefician de la actividad crediticia de la unión. Sólo puede operar dentro de la rama económica en la que se ubiquen sus socios y que le haya sido autorizada. Su organización y funcionamiento están regulados por el Capítulo III de la LOAAC, así como por las Disposiciones de Carácter General que emitan las autoridades supervisoras.

Una parte importante de sus actividades debe orientarse hacia el acceso de sus socios a créditos en condiciones más favorables a las que pudieran obtener dentro del sistema bancario. También el otorgamiento de avales y garantías para los créditos que contraten sus socios. A lo largo de su existencia, estas organizaciones han privilegiado, asimismo, la promoción y administración de empresas industriales y

---

<sup>206</sup> *Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito*, Art. 11y *Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito*, Art. 2

<sup>207</sup> Sobre el particular, la SCJN ha expresado que “El arrendamiento financiero ... debe considerarse como un contrato mercantil, dado que es claro el propósito de lucro que persigue el arrendador, quien obtiene un rendimiento del capital que invierte en el financiamiento, lo que hace que tenga las características del acto mercantil...” en Informe de 1987, Tercera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Volumen: 217-228, Parte Cuarta, p.29.

comerciales, la compra y venta de insumos, materias primas y productos, así como la construcción de obras para uso de sus socios e, incluso, participar en la transformación industrial de los productos elaborados por sus socios; cabe aquí señalar que, aun cuando tales actividades no pertenecen propiamente al ámbito crediticio, sí configuran un apoyo técnico para los potenciales sujetos del crédito.

Por lo que hace a sus operaciones pasivas, la unión de crédito está autorizada para recibir préstamos de sus socios, de sus proveedores, de instituciones de crédito, de seguros y de fianzas; puede también emitir títulos de crédito en serie o en masa, excepto obligaciones subordinadas; además, está autorizada para descontar, dar en garantía o negociar títulos de crédito y afectar los derechos provenientes de sus contratos de financiamiento. Una de sus operaciones más controvertidas era la captación de ahorro proveniente de sus socios, ya que la asemejaba al servicio de banca y crédito, si bien sólo podía operar en un universo restringido, y nunca con el público en general; es preciso mencionar que con la entrada en vigor de la Ley de Crédito y Ahorro Popular de junio de 2001, el legislador decidió corregir esta situación, de manera que ahora las uniones de crédito deben solicitar la autorización para operar como Entidad de Ahorro y Crédito Popular, y así poder captar ahorro de sus socios y también de sus clientes.<sup>208</sup>

Como puede observarse, el extenso campo financiero y económico en el que se han desarrollado las uniones de crédito, es un terreno propicio para el surgimiento de conflictos entre directivos, socios y otros usuarios. Conviene recordar que estas organizaciones llevan a cabo diferentes actividades financieras (préstamos, avales, descuentos, emisión de obligaciones, etc.), pero que también deben actuar en ámbitos de índole diversa (promoción y gestión empresarial, distribución comercial, construcción, etc.) que complica, en modo singular, la relación jurídica entre los actores; además, no puede dejarse de lado que, muchas veces, los involucrados se vinculan entre sí como integrantes de una misma sociedad, con todo lo que ello implica.

La cuarta y última figura que se analizará es la empresa de factoraje financiero, cuya actividad está definida en el Artículo 45A de la LOAAC como aquella en la que

---

<sup>208</sup> *Ley de Ahorro y Crédito Popular*, Artículo Tercero Transitorio, junio de 2001.

“...mediante contrato que celebre la empresa de factoraje financiero con sus clientes, personas morales o personas físicas que realicen actividades empresariales, la primera adquiera de los segundos derechos de crédito relacionados a proveeduría de bienes, de servicios o de ambos, con recursos provenientes de las operaciones pasivas a que se refiere este artículo”. Por virtud de este contrato, precisa el Artículo 46B, “...la empresa de factoraje financiero conviene con el cliente en adquirir derechos de crédito que éste tenga a su favor por un precio determinado o determinable, en moneda nacional o extranjera, independientemente de la fecha y la forma en que se pague..”, ya sea que el cliente quede obligado solidariamente con el deudor, o no, a responder del pago puntual y oportuno de los derechos de crédito transmitidos, según se pacte en el mismo contrato, aunque es importante mencionar que, en todo caso, los clientes deben responder del detrimento en el valor de tales derechos.

El Capítulo III-Bis de la LOAAC y las disposiciones de carácter general que dictan las autoridades supervisoras, son las principales disposiciones normativas de entidades financieras. Sus fuentes de financiamiento son semejantes a las que utilizan las otras organizaciones auxiliares, aunque también puede prestar servicios de administración y cobranza de derechos de crédito.

El factoraje financiero es una modalidad novedosa (el Capítulo III-Bis se adicionó en enero de 1990), altamente especializada, y los casos de controversia suelen presentarse, por ejemplo, cuando los usuarios defraudan a la empresa, o bien, cuando se incumple con la obligación solidaria de pago,.

#### 4.3.5 Ley del Mercado de Valores

La importancia del mercado bursátil en el entorno financiero de un país, está fuera de toda duda. Casi siempre juega un papel protagónico en el proceso de crecimiento de las ramas industrial, comercial y de servicios. Se ha convertido, por ello, en una preocupación fundamental de las políticas públicas. Y, por supuesto, esa atención se ve reflejada en frecuentes y complejas reformas al marco jurídico que lo regula.

La compleja dinámica evolutiva de la actividad bursátil en todo el mundo, está asociada a dos factores: uno, la amplia variedad de entes jurídicos que participan en

ella (inversionistas, intermediarios bursátiles, emisores, contrapartes centrales, SHCP, Banco de México, CNBV, Bolsa Mexicana de Valores, Instituto para el Depósito de Valores, Sociedades de Inversión, Operadoras de Sociedades de Inversión, agencias calificadoras de valores y Asociación Mexicana de Intermediarios Bursátiles) y dos, la amplia variedad de actos jurídicos que caracterizan a sus operaciones.

Entre las disposiciones más relevantes que integran el marco normativo de la actividad bursátil se encuentran: la Ley del Mercado de Valores, la Ley de Sociedades de Inversión y la Ley de la CNBV, así como, las disposiciones de carácter general que emite la autoridad supervisora y las reglamentarias de autorregulación de la Bolsa Mexicana de Valores, del Indeval y de la Asociación Mexicana de Intermediarios Bursátiles. En cuanto a la legislación supletoria, el Artículo 7 de la Ley en la materia, la del Mercado de Valores, prescribe el siguiente orden: legislación mercantil, los usos bursátiles y mercantiles, la legislación del orden común y, en lo referente a las notificaciones, visitas de verificación, imposición de sanciones e interposición de recursos, la Ley Federal de Procedimiento Administrativo.

La Ley del Mercado de Valores aborda dos conceptos fundamentales: la oferta pública de valores y su intermediación en el mercado. Se considera oferta pública de valores aquella que, previa autorización de la CNBV, se lleva a cabo a través de un medio masivo de comunicación o persona indeterminada, cuyo objeto sea promover la suscripción, la enajenación o la adquisición de valores, esto es, de acciones, obligaciones, bonos, certificados y demás títulos de crédito y documentos que se emitan en serie o en masa.<sup>209</sup> Según Jesús de la Fuente:

“La oferta pública es una especie de declaración unilateral de voluntad o policitación, que debe llenar todos los elementos necesarios para que la persona que va a celebrar el contrato que se estipula en dicha oferta, pueda decidir libremente y con conocimiento lo que va a contratar. La oferta privada (...) se ofrece a personas determinadas y sin autorización de la CNBV.”<sup>210</sup>

---

<sup>209</sup> *Ley del Mercado de Valores*, Art. 2 y 3. Jesús de la Fuente, *Op.cit.* Vol.I, p. 571, define a los títulos seriales como “documentos que representan un compromiso de pago o una parte del capital de un emisor y de los cuales no se expide un documento único, se emite en serie (dos o más títulos)”. El mismo autor precisa que en la emisión en masa “el conjunto de títulos nace de un solo acto jurídico”.

<sup>210</sup> De la Fuente Rodríguez, Jesús, *Op.cit.*, p.572

Por su parte, la intermediación bursátil consiste en realizar, en forma habitual, operaciones para poner en contacto la oferta pública de valores con quienes los demandan o para actuar por cuenta propia en la adquisición de esos valores, así como, en administrar y manejar las carteras de terceras personas.<sup>211</sup>

Hay tres tipos de intermediarios de acuerdo con la LMV: las casas de bolsa, los especialistas bursátiles y otras entidades financieras autorizadas por otras leyes (instituciones de crédito y sociedades de inversión, por ejemplo). Estas últimas se han analizado en apartados específicos del presente trabajo. Y por lo que hace a la figura del especialista bursátil, en la práctica se encuentra en desuso. Quedan, pues, las casas de bolsa, que son las entidades más especializadas de la actividad bursátil.

Son requisitos para funcionar como casa de bolsa: constituir y organizar una sociedad anónima, conforme a lo dispuesto por la LMV y por la *Ley General de Sociedades Mercantiles*, así como, obtener la autorización de la SHCP para operar como intermediario bursátil.<sup>212</sup> Su existencia se justifica por la imposibilidad práctica de que el público en general pueda adquirir acciones o títulos de deuda de empresas, las cuales, a su vez, están interesadas en financiar sus proyectos con recursos del gran público inversionista. Entre las ventajas de esta forma de intermediación, Jesús de la Fuente menciona que permite optimizar la colocación de los títulos entre personas indeterminadas, ya que a través del mercado de valores los inversionistas tienen acceso a diferentes oportunidades de inversión, pueden contar con servicios de áreas especializadas y ahorrar recursos al evitar el contacto directo con cada empresa para evaluar la adquisición de sus valores.<sup>213</sup>

El artículo 22 de la LMV enlista las actividades que pueden realizar las casas de bolsa. En primer lugar, pueden actuar como intermediarios en el mercado de valores, en los términos que la propia Ley establece,<sup>214</sup> para comprar y vender, por cuenta de otro y a cambio de una comisión, los valores y títulos materia de oferta pública, o bien hacerlo por cuenta propia para facilitar la colocación de los valores. Pueden también llevar a cabo actos corporativos o patrimoniales, en representación de los tenedores

---

<sup>211</sup> *Ley del Mercado de Valores*, Art. 4

<sup>212</sup> *Íbidem*, Art. 17 y 17 Bis-2

<sup>213</sup> De la Fuente Rodríguez, Jesús, *Op.cit.* Vol.I, p.633

<sup>214</sup> *Ley del Mercado de Valores*, art.4

accionarios y administrar sus carteras de valores, ya sea de manera discrecional o no discrecional.<sup>215</sup> Ahora bien, el manejo discrecional podría ser, en un momento dado, una causa de inconformidad, puesto que, como reconoce Jesús de la Fuente, “confiere a la casa de bolsa una altísima responsabilidad, ya que actúa a su arbitrio, conforma la prudencia le dicte cuidando el negocio como propio.”<sup>216</sup> Una segunda actividad relevante consiste en recibir fondos por operaciones con valores.

Todo movimiento de entrada, inversión o salida de los recursos que aportan los clientes, debe reflejarse en el estado de cuenta que la casa de bolsa está obligada a enviar mensualmente al domicilio del inversionista. Este documento hace las veces de factura global por las operaciones realizadas, y los asientos ahí descritos pueden ser objetados dentro de un plazo de veinte días hábiles posteriores a la fecha de la remisión; y, si así lo desea, el cliente puede recoger una copia del documento en las oficinas de la casa de bolsa.<sup>217</sup> Tal disposición puede dejar al inversionista en estado de indefensión, toda vez que de no acceder a ese documento, no podría objetar las operaciones que se asentaran en el mismo, y podrían asumirse como actos consentidos. Al respecto, existe un criterio jurisprudencial del Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito que aclara el alcance de ese consentimiento, el cual precisa que “...la falta de objeción oportuna a los estados de cuenta sólo crea una presunción de conformidad con su contenido que no puede tener la consecuencia de extinguir las acciones que se tuvieran en su contra, toda vez que lo que se requiere para que una acción prescriba, es que el titular deje transcurrir el término previsto en la ley para su ejercicio, sin hacerlo...(y) la objeción de estados de cuenta no implica la acción contra la institución bursátil, sino sólo oponerse a la

---

<sup>215</sup> El Art.90 de la LMV establece que por medio del contrato de intermediación bursátil el cliente confiere un mandato general para que, por su cuenta, la casa de bolsa realice las operaciones bursátiles. Ahora bien, la Fracción I del Art.91 dispone que la casa de bolsa actuará conforme a las instrucciones del cliente (manejo no discrecional), salvo que expresamente se pacte el manejo discrecional de la cuenta. Las instrucciones pueden darse en forma escrita, verbal, telefónica o por cualquier medio electrónico convenido por las partes.

<sup>216</sup> De la Fuente Rodríguez, Jesús, *Op.cit.* Vol.I, p.643. Esta responsabilidad es de alcance limitado, debido a que la casa de bolsa está impedida para asumir obligaciones que impliquen garantizar rendimientos, ni puede ser responsable por las pérdidas que el inversionista pueda sufrir con motivo de las operaciones realizadas conforme a la Ley.

<sup>217</sup> *Ley del Mercado de Valores*, Art. 94

información contenida en ellos.”<sup>218</sup> La materia de la controversia queda definida por las consecuencias de las operaciones bursátiles, y no sólo por su asiento en un documento de información particular.

Otras operaciones de las casas de bolsa deben sujetarse a disposiciones de carácter general del Banco de México (Art. 22, Fracción IV), como son: recibir préstamos o créditos de instituciones de crédito o de organismos de apoyo al mercado de valores; conceder préstamos o créditos para la adquisición de valores con garantía de éstos; celebrar reportos y préstamos sobre valores; o, actuar como fiduciarias en negocios directamente vinculados con las actividades que les sean propias. En otras más, las casas de bolsa deben acogerse a los criterios de la CNBV (Art.22, Fracción V), por ejemplo, para realizar operaciones por cuenta propia;<sup>219</sup> proporcionar el servicio de guarda y administración de valores; celebrar operaciones financieras conocidas como derivadas; asumir el carácter de acreedor y deudor recíproco ante contrapartes centrales .<sup>220</sup> La intervención de estas dos autoridades tiene carácter preventivo y pretende evitar distorsiones económicas y prácticas financieras abusivas, lo que reduce el margen de conflicto con el público inversionista.

#### 4.3.6 Ley de Sociedades de Inversión

Las sociedades de inversión son una respuesta financiera a la demanda social de dar acceso a los pequeños y medianos ahorradores a las ventajas financieras de la inversión bursátil. Pretenden, asimismo, contribuir con la descentralización y el fortalecimiento del mercado de valores, cuidando en todo momento los intereses del

---

<sup>218</sup> Semanario Judicial de la Federación, Época 9ª, Vol. XII, septiembre del 2000, p. 746., citado por Erick Carvallo Yáñez, *Op.cit.*, p.211

<sup>219</sup> Jesús de la Fuente R., *Op.cit.* Vol.I, p.648, define las operaciones propias como “...aquellas operaciones mediante las cuales una casa de bolsa con sus propios recursos compra o vende por sí misma valores de oferta pública con el objeto de facilitar su colocación , coadyuvar a dar mayor estabilidad a los precios y a reducir el margen entre cotizaciones de compra y venta, proveer de liquidez al mercado y facilitar el intercambio e títulos entre los inversionistas.”

<sup>220</sup> El autor Erick Carvallo Yáñez, *Op.cit.*, p.263, apunta que “...la figura de la contrapartida central tiene por objeto reducir o eliminar el riesgo de incumplimiento de las obligaciones a cargo de los intermediarios del mercado de valores...” La contraparte centrales se encarga de compensar las operaciones entre intermediarios que sean sus socios.

público inversionista. Así lo establece la Ley que las crea, publicada el 4 de junio de 2001 y reformada por Decreto del 28 de enero de 2004.

Esta modalidad de inversión está orientada hacia la compra y venta de valores, títulos y documentos de los que están regulados bajo el régimen de la Ley del Mercado de Valores, así como, de otros valores, bienes derechos y créditos. Esta adquisición se realiza con recursos provenientes de la colocación de acciones representativas del capital de estas sociedades entre los pequeños y medianos inversionistas, quienes pueden así tener acceso a los beneficios de un mercado antes reservado a los grandes capitales. Pasan a ser –como bien lo señala Jesús de la Fuente- “propietarios indirecta y parcialmente de los valores que integran la cartera de la sociedad (y así) comparten todos los riesgos y beneficios que implican los valores adquiridos.”<sup>221</sup>

Se encuentran reguladas, de manera supletoria, en primer lugar, por la Ley del Mercado de Valores, como corresponde a una figura tan cercana a la operación bursátil; enseguida, por la legislación mercantil, los usos bursátiles y mercantiles y las leyes del orden común. Les es aplica, asimismo, la Ley Federal de Procedimiento Administrativo para efectos de las notificaciones, recursos y sanciones.<sup>222</sup>

Tienen que constituirse como sociedades anónimas y su forma de organización y funcionamiento debe ser autorizada por la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, órgano que también vigila el cumplimiento de las normas operativas y de diversificación de cartera. Deben adoptar una de las dos modalidades que contempla la Ley: a) abiertas, lo que las obliga a recomprar o amortizar sus acciones; o, b) cerradas, en cuyo caso tienen prohibida dicha recompra y amortización., a menos que sus acciones coticen en una bolsa de valores. Por su forma de organizarse, pueden ser de renta variable, de deuda, de capitales y de objeto limitado. Otra forma de sociedades de inversión es la especializada en fondos para el retiro (SIEFORE), aunque éstas se encuentran reguladas por la Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro.<sup>223</sup>

Las sociedades de inversión con menor nivel de riesgo son las que destinan sus recursos a instrumentos de deuda, de donde obtienen los rendimientos por concepto

---

<sup>221</sup> De la Fuente Rodríguez, Jesús, *Op.cit.* Vol.II, p.914

<sup>222</sup> *Ley de Sociedades de Inversión*, Art.3

<sup>223</sup> *Íbidem*, Arts.6 y 7

de intereses, sean fijos o variables. Las de renta variable pueden considerarse como de riesgo medio, ya que combinan valores accionarios con documentos de deuda. En cambio, las sociedades de inversión de capitales se consideran de alto riesgo, puesto que sus activos suelen constituirse con partes sociales y obligaciones de empresas con las que se celebran contratos de promoción. Por último, las sociedades de inversión de objeto limitado representan una nueva alternativa de inversión y financiamiento, que se encuentra acotada por los activos que se definan en sus estatutos y prospectos de información; es el caso, por ejemplo, de las operaciones derivadas.<sup>224</sup>

Vale la pena destacar que la LSI faculta a la CNBV para autorizar, en todos los casos, los prospectos de información al público y obliga a las sociedades de inversión a obtener la calificación de su cartera por alguna institución calificada de valores. Ambas disposiciones contribuyen a proteger los intereses de los inversionistas, a dar mayor certeza a sus decisiones de inversión y, en consecuencia, reducir el número de los conflictos.

#### 4.3.7 Ley para Regular las Agrupaciones Financieras

La multiplicación de los servicios financieros en nuestro país derivó, por razones económicas, en la organización de grupos corporativos que integraran diferentes entidades y productos. Fue en el año de 1990, cuando se promulgó la primera Ley para regular este proceso de vínculos patrimoniales y operativos. La Ley para Regular las Agrupaciones Financieras regula la constitución y el funcionamiento de tales grupos corporativos, los cuales tienen que ser autorizados por la SHCP, previa opinión del Banco de México y de las comisiones nacionales supervisoras que correspondan.

La LRAF faculta, en su Artículo 14, a la SHCP para emitir las Reglas Generales para la Constitución y Funcionamiento de Grupos Financieros, sin demérito de que las entidad integrantes se sigan rigiendo por sus respectivas leyes especiales. En cuanto a la supletoriedad, son aplicables la legislación mercantil, los usos y prácticas mercantiles, el Código Civil para el Distrito Federal y el Código Fiscal de la

---

<sup>224</sup> *Íbidem*, Arts.22, 24,26 y 30

Federación, para efectos de las notificaciones y del recurso de revocación a que se refiere la LRAF.<sup>225</sup>

Entre las ventajas comparativas de esta forma de integración empresarial, Jesús de la Fuente observa las siguientes: actúan de manera conjunta y ofrecen servicios complementarios; ofertan diversos productos e inversiones; aprovechan la infraestructura operativa del grupo sin que las entidades integrantes tengan responder por las pérdidas de la sociedad controladora, ni de las otras entidades; ahorran en costos por la integración de sus servicios.<sup>226</sup> Se pueden, así, satisfacer las nuevas exigencias de un mercado financiero altamente competitivo y enfrentar los retos de la globalización económica

La sociedad controladora ejerce el control accionario y administrativo sobre el resto de las entidades integrantes, y para ello debe ser propietaria de al menos el 51% de las acciones con derecho a voto y detentar el derecho de nombrar a la mayoría de los miembros de los consejos de administración.<sup>227</sup> El objeto de la sociedad controladora consiste en adquirir y administrar las acciones emitidas por los integrantes del grupo, y tiene prohibición expresa para efectuar operaciones propias de las entidades agrupadas, las cuales conservan su personalidad jurídica y patrimonio .<sup>228</sup>

Hay que destacar la obligación que tiene toda sociedad controladora a suscribir un convenio de responsabilidades con las entidades financieras integrantes del grupo,<sup>229</sup> de tal suerte, la primera debe responder de manera subsidiaria e ilimitada por el incumplimiento de las obligaciones a cargo de las segundas, al igual que de las pérdidas en que incurran, pero ninguna de las entidades del grupo responderá por las pérdidas de las demás integrantes. El alcance real de la responsabilidad subsidiaria de la controladora quedó consignada dentro las Reglas Generales para la Constitución y Funcionamiento de Grupos Financieros, como sigue:

---

<sup>225</sup> *Ley para Regular las Agrupaciones Financieras* , Art.4.

<sup>226</sup> De la Fuente Rodríguez, Jesús, *Op.cit.* Vol.II, p.1094

<sup>227</sup> *Ley para Regular las Agrupaciones Financieras* , Art. 15

<sup>228</sup> *Ibidem*, Art.16. Por lo que hace al reconocimiento de esta autonomía jurídica de cada entidad, el Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Segundo Circuito ha sostenido que "...el ente incorporado no pierde su personalidad por cuanto que conserva, aunque limitado por la supervisión de la controladora, su patrimonio, y asimismo, mantiene su denominación sin alterar el tipo de sociedad originalmente elegido...opinar lo contrario sería confundir la fusión con la incorporación..."( Novena Época, Volumen VI, noviembre de1997, p.499).

<sup>229</sup> *Ibidem*, Art.28

“En el evento de que el patrimonio de la controladora no fuere suficiente para hacer efectivas las responsabilidades que respecto de dos o más entidades financieras integrantes del grupo se presenten de manera simultánea, dichas responsabilidades se cubrirán a prorrata hasta agotar el patrimonio de la controladora.”<sup>230</sup>

Así, pues, las reclamaciones, controversias y litigios que involucren a las entidades del grupo, deberían ser atendidas, asimismo, por la sociedad controladora, toda vez que podría resultar afectado su patrimonio o su prestigio comercial.

#### 4.3.8 Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros y Ley Sobre el Contrato de Seguro.

La modernidad globalizadora ha alcanzado también a una de las figuras financieras de mayor tradición: el contrato de seguro. Al abordar el presente y futuro del seguro en México, Octavio Sánchez Flores expresa que:

“(…)el seguro se ha modernizado, transformándose en un complejo sistema, mediante la suscripción, operación y el reaseguro, convirtiéndose en un sistema más competitivo en función de las necesidades del usuario adaptándose a las tendencias internacionales de la materia.”<sup>231</sup>

Desde el año de 1935, el legislador mexicano dejó entrever su importancia económica con la aprobación de dos leyes: la Ley sobre el Contrato de Seguro y la Ley General de Instituciones de Seguro. La primera, una norma particular de inspiración europea, tuvo por objeto normar la interpretación y correcta aplicación de este instrumento jurídico, así como, proveer reglas y principios técnicos para ello.

El seguro es un contrato de índole mercantil, por virtud de la exigencia de que sea una empresa la que puede realizarlo, en este caso una aseguradora.<sup>232</sup> Pero también es un instrumento de promoción fundamental para cualquier económica, por ser uno de

---

<sup>230</sup> Citado por Jesús de la Fuente Rodríguez, *Op.cit.* Vol.II, p. 1102

<sup>231</sup> Sánchez Flores , Octavio G. de Jesús, *La institución del ....*, *Op.cit.*, p.25

<sup>232</sup> *Ley Sobre el Contrato de Seguro*, Art. 1 y *Código de Comercio*, Art.75, fracc. XVI.

los dos “pilotes” de la industria y el comercio -como ha llamado Díaz Bravo al seguro y al crédito-<sup>233</sup> y del sistema financiero en su conjunto.

En su Artículo Primero, la Ley sobre el Contrato de Seguro establece que “por el contrato de seguro, la empresa aseguradora se obliga, mediante una prima, a resarcir un daño o a pagar una suma de dinero al verificarse la eventualidad prevista en el contrato.” Esta definición sirve a Octavio Sánchez Flores para señalar cuáles son los elementos esenciales de este tipo de contrato: la empresa, el riesgo, la prima y la prestación del asegurador.<sup>234</sup>

En cuanto a la empresa, la Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros regula la organización, el funcionamiento y las operaciones propias de las empresas encargadas de manejar los contratos de seguro. Esta misma norma se ocupa también de los agentes de seguros y otras personas afines a la actividad aseguradora.

Como sucede con otras entidades financieras, las aseguradoras deben obtener la autorización de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público para poder constituirse y operar dentro del territorio nacional, ya sea como sociedades anónimas, en el caso de las instituciones de seguros, o como sociedades mutualistas de seguros, con arreglo a lo dispuesto por el Artículo 78 de la LGISMS.<sup>235</sup>

Las instituciones de seguro pueden efectuar diversas operaciones, entre las cuales destacan las siguientes: practicar las operaciones de seguros, reaseguro y reafianzamiento; constituir e invertir las reservas previstas en la Ley; administrar las reservas referidas a planes de pensiones; actuar como fiduciaria en negocios propios de su actividad; otorgar préstamos o créditos; emitir obligaciones subordinadas, las cuales podrán ser no susceptibles de convertirse en acciones, o de conversión obligatoria en acciones, así como emitir otros títulos de crédito; operar con valores y con documentos mercantiles por cuenta propia; adquirir, construir y administrar viviendas de interés social e inmuebles urbanos de productos regulares; e invertir en el capital de las administradoras de fondos para el retiro y en el de las sociedades de

---

<sup>233</sup> Díaz Bravo, Arturo, *Op.cit.*, p.135

<sup>234</sup> Sánchez Flores, Octavio G. de Jesús, *La institución del ....*, *Op.cit.*, p.77

<sup>235</sup> La fracción III del mismo numeral establece que las sociedades mutualistas están impedidas para obtener lucro o utilidad para los socios, restricción que seguramente ha obstaculizado el desarrollo de esta figura en nuestro país.

inversión especializadas de fondos para el retiro.<sup>236</sup> Esta amplia variedad operativa ha representado, en todo momento, un terreno fértil para la generación de conflictos, muchas veces por el abuso de las aseguradoras, pero en ocasiones también por la conducta fraudulenta de los asegurados.

El segundo de los elementos a los que hace referencia Sánchez Flores, es el riesgo. Consiste en la posibilidad de que ocurra un evento futuro -incierto, por supuesto- de consecuencias dañosas, cuya realización material se da en la forma de un siniestro, y que provoca el nacimiento de la obligación de resarcir los daños. Al explorar el significado del riesgo en el contexto de la LCS, el tratadista Luis Ruiz Rueda encuentra tres sentidos distintos: 1) es una eventualidad que amenaza al patrimonio o a la persona del asegurado; 2) es la causa determinante del evento previsto en el contrato; 3) es la simple posibilidad abstracta de que se realice dicho evento.<sup>237</sup> Y Octavio Sánchez Flores añade:

“Todos los riesgos no son asegurables (...) La posibilidad de limitación de los riesgos es indispensable para el asegurador. Sólo se llega a definir cada riesgo, si puede medirse y apreciarse su valor para fijar la suma asegurada, la prima y la indemnización o el beneficio. Es menester que el hecho sea extraño a la voluntad del asegurado o del beneficiario.”<sup>238</sup>

La objetividad del riesgo está asociada a la incertidumbre de que suceda un acontecimiento futuro, ajeno a la voluntad del asegurado. La valoración correcta del riesgo depende de la exactitud en las declaraciones del asegurado y de la aportación de todos los datos relevantes. De lo contrario, el asegurador puede llegar a rescindir el contrato, motivo éste de frecuentes controversias, debido a que el asegurado o el beneficiario no reciben la indemnización contratada.

Otro elemento esencial es la prima. Es el precio en dinero del seguro, es la contraprestación a cargo del asegurado, y, a pesar de lo que pudiera suponerse, la falta de su pago no conduce a la inexistencia del contrato, ya que éste se perfecciona desde el momento en que el proponente tiene conocimiento de la aceptación de la oferta, por lo que “no puede sujetarse a la condición suspensiva de la entrega de la

---

<sup>236</sup> *Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros*, Art. 34

<sup>237</sup> Citado por Octavio Sánchez Flores, *La institución del ...*, *Op.cit.*, p. 188

<sup>238</sup> *Ibidem*, p. 188-189

póliza o de cualquier otro documento en que conste la aceptación, ni tampoco a la condición del pago de la prima”.<sup>239</sup> En este sentido se han pronunciado los Tribunales Coelgiados, al señalar que “no es indispensable que la prima sea pagada para que el contrato exista (aunque) debe puntualizarse que una cosa es la existencia del contrato y otra distinta su cumplimiento (de manera que) si el asegurado reclama de la aseguradora el pago del monto de la garantía, es necesario que primero demuestre haber cumplido con la obligación que era a su cargo, es decir, que pagó el importe estipulado en la prima”<sup>240</sup>

El último de los cuatro elementos es la prestación del asegurador, Consiste en el resarcimiento económico al patrimonio del asegurado o beneficiario, cuando sucede el evento previsto en el contrato. El cumplimiento de esta obligación se materializa en el pago de la indemnización. Puede hacerse efectiva de diferentes formas, dependiendo de la clase de seguro que se haya contratado. Por ejemplo, con la entrega de dinero al beneficiario de un seguro de vida, con la reparación de un automóvil o de la maquinaria dañados, con el reembolso del pago de los gastos médicos, con la sustitución del bien siniestrado o con la prestación de servicios de asistencia jurídica. en buena medida, este elemento del contrato aglutina el mayor segmento de conflictos dentro de esta actividad financiera.

Ahora bien, los diferentes tipos de seguros aparecen enlistados en el Artículo 7º de la LGISMS, mismos que Octavio Sánchez agrupa en dos grandes categorías y cuatro subcategorías :<sup>241</sup>

#### 1) Personas

##### i) Vida

##### (a) Muerte y beneficios adicionales

---

<sup>239</sup> *Ley Sobre el Contrato de Seguro*, Art. 21, fracc.I y II

<sup>240</sup> Tesis aislada. Novena Época. Semanario Judicial de la Federación. Tomo:II, agosto 1995, Tesis: I.1º C.2, p.489.

<sup>241</sup> Sánchez Flores , Octavio G. de Jesús, *La institución del ...*,*Op.cit.*, p. 356-357. El autor no contempla en esta clasificación el ramo agrícola y de animales, sin embargo al estudiarlos en lo particular (p.701 a 721) lo conceptúa como los seguros que “tienen por objeto el pago de indemnizaciones o resarcimiento de inversiones, por los daños o perjuicios que sufran los asegurados por pérdida parcial o total de los provechos esperados de la tierra o por muerte, pérdida o daños a sus animales”, de manera que permitiría incluirlos en la subcategoría daños patrimoniales.

- (b) Pensiones derivadas
- (c) Pensiones del seguro social
- ii) Accidentes y enfermedades
  - (a) Accidentes personales
  - (b) Gastos médicos
  - (c) Salud
- 2) Daños
  - i) Reales
    - (a) Incendio
    - (b) Terremoto y otros riesgos catastróficos
    - (c) Marítimo y transportes
    - (d) Automóviles
    - (e) Diversos: robo, cristales, anuncios luminosos, objetos personales, montaje de maquinaria, calderas, equipo de construcción.
  - ii) Patrimoniales
    - (a) Responsabilidad civil y riesgos profesionales
    - (b) Crédito
    - (c) Agrícola y de animales

Esta enumeración resulta fundamental para entender la relación de conflicto entre los distintos participantes: el asegurador, el tomador del seguro, el asegurado, el beneficiario y el tercero dañado.

Así, en el ramo de vida el beneficiario suele representar la parte actora en una posible controversia, aunque también el asegurado puede serlo cuando se trata de seguros que combinan protección y ahorro (dotal, universal, invalidez); para el caso cobra especial importancia el acto de designación de beneficiarios, los hechos implícitos en el fallecimiento del asegurado, las determinaciones sucesorias y, en ciertos casos, la precisión y exactitud en las declaraciones del asegurado.

El ramo de accidentes personales comprende los seguros cuyo objeto es la indemnización por lesión o incapacidad del asegurado, cuando está se deba a un evento externo, violento, súbito y fortuito, de donde resultan de particular relevancia las circunstancias en que ocurra el evento sobre el asegurado.

Uno de los ramos más controvertidos es el de gastos médicos, destinado a cubrir los riesgos por alteraciones a la salud del asegurado por causa de una enfermedad o de un accidente. Las coberturas incluyen gastos hospitalarios, honorarios médicos y de enfermeras, medicamentos, análisis de laboratorio, entre los más relevantes. Son múltiples y muy complejos los criterios de procedencia sobre este seguro, lo que da lugar a la existencia de diversas situaciones de incertidumbre que pueden ser motivos de conflicto, como las que identifica Octavio Sánchez Flores, como sigue:

“a) las limitaciones de las pólizas, en atención a las enfermedades y gastos amparados y no amparados y la forma en que son manejados por las aseguradoras; b) las cláusulas de renovación que faculta a la aseguradora a no renovar , en algunas ocasiones, las pólizas contratadas al ocurrir el siniestro; c) las cláusulas de enfermedades preexistentes en atención a enfermedades que haya padecido con anterioridad a la contratación de la póliza; d) limitaciones a las prestaciones que se reclamen con motivo de la enfermedad y a sus efectos.”<sup>242</sup>

Por lo que hace a los seguros de daños, el mismo autor resalta su importancia como un elemento de resarcimiento económico, útil para proteger a las personas físicas y morales de posibles pérdidas en su patrimonio lo que resulta benéfico para la economía de un país en su conjunto.<sup>243</sup> En su Título II, la LCS se ocupa del contrato de seguro contra los daños, cuyo objeto está constituido por “todo interés económico que una persona tenga en que no se produzca un siniestro”,<sup>244</sup> para lo cual es preciso valorar el alcance de ese interés. No puede dejarse a la libre declaración del asegurado, ya que la empresa sólo debe responder “hasta el límite de la suma y del valor real asegurados” ,<sup>245</sup> además de que “si la suma asegurada es inferior al interés asegurado, la empresa aseguradora responderá de manera proporcional al daño causado”,<sup>246</sup> también es importante señalar que, aunque las partes pueden ponerse de acuerdo en el valor estimativo de lo asegurado, para fijar la indemnización se debe

---

<sup>242</sup> *Íbidem*, p.527-528

<sup>243</sup> *Íbidem*, p.571

<sup>244</sup> *Ley sobre el Contrato de Seguro*, Art. 86

<sup>245</sup> *Íbidem*, Art.87

<sup>246</sup> *Íbidem*, Art.92

tomar en cuenta “el valor del interés asegurado en el momento de la realización del siniestro.”<sup>247</sup>

El carácter subjetivo de esa valoración del interés económico puede, en muchos casos, representar un factor de inconformidad durante el proceso de reparación del daño, ello a pesar de la experiencia pericial de las compañías de seguros; a esta dificultad, hay que agregar elementos de negligencia, descuido, omisión, interferencia, dolo o mala fe, que complican aún más la evaluación del siniestro. Cabe señalar que dentro de este tipo de contratos se encuentra el de seguro marítimo, al cual hace referencia la Ley de Navegación y Comercio Marítimos, en su Título III, Capítulo IV, en donde se reitera que el contrato sólo es válido hasta por el valor real de la cosa asegurada y se contemplan circunstancias propias de esta actividad como materia de aseguramiento, de manera que requiere de condiciones especiales de contratación, por ejemplo la elaboración de un avalúo previo del navío para determinar su valor antes de iniciarse el riesgo;<sup>248</sup> en consecuencia, la solución de las controversias relativas a esta relación contractual también adquieren un matiz diferente.

#### 4.3.9 Ley Federal de Instituciones de Fianzas.

El contrato de fianza es un poderoso instrumento para garantizar el cumplimiento de obligaciones económicas y legales. Ofrece a los acreedores la posibilidad de obtener garantías adicionales frente a un incumplimiento de los deudores; de acuerdo con Octavo Sánchez Flores, “la fianza es una seguridad personal” que aumenta las posibilidades de pago en favor del acreedor, mediante la inclusión de un deudor accesorio.<sup>249</sup> Su definición legal se encuentra en el Artículo 2794 del Código Civil Federal, como “un contrato por el cual una persona (fiador) se compromete con el acreedor a pagar por el deudor, si éste no lo hace”.

---

<sup>247</sup> *Íbidem*, Art. 91

<sup>248</sup> *Ley de Navegación y Comercio Marítimos*, Título III, Capítulo IV

<sup>249</sup> Sánchez Flores, Octavio G. de Jesús, *El contrato de fianza*, Editorial Porrúa, México, 2002, p. 191

En México ha sido creciente el interés de los sectores productivo y gubernamental por favorecer el uso de este contrato de garantía, en la forma de un instrumento financiero regulado que suele denominarse fianza de empresa. Es de naturaleza mercantil, por ser un acto jurídico oneroso que practican de manera habitual las empresas denominadas instituciones de fianzas, tal como lo consigna el Artículo 2 de la vigente LFIF, mismas que deben obtener la autorización de la SHCP para constituirse y operar. También se distingue de la original fianza civil en que el fiador contrae una obligación solidaria, puesto que no goza de los beneficios de orden y excusión a los que se refiere el Artículo 2814 del CCF,<sup>250</sup> de los cuales se deriva el derecho del fiador a no pagar, mientras el deudor no haya sido reconvenido para ello o no se hubieren agotado los bienes del deudor para el pago de la obligación principal.

Cabe precisar que la utilidad práctica de la fianza de empresa llega a ser cuestionable, cuando el fiador deja de ser confiable; así lo comenta Ramón Sánchez Medal:

“La fianza de empresa no siempre constituye una eficaz garantía, pues son muchas las defensas que la experiencia y la especialización en este tipo de negocios han enseñado a las instituciones de fianzas para eludir el pago de responsabilidades.”<sup>251</sup>

Ante la falta de una definición precisa para la fianza de empresa dentro de la Ley especial en comento, Arturo Díaz Bravo propone un concepto - el autor lo califica como provisional, hasta en tanto no se haga una clara distinción entre fianza civil y fianza mercantil que eliminaría la poco técnica expresión de fianza de empresa- a partir de los elementos característicos de la fianza:

“Por el contrato de fianza de empresa la fiadora se obliga por escrito, solidariamente con el fiado, a pagar una deuda a cargo del mismo, a cambio de la prima que se obliga a pagar el tomador o contratante”<sup>252</sup>

Las notas distintivas de este tipo de fianza mercantil son, entonces, la formalidad de la obligación por escrito (póliza), su carácter solidario y el pago de una prima por parte

---

<sup>250</sup> Por el beneficio de orden, el fiador no está obligado a cubrir la obligación del fiado, mientras éste no haya sido requerido de pago por el acreedor. El beneficio de excusión consiste en aplicar todo el valor libre de los bienes del deudor al pago de la obligación principal antes que se exija al fiador la totalidad del pago.

<sup>251</sup> Citado por Sánchez Flores, Octavio G. de Jesús, *El contrato ...*, Op.cit., p.272

<sup>252</sup> Díaz Bravo, Arturo, *Op.cit.*, p.211

del contratante. Cabe anotar que en México la fiadora debe ser una institución de fianzas autorizada por la SHCP conforme a los requisitos del la LFIF, ordenamiento que consigna el régimen general de las afianzadoras y establece la supletoriedad de la legislación mercantil y del Código Civil Federal; además, dispone que se reconozcan las bases que fije el Reglamento de su propio Artículo 95 para el caso de las fianzas a favor de la Federación, del Distrito Federal, de los Estados y de los Municipios, y que se atienda al Código Fiscal de la Federación cuando se trate de garantizar obligaciones fiscales, mecanismos procedimentales estos últimos que Arturo Díaz Bravo califica de inconstitucionales “por ser continentes de leyes privativas y desnaturalizadoras de la obligación fiadora.”<sup>253</sup>

El Artículo 16 de la LFIF contiene el catálogo de operaciones que pueden llevar a cabo las afianzadoras, entre las cuales destaca la práctica operaciones de fianzas y de reafianzamiento, por ser la actividad distintiva de estas empresas; también están facultadas para constituir e invertir las reservas previstas en la LFIF; pueden operar con valores y documentos mercantiles y otorgar préstamos o créditos, así como, recibir títulos en descuento y redescuento a instituciones de crédito, organizaciones auxiliares del crédito y otros fondos autorizados; están autorizadas para celebrar operaciones de reaseguro financiero y para actuar como fiduciarias, pero sólo en el caso de fideicomisos de garantía.

Son diversos los ramos y subramos de fianzas que enlista la LFIF en su Artículo 5, y variados son los elementos que los conforman. En primer lugar, aparece la fianza de fidelidad -individual o colectiva- útil para garantizar a un empresario el pago por daños que pudiera ocasionarle la conducta dolosa de sus empleados, en la comisión de delitos patrimoniales que afecten los bienes de la empresa; así, es preciso que exista una relación laboral entre el beneficiario(patrón) afectado y el fiado (empleado) responsable de la comisión del delito.

En el ramo de fianzas judiciales, sean éstas penales, no penales o de amparo a conductores de vehículos automotrices, caben -según el concepto propuesto por Octavio Sánchez Flores- “aquéllas que exige un juez u otro tipo de autoridad judicial

---

<sup>253</sup> *Íbidem*, p. 215

por mandamiento de ley, a una de las partes litigantes en un procedimiento judicial”,<sup>254</sup> de donde el autor reconoce, entre otras, fianzas en materia civil, por ejemplo por el arraigo de persona, por el embargo precautorio, por las acciones negatoria y confesoria o por los interdictos para retener o recuperar la posesión y para obra nueva o peligrosa; fianzas en materia mercantil, aplicables a las providencias precautorias y de suspensión de sentencias; fianzas en materia familiar, relativas a la tutela, al manejo del albacea, a la actuación del interventor en las sucesiones y a la garantía de los alimentos de los menores; fianzas en materia de arrendamiento inmobiliario; fianzas en materia de lo concursal; fianzas en materia penal; y fianzas en materia de amparo.

El ramo de las fianzas administrativas destaca por su importancia económica, puesto que contribuyen a la realización de múltiples actividades productivas, en particular de las que están ligadas a los contratos gubernamental de obra y de proveeduría. Se expiden, asimismo, para garantizar las obligaciones fiscales de los contribuyentes frente al Estado, ya sea por inconformidades, pago y devolución de impuestos, importación temporal de vehículos, entre otras. Este ramo incluye, además, las fianzas que se exigen en los contratos de arrendamiento de bienes muebles e inmuebles y otras fianzas de diversa índole, como las que requieren las aerolíneas para manejar su boletaje.

En cuanto al ramo de las fianzas de crédito, es indudable que el sistema financiero ha logrado reducir los márgenes de riesgo mediante el uso y la aplicación de los diferentes tipos de fianzas que lo componen. Al abordar la importancia de este ramo en las operaciones de crédito y financiamiento, Octavio Flores Sánchez señala:

“La estructura y reglamentos legales de las actividades financieras de México llevan en sí no sólo el propósito de beneficiar a quienes la manejan o aportan sus recursos, sino también proteger el dinero ajeno que manejan instituciones financieras, mediante normas y exigencias que deben cubrir para asegurar la recuperación de estos recursos”<sup>255</sup>

---

<sup>254</sup> Sánchez Flores , Octavio G. de Jesús, *El contrato ...*, *Op.cit.*,p.289

<sup>255</sup> *Ibidem*, p.362

Pero no cualquier obligación crediticia puede ser respaldada por las afianzadoras. Así, dentro de las Reglas Generales para la Expedición de Fianzas de Crédito que fueron publicadas por la SHCP, el 25 de mayo de 2000, sólo están consideradas las siguientes operaciones de crédito: a) la compraventa de bienes y servicios o de distribución mercantil; b) las documentadas en títulos inscritos en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios; c) los contratos de arrendamiento financiero; d) las garantizados con certificados de depósito y bonos de prenda; e) los contratos de factoraje financiero; f) la exportación e importación de bienes y servicios; g) las adquisiciones de inmuebles, de activos fijos o bienes de consumo duradero; h) y los programas especiales de apoyo a la micro y pequeña empresa. Como puede verse, la fianza de crédito en México tiene por cometido apoyar a la actividad crediticia de empresas, incluso hay prohibición expresa para emitirla, cuando el acreedor es una persona física.

Ahora bien, uno de los aspectos más controvertidos sobre el contrato de fianza es el relativo a los procedimientos de reclamación para el pago de la fianza. La LFIF distingue entre al beneficiario que es un particular de aquel que es una autoridad. En el primer caso, es aplicable lo dispuesto por los Artículos 93 y 94; y cuando se trata de una autoridad, ésta puede elegir entre el mismo camino de un beneficiario particular o seguir el procedimiento alternativo regulado por el Artículo 95 y su Reglamento. Hay una excepción, se trata del cobro de las fianzas por créditos fiscales, el cual está sujeto a lo dispuesto por el Artículo 143 del Código Fiscal de la Federación.

Esta distinción ha sido cuestionada por varios tratadistas como Arturo Díaz Bravo y Luis Ruiz Rueda, pues pone en entredicho los principios constitucionales de igualdad y seguridad jurídica. El fiador, se dice, debe someterse a una ley privativa (el artículo 95 de la LFIF) y su patrimonio puede verse afectado, sin que medie juicio legal alguno, pues la misma SHCP ( a través de la CNSF) se erige en tribunal especial para privar y rematar los bienes de la fiadora.<sup>256</sup> Por las mismas razones, ha sido particularmente difícil el uso de MASC en la solución de controversias sobre fianzas cuando el beneficiario es una autoridad.

---

<sup>256</sup> Citados por el propio Octavio Flores Sánchez, *El Contrato...*, *Op.cit.* p. 778-780

El Artículo 103-Bis de la LFIF es de interés particular para los fines de este trabajo, ahí se consigna el derecho de las instituciones de fianzas a convenir con su contraparte, el uso de procedimientos convencionales o arbitrales para resolver sus controversias. Antes de hacerlo, las partes deben cumplir con lo dispuesto por la misma Ley en cuanto al trámite de las reclamaciones (Artículo 93, 95 y 118bis), de manera que a la afianzadora le sea determinar la procedencia de la pretensión del acreedor.

Como se ha visto, la fianza de empresa tiene diferentes grados de complejidad operativa y jurídica. Esta diversidad puede influir en la determinación de utilizar, o no, los MASC. En el ramo de las fianzas administrativas, por ejemplo, no existe un ambiente propicio para la participación de mediadores, conciliadores o árbitros. Lo mismo ocurre cuando se trata de fianzas judiciales, sobre todo en las penales, pues sus características jurisdiccionales pueden constituirse en obstáculos a la aceptación de los métodos alternativos. En cambio, el componente empresarial de las fianzas de crédito sugiere una mayor viabilidad en la aplicación de MASC.

#### 4.3.10 Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro

La idea moderna de seguridad social reconoce el derecho que tiene los trabajadores a gozar de una protección mínima, indispensable durante su vida productiva y al concluir ésta. En consecuencia, el Estado está obligado a procurar, mediante un sistema eficiente de pensiones y prestaciones económicas, los medios necesarios para garantizar la subsistencia de los trabajadores y sus familias en los casos de interrupción de su actividad productiva por riesgos de trabajo, incapacidad, cesantía, retiro o muerte.

En México, la Ley del Seguro Social del 21 de diciembre de 1995 regula el régimen de pensiones al que pertenece la mayoría de los trabajadores.<sup>257</sup> En su Artículo 11, se determina la integración del régimen obligatorio con los seguros de: a) riesgos de trabajo; b) enfermedades y maternidad; c) invalidez y vida; d) retiro, cesantía en edad avanzada y vejez; e) guarderías y prestaciones sociales. A su vez, el Artículo 175

---

<sup>257</sup> Otros regímenes están regulados por: a) la Ley del ISSSTE, para los trabajadores al servicio del Estado y b) la Ley del ISSFAM, para miembros de las fuerzas armadas.

dispone que “la individualización y administración de los recursos de las cuentas individuales para el retiro estará a cargo de las Administradoras de Fondos para el Retiro (AFORES)”, con el apoyo operativo de las Sociedades de Inversión Especializadas de Fondos para el Retiro (SIEFORES).<sup>258</sup>

En mayo de 1996, se publica la Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro, cuyo objeto es “regular el funcionamiento de los sistemas de ahorro para el retiro y sus participantes previstos en esta Ley y en las leyes del Seguro Social, del Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores y del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado.”<sup>259</sup> El Artículo 18 de dicha Ley define a las Afores como las “entidades financieras que se dedican de manera habitual y profesional a administrar las cuentas individuales y canalizar los recursos de las subcuentas que las integran en términos de la presente ley, así como a administrar sociedades de inversión”; y, en forma categórica, advierte que “deberán efectuar todas las gestiones que sean necesarias, para la obtención de una adecuada rentabilidad y seguridad en las inversiones de las sociedades de inversión que administren. En cumplimiento de sus funciones, atenderán exclusivamente al interés de los trabajadores y asegurarán que todas las operaciones que efectúen para la inversión de los recursos de dichos trabajadores se realicen con ese objetivo”.

Otras disposiciones aplicables a este régimen de pensiones pueden encontrarse en el Reglamento de la LSAR, las Circulares de la Comisión Nacional del Sistema de Ahorro para el Retiro, la Ley Federal del Trabajo y la Ley del INFONAVIT.

Es cierto que la reforma al sistema de pensiones está llamado a ser uno de los factores económicos más relevantes para el crecimiento económico del país. Así, en el año de 2004, el conjunto de los recursos de las cuentas individuales representó el 6.5% del PIB. Sin embargo, al exponer sus motivos, el legislador dejó claro que el objetivo central era de índole social, y consistía en proporcionar a los trabajadores un sistema de pensiones, eficiente y financieramente sustentable, que les garantizara, de

---

<sup>258</sup> El Artículo Vigésimo Octavo Transitorio de la *Ley del Seguro Social* consignó la obligación de reformar la *Ley para la Coordinación de los Sistemas de Ahorro para el Retiro* de 1992, antes de que entrara en vigor (primero de julio de 1997) la nueva Ley del Seguro Social, con el fin de mantener la congruencia en el marco normativo de las AFORES.

<sup>259</sup> *Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro*, Art. 1.

manera transparente y justa, el otorgamiento de una pensión al momento de su retiro, por incapacidad o en caso de muerte.

Así, pues, el nuevo esquema de pensiones de capitalización individual se sustenta, de acuerdo con Fernando Solís Soberón, en varios principios, como son: la propiedad de los trabajadores sobre los recursos depositados en su cuenta individual, la libertad para elegir la entidad que opere su cuenta individual y la modalidad de su pensión, la entrega periódica a los trabajadores de información sobre sus cuenta individual, la posibilidad de realizar aportaciones voluntarias y de elegir entre diversos niveles de riesgo para la inversión de los recursos de su cuenta individual.<sup>260</sup>

Dentro del régimen obligatorio que establece el Artículo 11 de la LSS, son las AFORES las entidades encargadas de administrar los recursos pertenecientes al ramo de seguro de retiro, cesantía en edad avanzada y vejez, mediante depósitos en la cuenta individual de cada trabajador. Este mismo instrumento financiero registra, además, en subcuentas diferentes, los depósitos por concepto de vivienda, de aportaciones complementarias de retiro y de aportaciones voluntarias, tal como lo disponen el Artículo 159 de la Ley citada y el Artículo 74 de la LSAR.

Las AFORES son responsables de la administración de las aportaciones de los patrones, de los trabajadores y del Estado,<sup>261</sup> así como, de la operación y el pago de pensiones. Como entidades financieras, no forman parte del procedimiento original de autorización de pensiones, el cual es responsabilidad del Instituto Mexicano del Seguro Social (Artículo 4 del la LSS). Por lo tanto, las controversias entre AFORES y trabajadores sólo pueden tratar asuntos relativos al objeto de las Administradoras, como es: abrir, administrar y operar cuentas individuales de los trabajadores; individualizar las aportaciones y sus rendimientos financieros; enviar, por lo menos dos veces por año, el estado de cuenta, en detalle, con las aportaciones, sus rendimientos y las comisiones de manejo; operar y pagar los retiros programados; pagar los retiros

---

<sup>260</sup> Solís, Soberón Fernando, "Principios, diseño y nuevas figuras jurídicas del sistema de pensiones mexicano" en *Estudios de Derecho Financiero*, Vigésimo Aniversario, Academia Mexicana de Derecho Financiero, México, 2000, p.367-370

<sup>261</sup> En el ramo de retiro, el patrón cubre el 2% del salario base de cotización (SBC); en los de cesantía en edad avanzada y vejez, corresponde un 3.5% al patrón y 1.125% al trabajador, mientras que el Estado contribuye con el 7.43% del total de las cuotas patronales; además, el gobierno federal aporta mensualmente, por concepto de cuota social, una cantidad equivalente al 5.5% del salario mínimo general para el DF. (Art. 168 de la LSS)

parciales, en términos de la LSS; y entregar a las instituciones de seguros los recursos para la contratación de rentas vitalicias o seguros de sobrevivencia;

La queja o reclamación de los trabajadores ha sido la forma más usual para manifestar su inconformidad. No han proliferado, aún, las controversias de mayor complejidad jurídica, debido al incipiente desarrollo de esta actividad, en particular, por lo que hace al pago de los retiros. Sin embargo, el número de participantes -la mayoría de ellos con una escasa cultura financiera y jurídica- y las dificultades administrativas de una intrincada estructura institucional, generalmente ineficiente, podrían llegar a convertirse en factores determinantes de un mayor número de conflictos dentro del sistema de pensiones.

#### 4.3.11 Ley de Ahorro y Crédito Popular

En países como España, Alemania y Canadá, las empresas de ahorro y crédito popular han tenido una historia de éxito, gracias a que han logrado adaptarse a los continuos vaivenes económicos y políticos.<sup>262</sup> En México, estas organizaciones financieras no han corrido con la misma suerte, y se ha desaprovechado su potencial económico; por consiguiente, su peso dentro del sistema financiero nacional es muy menor, si se le compara con la estructura bancaria. Su importancia radica, más bien, en la atención que pueden brindar a una numerosa población de bajo ingreso -la mayor parte de los mexicanos-, con mínimas posibilidades de acceso a financiamiento.<sup>263</sup> Conocidas como cajas populares o de ahorro, han venido a resolver un problema de disponibilidad de crédito en comunidades geográficamente aisladas.

---

<sup>262</sup> La Fundación Alemana de Cajas de Ahorro para la Cooperación Internacional cuenta con 578 cajas; en España las Cajas de Ahorro tienen una gran presencia regional, cuentan con 14 500 oficinas, 16 000 cajeros automáticos, 85 000 empleados y activos globales por 367 mil millones de dólares; el movimiento canadiense *Desjardins* debe su éxito esencialmente a su capacidad de adaptación, actualmente es la primera institución en Québec y la sexta de Canadá.

<sup>263</sup> Según cifras del Banco del Ahorro Nacional y Servicios Financieros la banca popular representa el 1% de los activos financieros de la banca múltiple, pero atiende al 6.7% de la población económicamente activa. Fuente: Bansefi.

Frente a una proliferación desordenada de estas organizaciones, el legislador decidió crear la figura jurídica de la sociedad de ahorro y préstamo, mediante reforma a la LGOAAC en el año de 1991. Años después, en 1994, se publica la nueva *Ley General de Sociedades Cooperativas*, en donde se adopta una figura similar bajo la denominación de Cooperativa de Ahorro y Préstamo.

El nuevo esquema normativo resultó poco eficaz, y no logró controlar el crecimiento desordenado de las cajas de ahorro, ni pudo brindar protección efectiva a los ahorradores. Con la aprobación de la *Ley de Ahorro y Crédito Popular*, publicada el 4 de junio de 2001, se ha querido dar seguridad al ahorro de la población participante para que cuente con una fuente de financiamiento estable, al tiempo que se promueve el desarrollo ordenado de esta actividad financiera para convertirla en un vehículo de financiamiento a la micro y pequeña empresa y se dota de servicios financieros a las regiones que carecen de ellos. Algunas disposiciones carácter supletorio son: la Ley General de Sociedades Cooperativas -únicamente para las Cooperativas-, la legislación mercantil, el Código Civil Federal, los usos y prácticas imperantes entre las organizaciones y el Código Fiscal de la Federación para efectos de las notificaciones.<sup>264</sup>

La LACP tiene previsto, dentro de sus Artículos Primero, Tercero y Quinto Transitorios, un período de dos años para conformar el nuevo sector de ahorro y crédito popular. Este plazo ha tenido que prolongarse debido a diversas complicaciones de índole jurídica y operativa propias de una fórmula organizativa tan novedosa. Vale la pena mencionar que no únicamente quedaron reguladas las anteriores sociedades y cooperativas de ahorro y préstamo, sino también aquellas uniones de crédito que pretendan seguir captando depósitos de ahorro del público en general.

La LACP distingue dos formas de organización: la cooperativa de ahorro y préstamo, para la cual debe constituirse una sociedad cooperativa, y la sociedad financiera popular, cuya figura constitutiva debe ser la sociedad anónima. La primera está integrada por socios con intereses comunes y conforme a los principios de solidaridad propios de una forma de organización social. Si quiere realizar operaciones con personas del público en general, debe permitir que se integren como socios. La

---

<sup>264</sup> *Ley de Ahorro y Crédito Popular*, Art.8

sociedad financiera popular, por su parte, puede prestar servicios a sus socios y a las personas que, sin estar obligadas a adoptar la condición de socios, se consideren como sus clientes. Ambas entidades son consideradas, para los efectos de la fracción I del Artículo 103 de la Ley de Instituciones de Crédito, como intermediarios financieros, y, por lo tanto, están autorizadas para captar directa e indirectamente recursos del público en territorio nacional.

Una aportación fundamental de la LACP es la formación de Federaciones y Confederaciones. Las primeras tienen por objeto agrupar a las distintas entidades de ahorro y crédito y auxiliar a la CNBV en el ejercicio de su facultad de supervisión; asimismo, es importante destacar que las solicitudes de autorización para operar deben presentarse ante una Federación, la cual debe elaborar un dictamen que, de resultar favorable, se somete a la determinación final de la CNBV. A su vez, las Confederaciones se constituyen para agrupar a las Federaciones, y tienen el encargo de administrar el Fondo de Protección a Ahorradores, al que se refiere el Capítulo IV del Título Tercero de la LACP, además de actuar como órganos de colaboración del Gobierno Federal para el diseño y ejecución de los programas que faciliten la actividad de ahorro y crédito popular.

Las nuevas entidades de ahorro y crédito popular están autorizadas para realizar la mayor parte de las operaciones bancarias. Sin embargo, es la CNBV el órgano responsable de asignar a cada entidad en lo particular, uno de los cuatro niveles de operaciones previstos por la LACP y conforme a las Reglas de carácter general emita la propia Comisión.

Por lo que hace a las inconformidades o desavenencias entre entidades y socios o clientes, el inciso h de la fracción I del Artículo 55 de la LACP contempla que las Federaciones incorporen en su reglamento interior, la implantación de mecanismos voluntarios de solución de controversias. Esto muestra el interés del legislador en promover vías alternativas, ajenas a la intervención de órganos jurisdiccionales o gubernamentales, para resolver conflictos en este sector financiero.

## CAPÍTULO 5 MÉTODOS ALTERNATIVOS EN LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS FINANCIERAS

### 5.1 El litigio en el ámbito financiero

Como ya se vio, la complejidad jurídica de la materia financiera es resultado, entre otros factores, de la amplia variedad de participantes, de la diversidad de órganos de autoridad responsables de la regulación y la vigilancia de las entidades, de las intrincadas relaciones institucionales e internacionales y de la alta especialización técnica-operativa. Todo ello ha provocado la modificación constante de leyes y reglamentos, así como, la proliferación de reglas y disposiciones diversa, cuyo objetivo general es contribuir al sano desarrollo del sistema financiero en su conjunto.

Al respecto, el tratadista norteamericano Joseph J. Norton sostiene que la estabilidad del sistema financiero debe ser un imperativo insoslayable para el siglo XXI, y que requiere “de un derecho bancario viable y de otros sistemas de derecho comercial y financiero de considerable sofisticación y elevada integridad y transparencia (en donde) el sistema de educación jurídica debe adquirir un papel proactivo en el desarrollo de dichas área.”<sup>265</sup> Y frente a este reto, nuestro país necesita desplegar un marco legal acorde con los cambiantes esquemas financieros de la comunidad internacional a la que pertenece, en donde “la resolución de controversias por vía extrajudicial tiene grandes probabilidades de continuar adquiriendo importancia en el futuro.”<sup>266</sup>

Por ningún motivo, debe debilitarse la vía judicial como método para resolver controversias en materia financiera. Por el contrario, el uso intensivo de métodos alternativos podría fortalecer la capacidad resolutoria de los órganos jurisdiccionales.<sup>267</sup> Ello se explica por el impacto de la masificación y la evolución tecnológica de los servicios financieros en el ejercicio de la función jurisdiccional, así como, por la complejidad jurídica inherente a esta expansión cuantitativa y cualitativa. Así, la actividad financiera se desenvuelve dentro de un marco legal cambiante,

---

<sup>265</sup> Norton J. Joseph, “El nuevo derecho bancario y la educación jurídica en el siglo XXI” en Carlos Gustavo Gerscovich *et al*, *Derecho Bancario y Financiero Moderno*, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, p.117

<sup>266</sup> *Ibidem*, p. 119

<sup>267</sup> *Supra*, Capítulo III

frecuentemente actualizado en sus diferentes ámbitos normativos, mercantil, económico, administrativo y laboral.

Esta transformación influye, de manera determinante, en la forma de entender y resolver una situación de conflicto. En México, a pesar de las circunstancias antes expuestas, no se han creado aún tribunales federales especializados en materia financiera. Siguen siendo los tribunales mercantiles, muchas veces distantes de la problemática jurídica del sector financiero, los que resuelvan las controversias entre instituciones financieras y usuarios. Y, en consecuencia, las resoluciones de los procesos jurisdiccionales llegan a desviarse de los propósitos de legalidad, equidad y eficacia que deben animar a la administración de la justicia.

Ahora bien, a pesar de que la especialización de los órganos jurisdiccionales en materia financiera es no sólo deseable sino inaplazable, conviene recordar que el alto grado de sofisticación conceptual y operativa de los servicios financieros y el incremento constante en el volumen de sus operaciones, dejan entrever la conveniencia de explorar métodos alternativos de solución a las controversias.

La corriente internacional se encauza en esta dirección, y es importante que nuestro país se incorpore con mayor fuerza y decisión a esta propuesta global. Los compromisos comerciales con otros países se extienden al ámbito financiero, por lo que resultaría desventajosa para el sistema financiero nacional que, mientras en el contexto internacional se transita por vías alternativas, nuestro país quede rezagado en este tema.

Hay que inducir, pues, la adopción de nuevas fórmulas compositivas para la solución de los litigios en el terreno financiero, mediante el ejercicio de la función legislativa y la aplicación de políticas públicas congruentes y de largo alcance. Debe ser una tarea de interés público porque representa una acción de beneficio colectivo.

## 5.2 El camino de la avenencia

En el capítulo 3 se estudiaron algunos de los métodos alternativos más usuales para resolver los conflictos. Se presentaron algunos de sus elementos característicos para reconocer los alcances y limitaciones de los MASC . Pero, ¿cuáles son sus ventajas

comparativas en controversias de índole financiera? y ¿cómo pueden incrustarse en la lógica económica y jurídica de las entidades financieras?.

En México, los esfuerzos institucionales para introducir estas prácticas alternativas en el sector financiero, datan del año de 1926,<sup>268</sup> con la publicación de la Ley General de Sociedades de Seguros. Se estableció un procedimiento arbitral para resolver las controversias entre las compañías de seguros y los particulares, mediante la intervención de una Comisión Arbitral *ad-hoc* para cada caso, nombrada por la Secretaría de Industria, Comercio y Trabajo. El procedimiento era previo, por lo que, una vez dictada la resolución, las partes quedaban en libertad para acudir a los tribunales en la forma y términos que disponían las leyes.

Diez años después, la Ley General de Instituciones de Seguros suprimió esta fórmula arbitral. Las partes podían acudir a los procedimientos que se contemplaban en las pólizas respectivas, o bien, solicitar los buenos oficios de la SHCP para la negociación de un acuerdo. En caso de prevalecer las diferencias, quedaban expeditos sus derechos para solventarlas ante los tribunales, pero con la obligación de la institución aseguradora de constituir una reserva por obligaciones pendientes para el pago del siniestro (Artículo 135). Al reforma en 1953, el Artículo 135 antes citado, fijó la competencia de la Comisión Nacional de Seguros para conocer de la reclamaciones de los asegurados o beneficiarios en contra de la institución aseguradora. El mismo órgano supervisor debía exhortar a las partes a que, de manera voluntaria y de común acuerdo, la designaran como árbitro. El compromiso arbitral se hacía constar en un acta ante la CNS. Se reconoció al juicio de amparo, como único medio de defensa para combatir la resolución del laudo, mientras que para otras resoluciones se admitía el recurso de revocación.

La CNS también podía actuar como conciliador, antes de que se diera inicio formal al arbitraje o para disuadir a las partes de acudir a los tribunales, si alguna de ellas no hubiera estado de acuerdo con la designación del árbitro. Ahora bien, aun si no fungía como árbitro, la CNS podía investigar el fondo del asunto y ordenar la constitución e

---

<sup>268</sup> Las fuentes principales de esta exploración cronológica pueden encontrarse en las obras especializadas de Octavio Sánchez Flores , Jesús de la Fuente Rodríguez y Pedro Zamora Sánchez, incluidas en la bibliografía de este trabajo.

inversión de una reserva por obligaciones pendientes de cumplir, cuando a su juicio pudiera presumirse la responsabilidad de la institución aseguradora.

En 1963 vuelve a reformarse el mencionado Artículo 135, destacando una nueva secuencia en las actividades compositivas de la CSF. Primero, debía buscar la conciliación de las diferencias y, de no alcanzarla, las exhortaba a que la designaran como árbitro. Se dispuso, asimismo, que la CNS debía ordenar la constitución de la reserva por obligaciones pendientes de cumplir, al momento de recibiera la reclamación, salvo que a su juicio fuera improcedente.

La creación de la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros, en 1974, trajo aparejada una nueva modificación al Artículo 135, con el fin de transferir la función compositiva al nuevo órgano de inspección y vigilancia. Y es hasta el año de 1983, cuando se realizaron nuevos cambios significativos: se incorporaron las sociedades mutualistas; se preveía la interrupción del plazo de prescripción de dos años con la presentación de la reclamación;<sup>269</sup> se dispusieron sanciones para la aseguradora, cuando no compareciera a la audiencia conciliatoria o por incumplir los acuerdos o resoluciones de la CNBS; se establecieron las modalidades del juicio arbitral en amigable composición y en estricto derecho; y se incluyó la aprobación del proyecto de laudo, a cargo de un Comité Permanente de la propia CNBS.

Por decreto publicado el 3 de enero de 1990, se promulgó la Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros que dio origen a la actual Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, como órgano responsable de atender las reclamaciones de los usuarios en contra de las entidades aseguradoras. Fue reformado el multicitado Artículo 135, para dar lugar, entre otras, a las siguientes modificaciones: la caducidad de la instancia, en caso de que se dejara de actuar por más de 180 días; la asignación de una tasa referencial, si la reclamación resultara procedente; la eliminación de la figura del Comité Permanente como órgano de revisión y aprobación del laudo; y, de manera significativa, la determinación de que los convenios celebrados ante la CNSF adquirirían el carácter de sentencia ejecutoriada, y podrían ser ejecutados por la propia Comisión.

---

<sup>269</sup> *Ley sobre el Contrato de Seguro*, Art. 81

En 1997, se reforma por última vez el Artículo 135, antes de ser derogado en el año 2000 por la Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros. Se incrementan las sanciones por incumplimiento o incomparecencia de las entidades aseguradoras; se modifican disposiciones concernientes a la constitución de la reserva específica por obligaciones pendientes de cumplir, así como, a las tasas referenciales para fijar el pago de intereses; se configura la aclaración de laudo; y se sujeta el juicio arbitral en estricto derecho a la legislación mercantil en vigor.<sup>270</sup>

Por otra parte, al reformarse la Ley Federal de Instituciones de Fianzas en enero de 1990, se añadió el Artículo 93Bis que le confirió facultades a la CNSF para actuar como conciliador y árbitro en materia de fianzas. En 1993 se le adicionó el Artículo 103Bis, lo que permitió abrir el camino arbitral a la solución de controversias que versaran sobre la forma de hacer efectivas las garantías de recuperación en favor de las afianzadoras.

La historia de los MASC en otros campos del quehacer financiero es más reciente. Casi siempre asociada a situaciones de crisis económica, como la nacionalización de la banca en 1982, el crack bursátil de 1987 y la crisis de insolvencia económica de 1994. Estos acontecimientos fueron determinantes en la adopción de prácticas proteccionistas, cuando se trataba de conflictos de índole financiera. Así, la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito, publicada el 31 de diciembre de 1982, en su Capítulo Tercero, bajo la denominación “De la Protección de los Intereses del Público”, incorporó un procedimiento administrativo que ofrecía a los usuarios de los servicios de banca y crédito la opción de presentar sus reclamaciones ante la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros, antes de ir a juicio. Se facultó a este órgano supervisor, para procurar la conciliación de diferencias entre los usuarios y las sociedades nacionales de crédito -de reciente creación- y, en caso de no llegar a un acuerdo, la propia CNBS podía exhortar a las partes a que se sometieran, de manera voluntaria, a su resolución arbitral. En cierto modo, era posible advertir la influencia de experiencias legislativas previas en materia de seguros.

---

<sup>270</sup> Octavio Sánchez Flores anota que el procedimiento arbitral en estricto derecho se ajustó en atención a las reformas que sufrió el *Código de Comercio* y el *Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal*, ambos de aplicación supletoria en el año de 1996.

La segunda Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito, cuya entrada en vigor data del 15 de enero de 1985, conservó los mismos métodos de conciliación y arbitraje, los cuales fueron ratificados en la Ley de Instituciones de Crédito de 1990, aunque quedaron entonces a cargo de la Comisión Nacional Bancaria.

Por su parte, la Ley del Mercado de Valores de 1975 confirió a la Comisión Nacional de Valores la facultad de conciliar o fungir como árbitro en las controversias que surgieran por operaciones bursátiles, aunque no introdujo un procedimiento particular para hacerlo efectivo. Una década después, en enero de 1985, se adicionó el Artículo 82 que estableció el procedimiento para el trámite de reclamaciones entre clientes y casas de bolsa, consistente en actuaciones conciliatorias y arbitrales -en amigable composición o en estricto derecho- por parte de la CNV. Meses después, en diciembre del mismo año, se convirtió en obligatorio para los usuarios de las casas de bolsa, acudir al procedimiento conciliatorio, disposición que fue cuestionada por su inconstitucionalidad. De nueva cuenta, una situación de crisis, el llamado crack bursátil de 1987, fue determinante en la creación -por acuerdo de la Junta de Gobierno de la CNV- de un nuevo ente de composición alternativa: la Instancia Arbitral en Amigable Composición del Mercado de Valores, un órgano autónomo, especializado y de rápida resolución (un plazo máximo de tres meses a partir de la firma del compromiso arbitral).<sup>271</sup> A raíz de esta experiencia, se decidió, mediante reforma a la LMV en 1990, sustituir la intervención arbitral de la CNV por la actuación de árbitros independientes propuestos por esta autoridad.

La crisis financiera provocada por la devaluación del peso mexicano en diciembre de 1994, dio lugar a diversas acciones gubernamentales para controlar la insolvencia de los mercados financieros en el país. Durante 1995, se fusionaron la Comisión Nacional Bancaria y la Comisión Nacional de Valores, para crear la Comisión Nacional Bancaria y de Valores,<sup>272</sup> y se publicaron reformas a la Ley de Instituciones de Crédito

---

<sup>271</sup> León León Rodolfo, "Evolución del arbitraje financiero bursátil en México, hasta la entrada en vigor de la Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros", documento consultado en el biblioteca del Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, D.F., 2000, p.6-8. El autor reporta que la Instancia Arbitral funcionó durante seis meses, período durante el cual tramitó cerca de trescientos expedientes, actividad que dio por resultado pagos por más de diecinueve mil millones de pesos a favor de los usuarios de casas de bolsa y créditos en carteras por más de cuatro mil millones a favor de éstas.

<sup>272</sup> *Ley de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores*, mayo de 1995

tendientes a mejorar los mecanismos de protección de los intereses de los usuarios. El nuevo órgano de supervisión quedó facultado para suplir la deficiencia de la reclamación, reconociendo así los desequilibrios entre los usuarios y las entidades bancarias. En cuanto al arbitraje, y como respuesta a la reticencia de los bancos para someterse al juicio arbitral del órgano de supervisión, se dispuso que las partes pudieran designar un árbitro independiente, aunque éste debía ser elegido de entre una lista propuesta por la CNBV, y en previsión de que continuara esa actitud contraria al método arbitral, se facultó a la CNBV para emitir un dictamen técnico que el usuario podría hacer valer ante los tribunales competentes, los cuales estaban expresamente obligados -por la misma LIC- a tomarlo en cuenta, para mejor proveer en su función procesal. Este novedoso instrumento de contenido financiero y legal, es, en opinión de Pedro Zamora Sánchez, “un elemento de gran trascendencia en materia de la protección de los intereses del público usuario, ante las limitaciones de la propia autoridad administrativa para poder obligar a las instituciones a sujetarse al arbitraje.”<sup>273</sup>

Sin demeritar la trascendencia de este conjunto de reformas, la aportación más trascendente a la metodología alternativa, fue, sin duda, la creación de las unidades especializadas para atender consultas y reclamaciones, incrustadas en la estructura de las instituciones de crédito. Esta figura representa una opción distinta para resolver los conflictos sin la intervención de autoridad estatal alguna. Es, pues, un intento significativo por recuperar la añejo fórmula de la autocomposición directa.

### 5.3 La Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros (CONDUSEF).

Una gran parte de las disposiciones antes referidas fue derogada con la entrada en vigor, el 19 de abril de 1999, de la Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros,<sup>274</sup> mientras que otras más fueron derogadas mediante el Decreto de enero de 2000, que reformó esta misma Ley.<sup>275</sup>

---

<sup>273</sup> Zamora Sánchez, Pedro, *Op. Cit.*, p.37

<sup>274</sup> *Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros*, Artículo Segundo Transitorio: “Se derogan los artículos 119 y 120 de la Ley de Instituciones de Crédito; 102 y 103 de la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito; 87 y 88 de la Ley del Mercado de Valores; 45 de la Ley de Sociedades de Inversión; la fracción XI de la Ley General de Instituciones

La LPDUSF dispuso la creación de la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros -CONDUSEF-, un organismo descentralizado que absorbió las facultades y los recursos que habían sido asignados a las comisiones supervisoras para atender las reclamaciones de los usuarios. En su exposición de motivos, el legislador señaló que su finalidad sería procurar la equidad y seguridad jurídica entre los usuarios y los intermediarios financieros, y justificó su creación argumentando la falta de uniformidad en la legislación y los procedimientos que aplicaban los órganos supervisores, así como, la multiplicidad de autoridades y criterios involucrados, sin dejar de reconocer que los esquemas institucionales existentes habían representado un paso importante para la protección de los intereses del público usuario.<sup>276</sup> El legislador tomó en consideración, asimismo, el número creciente de intermediarios financieros, su diversidad y la especialización de los servicios que debían ofrecer, como razones de peso para que se creara un organismo único. Abundó en su argumentación justificatoria, al señalar la carencia de certeza y seguridad jurídicas que derivaba de “la falta de medidas coercitivas que (propiciaran) la equidad en las relaciones entre usuarios y las entidades financieras” (aunque las leyes especiales ya preveían la aplicación de sanciones). Quiso destacar, además, la conveniencia de privilegiar “una instancia distinta a la jurisdiccional, que de manera obligatoria y vinculativa para las partes, (concurriera) a la solución de los conflictos”, aunque esta obligación sólo aplicó para la asistencia a juntas de avenencia, la

---

y Sociedades Mutualistas de Seguros; la fracción XII del artículo 5E, 109 y 110 de la Ley de Sistemas de Ahorro para el Retiro; y la fracción X del artículo 4E de la Ley de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, así como las demás disposiciones que se opondrán a la presente Ley”

<sup>275</sup> Por el artículo Segundo de este Decreto se derogó el artículo 118-B de la Ley de Instituciones de Crédito; por su artículo Tercero se derogó el artículo 135 de la Ley de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros; por su artículo Cuarto se derogó el artículo 93 Bis de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas; y por su artículo Quinto se derogó el artículo 31 de la Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro.

<sup>276</sup> Al respecto, conviene recordar que la evolución de tales procedimientos mostraba, salvo algunas diferencias en la forma o en el órgano de aplicación (por ejemplo, los árbitros independientes), una semejanza entre ellos, ya fuera en el tipo de método que se podía emplear - conciliación o arbitraje, en amigable composición o en estricto derecho-, en el orden y curso de las acciones procedimentales, en los requisitos de procedibilidad, en la supletoriedad del Código de Comercio y del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, en la interrupción de la prescripción, en la admisión del juicio de amparo como único medio de impugnación contra el laudo arbitral, entre otras similitudes. En cuanto a la multiplicidad de criterios, no parece un argumento sólido, ya que en todo juicio – y el arbitral no es la excepción- subyace el mismo riesgo por la diversidad de juzgadores.

presentación de informes por parte de la institución financiera y el cumplimiento de los convenios y los laudos.

Pocos meses después de haber entrado en vigor (19 de abril de 1999) tuvo que ser reformada la LPDUSF, “con el único objetivo de propiciar una actuación expedita y el de dar un cumplimiento efectivo de los fines para los cuales esta Cámara apoyó su creación (la CONDUSEF)”. Fueron recuperadas experiencias anteriores, como: 1) la opción de elegir árbitros independientes, ya que su designación mostraba “la flexibilidad, imparcialidad y prontitud a la que aspira en la resolución de los conflictos”; 2) la obligación de las instituciones financieras de crear unidades especializadas de atención a usuarios, como “una vía expedita para la canalización de dudas y aclaraciones que eventualmente surjan entre el público usuario”; 3) la emisión de un dictamen técnico, cuando por causas imputables a la institución financiera no se diera el arbitraje, “teniendo el usuario la posibilidad de hacer valer el dictamen como prueba ante los tribunales competentes.”<sup>277</sup>

La reforma más reciente fue publicada el 12 de mayo del 2005. Entre las modificaciones más significativas pueden mencionarse: la posibilidad de celebrar de convenios con las instituciones financieras o sus asociaciones gremiales para que la CONDUSEF actúe como árbitro; la asesoría legal a usuarios en procedimientos arbitrales en los que la Comisión no funja como árbitro; las facultades de suplir las deficiencias de las reclamaciones a favor del usuario y de solicitar a la institución financiera documentación y cualquier elemento pertinente para sustanciar el procedimiento conciliatorio; el reconocimiento del trámite de conciliación inmediata, no sujeta a las formalidades de un procedimiento; la posibilidad de que el conciliador formule propuestas de solución; el reconocimiento del convenio conciliatorio como cosa juzgada que trae aparejada ejecución; y el derecho de audiencia para la institución financiera previo a la emisión del dictamen técnico.

Sin pretender un análisis detallado de la LPDUSF o de la estructura operativa de la CONDUSEF, es conveniente hacer una revisión, aunque sea general, de los alcances de la norma y de los procedimientos que regula.

---

<sup>277</sup> Exposición de motivos de la Reforma a la LPDUSF, publicada el 5 de enero del 2000.

El Artículo Primero precisa que el objeto de la LPDUSF es “la protección y defensa de los derechos e intereses del público usuario de los servicios financieros...”. Define al usuario como cualquier persona que celebra contratos, utiliza o tiene algún derecho frente a alguna Institución Financiera, como resultado de la operación o servicio prestado. En su Artículo 4 dispone la creación de la CONDUSEF como un organismo público descentralizado, con personalidad jurídica y patrimonio propios. Sus facultades más relevantes en materia de solución de controversias son:<sup>278</sup>

- atender y resolver las reclamaciones de los usuarios, mediante la conciliación inmediata o el procedimiento conciliatorio previsto en el Artículo 68;
- actuar como árbitro en amigable composición o en juicio arbitral de estricto derecho en los conflictos entre usuarios e instituciones financieras;
- prestar el servicio de orientación jurídica y asesoría legal en los procedimientos arbitrales en los que la CONSUSEF no actúe como árbitro;
- emitir recomendaciones a las instituciones financieras para alcanzar el objetivo de la LPDUSF;
- solicitar la información necesaria para substanciar los procedimientos de conciliación y de arbitraje;
- y proporcionar a los usuarios elementos necesarios para procurar una relación más segura y equitativa entre éstos y las Instituciones Financieras.

Cabe mencionar que la fracción VI del Artículo 68 prevé la emisión de un dictamen técnico cuando la institución financiera no asista a la junta de conciliación o las partes rechacen el arbitraje, siempre que la CONDUSEF suponga la procedencia de lo reclamado. Este documento debe contener una valoración técnico-jurídica que el usuario puede hacer valer ante los tribunales, pero que también podría utilizarse como un elemento disuasivo para retomar el camino de la avenencia conciliatoria, aunque por vías distintas a las contempladas por la LPDUSF.

Por su parte, las unidades especializadas a las hace referencia el Artículo 50 Bis de la Ley (cuya creación es obligatoria para las instituciones financieras) tienen por objeto la atención de las consultas y las reclamaciones de los usuarios. Su forma de operar las

---

<sup>278</sup> Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros, art. 11

acerca más al método de la mediación que al de la conciliación,<sup>279</sup> debido a que pueden actuar con un mínimo de formalidades, sus acuerdos son consensuales y sus titulares no tiene participación directa en las controversias, pero sí existe una relación de subordinación con la entidad financiera. La naturaleza autocompositiva de estos órganos podría convertirlas en una opción auténtica de soluciones alternativas, sobre todo si las instituciones financieras les adjudicaran el papel de ombudsman interno.

En cuanto a la función conciliatoria, la LPDUSF establece dos etapas: la conciliación inmediata y el procedimiento conciliatorio, ambas diferentes por cuanto a la rapidez para resolver, la formalidad para tramitarlas y su alcance jurídico.

La conciliación inmediata da inicio con la presentación del escrito de reclamación al que se refiere el Artículo 63 de la Ley, y consiste en la búsqueda de acuerdos entre las partes por cualquier medio legal, pero sin que medie una junta conciliatoria, ni se cumplan los requisitos para llevarla a cabo. La CONDUSEF debe propiciar el avenimiento de las diferencias entre usuarios y instituciones financieras, y de llegar a un resultado favorable, éste debe hacerse constar en un pacto escrito. Esta fórmula de avenencia se concibió a partir de exigencias pragmáticas que reclamaban soluciones ágiles y eficaces.<sup>280</sup>

Cuando no logran resultados positivos con la conciliación inmediata, o bien, si ésta no puede realizarse porque las circunstancias del caso no lo permiten, la CONDUSEF debe instruir el procedimiento conciliatorio. Durante el desahogo de la audiencia, la CONDUSEF puede requerir información adicional o, de conformidad con el Artículo 67, solicitar a la institución financiera cualquier documentación y elemento que considere pertinente para mejor proceder.<sup>281</sup> De no llegar a un acuerdo, el conciliador

---

<sup>279</sup> Supra, 3.2.3 y 3.2.4

<sup>280</sup> Antes de contar con esta posibilidad legal, la CONDUSEF utilizaba figuras que no estaban reguladas por la Ley, como las llamadas “asistencias técnicas y jurídicas”, las cuales llegaron a convertirse, con el paso del tiempo, en el medio más usual para brindar atención a los usuarios. Como muestra de ello, de enero a junio del 2005, se reportaron 193,750 asistencias técnicas y jurídicas contra sólo 13,072 procedimientos de conciliación. La Reforma de mayo del 2005 reconoció esta práctica y le dio certeza jurídica, además fijó como límite para su realización, el plazo de veinte días hábiles que la Ley le señala a la CONDUSEF para citar a las partes a la audiencia de conciliación.

<sup>281</sup> Esta solicitud de documentación puede hacerse en cualquier otro momento, incluso dentro del requerimiento de informe, previo a la audiencia. Hay que señalar el rechazo de las instituciones financieras hacia esta disposición que, a partir de la Reforma del 2005, precisa la obligación de

debe invitar a las partes a someterse al arbitraje de la CONDUSEF o de alguno, o algunos, de los árbitros que este organismo les proponga,. El arbitraje puede ser en amigable composición o en estricto derecho. Si no se acepta el arbitraje, debe levantarse el acta correspondiente y dejar a salvo los derechos de las partes para que los hagan valer ante los tribunales competentes. Asimismo, y siempre que las partes no hayan alcanzado el acuerdo conciliatorio, y aun cuando hayan aceptado someterse a su arbitraje, la CONDUSEF ordenará a la institución financiera que constituya un pasivo contingente o, si se trata de aseguradoras, una reserva técnica específica, a efecto de garantizar el pago de la prestación que el usuario haya reclamado.<sup>282</sup>

Ahora bien, al igual que otras fórmulas conciliatorias que le antecieron, este mecanismo también se caracteriza por un alto contenido proteccionista, favorable a los intereses de los usuarios. Cabe preguntarse entonces, ¿cuál puede ser el grado de aceptación de las instituciones financieras?; y, si no prevalecen los principios de autonomía de la voluntad y no obligatoriedad, ¿podrían ser viables las vías alternativas cuando están condicionadas por mecanismos de protección estatal?.

Como es sabido, el Estado mexicano ha decidido asumir la obligación de proteger y defender los intereses de los usuarios de servicios financieros. En cierto sentido, puede interpretarse como un modo de contribuir al equilibrio en la negociación del conflicto, mediante el fortalecimiento de la posición negociadora de la parte más vulnerable -el usuario- frente a la desigual ventaja económica de la institución financiera. Pero también puede interpretarse como una forma de proporcionar más información y documentación probatoria al usuario, obteniendo con ello una posición ventajosa en cualquier proceso judicial posterior.

Así, pues, parecería existir motivo suficiente para anticipar una fuerte oposición de las instituciones financieras al procedimiento conciliatorio de la CONDUSEF. No obstante, en la práctica sus objeciones han sido menores, tal vez porque no les ha causado, hasta ahora, un agravio real. En realidad, las instituciones financieras han mostrado muy poca disposición conciliatoria para resolver las diferencias con sus usuarios. Así

---

proporcionar documentación y cualquier otro elemento pertinente, puesto que su cumplimiento puede resultar contrario para su defensa, en caso de tener que acudir ante los tribunales.

<sup>282</sup> Cabe aclarar que el último párrafo del art.68 abre la posibilidad de que no se ordenen estos pasivos o reservas, cuando sean improcedentes las pretensiones del usuario, a juicio de la CONDUSEF.

lo demuestra la disminución en el porcentaje de reclamaciones conciliadas entre 2003 y 2004; en el primer año, la CONDUSEF reportó haber recibido 21,777 reclamaciones, con un nivel de conciliación cercano al 30%; en el 2004 aumentó a 24,660 reclamaciones, pero el nivel de conciliación bajó a casi un 25%, aún más, las aseguradoras sólo alcanzaron acuerdos de conciliación en el 13% de los casos..<sup>283</sup>

Este comportamiento puede atribuirse a diversas causas como, por ejemplo, la falta de un sentido comercial en la representación legal de las instituciones financieras, o la escasa preparación de los conciliadores en las técnicas propias de este método, o una actitud poco negociadora de los usuarios ante la expectativa de una resolución favorable por la intervención de la autoridad protectora; en resumen, la carencia de una cultura de la autocomposición, que respete los principios de autonomía de la voluntad de las partes, no obligatoriedad y disponibilidad de derechos. Y, como se afirmó en capítulos anteriores,<sup>284</sup> conviene que el Estado apoye la formación de esa cultura, integrando un marco normativo adecuado para impulsar nuevos métodos de solución extrajudicial, en donde los particulares tengan una presencia más activa, en condiciones que propicien el equilibrio en las relaciones compositivas.

#### 5.4 El arbitraje en materia financiera en México.

El juicio arbitral, sea en amigable composición o estricto derecho es otro de los métodos que aparecen regulados por la LPDUSF. Por la complejidad de las operaciones financieras resulta muy recomendable emplear un tercero imparcial que pueda resolver, con justicia y equidad, las controversias entre las partes. La vía judicial aparece, en principio, como el camino idóneo. Sin embargo, hay motivos prácticos para dudar de esta idoneidad, por ejemplo: una especialización técnica deficiente de los órganos jurisdiccionales; la falta de infraestructura humana y material para dictar, de manera pronta y expedita, sus resoluciones; la conveniencia de incorporar algunas reglas particulares al procedimiento resolutorio y la preferencia de las entidades financieras extranjeras (cuya presencia es mayoritaria) hacia el arbitraje.

---

<sup>283</sup> Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros, *Anuario Estadístico 2004*.

<sup>284</sup> *Supra*, 3.4

Puede afirmarse que las instituciones financieras mexicanas, en términos generales, han manifestado poco interés en las fórmulas arbitrales de la LPDUSF.<sup>285</sup> Esta conducta puede explicarse en razones de índole diversa, que varían en función del tipo de entidad financiera o de las características de cada reclamación. En un intento por generalizar esta causalidad, Pedro Zamora Sánchez señala que el arbitraje financiero en México no se ha consolidado debido a que no reúne las características de todo arbitraje comercial; una muestra de ello se encuentra en: a) la falta de rapidez y sencillez del procedimiento; b) los altos costos que ocasiona la lentitud en el trámite; c) la falta de experiencia de los árbitros y escasa intervención de expertos en materia financiera; d) la incapacidad para asegurar la confidencialidad durante el desahogo del procedimiento; e) las partes no siempre se conducen con buena voluntad.<sup>286</sup>

Por su parte, Ernesto Ampudia Mello opina que el arbitraje de la CONDUSEF adolece del elemento de imparcialidad característico del método arbitral. Y centra su crítica en el hecho de que este organismo tiene por objeto la protección y defensa a los usuarios de servicios financieros, por lo que se encuentra impedido para ser un árbitro imparcial en las controversias entre tales usuarios y sus instituciones financieras. Su crítica alcanza también a los preceptos que regulan el laudo arbitral que emite la CONDUSEF:

“(…)son ostensiblemente violatorios de los más elementales principios de la institución arbitral...pues en materia de arbitraje privado, el Estado puede intervenir como árbitro, sin embargo, esto le exige participar como un particular más por lo que sus actuaciones quedan supeditadas a las mismas normas y exigencias a las que se supedita cualquier laudo arbitral, esto es, no le está permitido por carecer del imperio necesario para ello, ejecutar sus propios laudos, y por ello debe acudir al órgano jurisdiccional en solicitud de homologación y ejecución de su resolución, la cual, en tanto no es homologada por el aparato jurisdiccional a una sentencia ejecutoria, no puede ser susceptible,

---

<sup>285</sup> En el año de 2003 sólo se sometieron al arbitraje de la CONDUSEF un total de 9 reclamaciones; para el 2004 esta cifra se redujo a 5 , todas éstas en materia de seguros; en el primer semestre de 2005 se reportó un aumento a diez arbitrajes, de los cuales seis corresponden a seguros y cuatro a fianzas. Fuente: CONDUSEF.

<sup>286</sup> Zamora Sánchez, Pedro, *Op.cit.*, pags.72 a 77

como erróneamente lo plantea el Artículo 78 de la Ley en comento, del Juicio de Amparo...”<sup>287</sup>

Ampudia Mello reprueba también la facultad de la CONDUSEF (Artículos 80 y 81) para ejecutar por sí misma sus laudos o los de los árbitros independientes y que se le otorgue el carácter de sentencia ejecutoriada a los convenios suscritos ante ella.<sup>288</sup>

Ambos autores parecen coincidir en la incapacidad del Estado mexicano para proveer a la sociedad de un método arbitral confiable en materia financiera. Es preciso, por lo tanto, indagar si el marco jurídico global del arbitraje en México puede aportar elementos novedosos que permitan configurar un perfil distinto para el arbitraje financiero en nuestro país.

## 5.5 Regulación en el régimen convencional internacional

A la luz de la creciente globalización de las relaciones comerciales y financieras en el mundo, la figura del arbitraje ha tomado un impulso inusual debido a sus características de flexibilidad, rapidez, equidad, formalidad mínima y confidencialidad.<sup>289</sup> La participación activa de los sujetos involucrados en los conflictos, la convierten en un medio altamente compatible con los mecanismos de intercambio comercial y, desde luego, con la actividad de intermediación financiera. La vocación internacional del método arbitral se ha puesto de manifiesto en su inclusión dentro de múltiples convenios, acuerdos, tratados y contratos, lo mismo que en la proliferación de tribunales, centros y árbitros en todo el mundo.

---

<sup>287</sup> Ampudia, Mello Ernesto, “Análisis jurídico de la institución arbitral aplicada en el sistema financiero nacional”, en *Estudios de Derecho Financiero*, Vigésimo Aniversario, Academia Mexicana de Derecho Financiero, México, 2000, p.275-277

<sup>288</sup> *Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros*, Art. 80: “Corresponde a la Comisión Nacional adoptar todas aquellas medidas necesarias para el cumplimiento de los laudos dictados por la propia Comisión, así como de aquellos emitidos por los árbitros propuestos por ella (...) Los convenios celebrados ante la Comisión Nacional tendrán el carácter de una sentencia ejecutoria.”

Art.81: “En caso de que el laudo emitido condene a la Institución Financiera y una vez que quede firme, ésta tendrá un plazo de quince días hábiles contado a partir de la notificación para su cumplimiento o ejecución. Si la Institución Financiera no cumple en el tiempo señalado, la Comisión Nacional enviará el expediente al juez competente para su ejecución. Las autoridades administrativas y los tribunales estarán obligados a auxiliar a la Comisión Nacional, en la esfera de su respectiva competencia.(...)”

<sup>289</sup> Supra, 3.2.5 y 3.3

Las convenciones internacionales, en particular, han logrado armonizar el entorno normativo en el que se desenvuelve el arbitraje. Durante el siglo XX, merced al impulso del comercio internacional, surgieron diversos instrumentos convencionales para fijar las reglas arbitrales de los negocios mercantiles. En este sentido, Luis Miguel Díaz contempla el uso generalizado del arbitraje en nuestro país que “se asoma como una actividad necesaria del futuro, paralela a la modernización e integración económica del país al resto de los mercados mundiales”<sup>290</sup>

Uno de los tratados internacionales de mayor relevancia fue la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Convención de Nueva York) que nació en el seno de las Naciones Unidas en el año de 1958. México decidió esperar hasta el año de 1971 para adherirse a ella, pero sin resolver el problema jurídico interno. Esta situación se debía, según José Luis Siqueiros, a que “la excesiva formalidad impuesta por el legislador de 1889 (Código de Comercio) continuaba siendo un escollo en la propagación del método arbitral como solución en las controversias entre comerciantes mexicanos.”<sup>291</sup> Años después, nuestro país ratificó la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional de Panamá, aprobada en 1975.<sup>292</sup>

La integración de ambas instrumentos al derecho convencional mexicano, trajo por resultado su elevación al rango de “Ley Suprema de toda la Unión”, conforme a lo dispuesto por el Artículo 133 Constitucional. Los acuerdos internacionales se situaron, así, en un nivel superior al de las normas internas que regulaban el juicio arbitral, como el Código de Comercio y los códigos federal y locales de procedimientos civiles. No obstante, seguía siendo incongruente la adopción de un derecho convencional actualizado y moderno con la vigencia de una legislación interna estática y obsoleta. Frente a esta antinomia jurídica, fue preciso adecuar los preceptos de derecho interno a la dinámica de la evolución normativa internacional.

Mientras tanto, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) decide publicar, en 1985, la Ley Modelo de Arbitraje

---

<sup>290</sup> Díaz Luis Miguel, *Arbitraje: privatización de la justicia*, Edit, Themis, México, D.F., 1991, p.17

<sup>291</sup> *Ibidem*, p. 381. El capítulo ocho de esta obra incluye un ensayo de José Luis Siqueiros intitulado “La nueva regulación del arbitraje en el Código de Comercio”.

<sup>292</sup> El Decreto de promulgación del Convenio de Panamá fue publicado en el DOF del 27 de abril de 1978.

Comercial Internacional, un marco de referencia para armonizar las legislaciones internas de los diferentes Estados miembros. En México, inició, entonces, un período de consulta y análisis sobre su contenido y alcances, de donde emanó una iniciativa de reformas y adiciones al Código de Comercio<sup>293</sup> que permitía asimilar las normas convencionales y la estructura básica de la Ley Modelo; así lo confirma José Luis Siqueiros al hacer referencia a la adición del Título Cuarto del CC denominado “Del Procedimiento Arbitral”:

“De este nuevo conjunto de normas dispositivas, seis corresponden al articulado que había sido originalmente proyectado por la Comisión de Expertos de la Secretaría de Relaciones Exteriores y que en síntesis contienen la tónica de modernidad y actualización ya incorporada en nuestro derecho convencional y en la inspiración de la Ley Modelo.”<sup>294</sup>

Fue en el año de 1993, cuando se introdujeron, con mayor amplitud, las reglas que recomendaba la Ley Modelo de la CNUDMI.<sup>295</sup> Se proyectaba, según la apreciación de Martín Bravo Peralta, “un arbitraje de naturaleza económica”, que va más allá del concepto mercantil. Un instrumento eficaz de promoción, aliento y protección de la actividad económica a cargo de los particulares.<sup>296</sup> Este singular enfoque deja entrever la posibilidad de regular la solución de las controversias económicas -incluidas desde luego, las financieras- mediante la integración de un procedimiento de arbitraje, uniforme y de aplicación general.

---

<sup>293</sup> El Decreto de aprobación correspondiente a esta iniciativa se publicó el 4 de enero de 1989, e introdujo, a través de los arts. 1415 al 1437, la regulación detallada del procedimiento arbitral en el campo de la actividad comercial.

<sup>294</sup> Siqueiros, José Luis, “La nueva regulación del arbitraje en el Código de Comercio” en Luis Miguel Díaz, *Op. cit.*, p.385. El autor citado formó parte del grupo de expertos juristas al que convocó la Secretaría de Relaciones Exteriores para estudiar y discutir las implicaciones de adoptar las reglas de la Ley Modelo de la CNUDMI .

<sup>295</sup> Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación del 22 de julio de 1993, mediante el cual se reformaron el artículo 1347-A primer párrafo, fracción I y último párrafo y los artículos 1415 al 1437; se modificó la denominación del Título Cuarto del Libro Quinto; y se adicionaron los artículos 1438 al 1463 del Código de Comercio. Además, se reformaron los artículos 569, primer párrafo, 570 y 571, primer párrafo, del Código Federal de Procedimientos Civiles.

<sup>296</sup> Bravo Peralta, Martín Virgilio, *Op. Cit.*, p. XII. El autor argumenta que el ámbito sustantivo de esta Ley Modelo admite una amplitud interpretativa respecto del término “comercial”, ya que en su lista de ejemplos de relaciones comerciales (nota de pie de página al artículo 1) se incluyen transacciones de mercancías o servicios, créditos con garantía, construcción, consultoría, inversiones, financiamientos, transacciones bancarias, seguros y fianzas, explotación de licencias y concesiones, transporte y convenios de cooperación internacional.

## 5.6 Regulación interna del arbitraje.

Las normas internas del arbitraje en México están sometidas, por disposición constitucional, a la primacía del derecho convencional. Así lo ha reconocido el legislador a través de diferentes reformas que han modificado los instrumentos jurídicos secundarios: Código de Comercio, Código Federal de Procedimientos Civiles, Código Civil Federal, Código de Procedimientos Civiles de las entidades federativas y otras leyes federales y locales particulares. Este cuerpo legal, aunque orientado a regir la conducta interna, mantiene también una vocación internacional. Pero más allá de esta orientación, se mantiene viva la discusión sobre la constitucionalidad del arbitraje, puesto que, se argumenta, aun los tratados internacionales deben estar sujetos a las garantías que consagra nuestra norma fundamental.

### 5.6.1 Aspectos constitucionales

En México, la acción legislativa en materia mercantil y financiera pertenece al orden federal. Se encuentra consagrada en la fracción X del Artículo 73 del Documento Constitucional, la cual establece la facultad del Congreso de la Unión para “legislar en toda la República sobre hidrocarburos, minería, industria cinematográfica, comercio, juegos con apuestas y sorteos, intermediación y servicios financieros...”. De este precepto emana la normatividad legal interna en materia de arbitraje comercial y financiero, como, por ejemplo, el Código de Comercio, la Ley Federal de Protección al Consumidor, la Ley de Cámaras de Comercio y la Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros. Y, desde luego, los tratados y convenciones que ha suscrito nuestro país son parte fundamental de este cuerpo normativo.<sup>297</sup>

Los argumentos sobre la inconstitucionalidad del arbitraje suelen girar en torno de la interpretación de la garantía de igualdad y de seguridad jurídica que consagran los Artículos 13 y 14 Constitucionales. El primero de ellos establece que nadie puede ser juzgado por “tribunales especiales”, mientras que el segundo exige que los juicios

---

<sup>297</sup> Artículo 133. “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”.

sean seguidos ante “tribunales previamente establecidos”. Ello da lugar a plantear la cuestión de si los órganos arbitrales pueden quedar dentro de esa situación.

En su prolífico tratado sobre las garantías individuales, Ignacio Burgoa distingue dos características de los tribunales propiamente dichos: la permanencia de sus funciones ejecutivas o decisorias y su injerencia en un número indeterminado de casos concretos.<sup>298</sup> Por contraposición, los tribunales especiales serían aquellos que no pudieran quedar encuadrados dentro de esa caracterización; así lo ha sostenido la SCJN con el siguiente criterio:

“Por tribunales especiales, se entiende los que son creados exclusivamente para conocer, en un tiempo dado, de determinado negocio o respecto de ciertas personas, sin tener un carácter permanente y sin la facultad de conocer de un número indeterminado de negocios de la misma materia (...)”<sup>299</sup>

La actividad arbitral parece asemejarse, pues, a la de un tribunal especial. Sin embargo, es muy esclarecedor el discernimiento que hace el maestro Burgoa, respecto del alcance de la garantía de igualdad como impedimento jurídico para el funcionamiento de tales tribunales. Al Estado, anota el maestro, debe imputársele la obligación que nace de esa garantía, consistente en que el poder estatal “no debe enjuiciar a una persona, civil o penalmente, mediante órganos jurisdiccionales que establezca exprofesamente para conocer de determinados casos concretos numéricamente demarcados.”<sup>300</sup> De donde, esa obligación no puede hacerse extensiva a los órganos arbitrales, cuyas raíces pueden encontrarse en el principio de autonomía de la voluntad de las partes que sustenta su creación .

Otro elemento a considerar es si el árbitro es o no autoridad. El concepto de autoridad, dice Ignacio Burgoa, está íntimamente vinculado con la idea del acto de autoridad. Éste es realizado, en un modo decisorio o ejecutivo, por un órgano del Estado que se coloca, para ese efecto, en un plano de relaciones de supra a subordinación respecto de los particulares. En tal virtud, el acto de autoridad debe reunir los atributos de

---

<sup>298</sup> Burgoa, Orihuela Ignacio, *Las garantías individuales*, 30ªed, Edit. Porrúa, México,D.F.,1998, p.287

<sup>299</sup> Tesis Aislada. Quinta Época, Cuarta Sala, Semanario Judicial de la Federación, Tomo:CXI, p. 432

<sup>300</sup> Burgoa, Orihuela Ignacio, *Las Garantías...,Op. cit.*, p.288

unilateralidad, imperatividad y coercitividad.<sup>301</sup> No requiere, por lo tanto, del concurso de la voluntad particular, puesto que ésta queda supeditada a la voluntad del Estado. Así, pues, si los actos de los órganos arbitrales carecen de tales atributos, -excepto, tal vez ,por la decisión unilateral del laudo- no pueden ser considerados como actos de autoridad. La SCJN ha expresado un criterio similar al definir la naturaleza privada del arbitraje:

“ARBITRAJE. (...) el árbitro no es funcionario del Estado, ni tiene jurisdicción propia o delegada; las facultades de que usa, se derivan de la voluntad de las partes, expresada de acuerdo con la ley, y aunque la sentencia o laudo arbitral, no puede revocarse por la voluntad de uno de los interesados, no es por sí misma ejecutiva. El laudo sólo puede convertirse en ejecutivo, por la mediación de un acto realizado por un órgano jurisdiccional, que, sin quitarle su naturaleza privada, asume su contenido; de suerte que, entonces, el laudo se equipara al acto jurisdiccional (...) El árbitro carece de imperio, puesto que no puede examinar coactivamente testigos ni practicar inspecciones oculares, etcétera; y sus laudos son actos privados , puesto que provienen de particulares (...)”<sup>302</sup>

En una reflexión posterior, el máximo órgano jurisdiccional, consecuente con la importancia que ha ido adquiriendo esta figura, estableció que las resoluciones de los árbitros son actos de autoridad, pero sólo en la medida en que su contenido sea asumido por el órgano jurisdiccional para hacerlo ejecutable. Es, de algún modo, la parte decisoria del acto de autoridad, pero no en lo que hace a su eficacia y realización concreta. De esta suerte, el árbitro carece de la facultad de hacer cumplir, ante sí, el laudo que emitió, porque carece de imperatividad, que es uno de los atributos de la jurisdicción y que es inherente a los órganos jurisdiccionales del Estado. Luego, entonces, “el árbitro carece de la fuerza del Estado para hacer efectiva la condena, pero el laudo en sí mismo no está despojado de los atributos de la cosa juzgada, puesto que la facultad de decidir la controversia es una delegación hecha por el Estado a través de la norma jurídica, y sólo se reserva la facultad de ejecutar.”<sup>303</sup> Con este criterio, el Tribunal Colegiado pretende otorgar mayor certeza jurídica para quienes se someten al juicio arbitral, pero sin despojarlo de su naturaleza privada. A

---

<sup>301</sup> Burgoa, Orihuela Ignacio, *El juicio de amparo*, 36ª ed., Edit. Porrúa, México, D.F., 1999, p.186-187

<sup>302</sup> Tesis Aislada. Quinta Época, Tercera Sala, Semanario Judicial de la Federación Tomo XXXVIII, p.801

<sup>303</sup> Tesis Aislada., Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación, Tesis I.3o.C.231 C , Tomo XVI,julio 2001, p.1107

mayor abundamiento, puede explorarse el criterio de la Corte respecto de la procedencia de la revisión del fondo del laudo por vía de amparo:

“LAUDO ARBITRAL. SU HOMOLOGACIÓN POR AUTORIDAD JUDICIAL ORDINARIA Y EL ANÁLISIS DE ÉSTA, EN AMPARO, NO PERMITE EL ESTUDIO DE SU SENTIDO EN CUANTO AL FONDO. Un laudo arbitral es la decisión de un órgano no estatal, así convenida por las partes, para resolver una contienda, ya sea presente o futura; así, para efectos de la instancia ordinaria queda a la exclusiva potestad de la decisión del tribunal de arbitraje y pasa a ser una extensión de esa voluntad, que por ser un acto de particulares, en cuanto a su sentido, no se encuentra sujeto a revisión constitucional; sin embargo, tal revisión constitucional sí se puede dar respecto a la resolución de homologación emitida por un órgano judicial estatal, la que, desde luego, se limitará al resultado del análisis de la debida composición del tribunal de arbitraje, del debido procedimiento, de la manifestación de voluntad de las partes de someterse al arbitraje, de la materia del mismo y de los demás supuestos contemplados en el artículo 1462 del Código de Comercio, supuestos que, como se advierte, contemplan únicamente cuestiones de forma y no de fondo”<sup>304</sup>

Es posible sostener que los árbitros así definidos, tienen, por disposición de ley, la facultad de dirimir conflictos entre particulares, pero sin sustraerse de la naturaleza privada de su función. Así lo afirma Pedro Zamora, al considerar que “si el espíritu del Constituyente fue el de prohibir el establecimiento de tribunales especiales emanados del Estado, es indudable que no existe obstáculo alguno que restrinja el derecho del particular de constituir un tribunal arbitral con el fin de ser juzgado por sus iguales en forma por demás privada”<sup>305</sup>

Situación distinta es la que ocurre con el arbitraje oficial. La actuación de los organismos gubernamentales ha sido interpretada desde distintos ángulos por la SCJN. Por un lado, al revisar la procedencia del amparo directo de la Procuraduría Federal del Consumidor -PROFECO-, estableció que no puede otorgárseles el carácter de tribunal administrativo, puesto que sus laudos arbitrales no están encauzados a dirimir conflictos entre los particulares y la administración pública; y, por la misma razón, “no son susceptibles de reclamarse en amparo directo, en términos del artículo 44 de la Ley de Amparo, sino en la vía indirecta, atendiendo a lo dispuesto en el numeral 114, fracción II, del citado ordenamiento, por tratarse de un acto que no

---

<sup>304</sup> Tesis aislada, Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación, Tomo XVI, agosto 2002, Tesis XV, 1º.50 C, p.1317

<sup>305</sup> Zamora Sánchez, Pedro, *Op.cit.* p.24

proviene de un tribunal administrativo, judicial o del trabajo, emanado de un procedimiento seguido en forma de juicio.”<sup>306</sup>

Este pronunciamiento se complementa con la jurisprudencia por contradicción de tesis que bajo el rubro “PROCURADURÍA FEDERAL DEL CONSUMIDOR. SUS LAUDOS ARBITRALES SON ACTOS DE AUTORIDAD PARA EFECTOS DEL JUICIO DE AMPARO”, sostiene que cuando un órgano del Estado puede imponer unilateralmente su voluntad en relaciones de supra a subordinación, que se rijan por el derecho público, afectando la esfera jurídica del gobernado, sus laudos arbitrales “constituyen actos de autoridad para efectos del juicio de amparo, pues si bien es cierto que actúa por voluntad de las partes, también lo es que ejerce facultades decisorias a nombre del Estado y como ente público establece una relación de supra a subordinación con los particulares que se someten voluntariamente al procedimiento arbitral, ya que al dirimir la cuestión debatida entre consumidor y proveedor, de manera unilateral crea, modifica o extingue, por sí o ante sí, situaciones jurídicas que afectan la esfera legal de éstos, sin necesidad de acudir a los órganos judiciales ni de obtener el consenso de la voluntad del afectado.”<sup>307</sup> También en el caso de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico, la SCJN confirmó su criterio en el sentido de que los laudos de un ente público en calidad de árbitro, son actos de autoridad para efectos del juicio de amparo.<sup>308</sup>

No obstante, con posterioridad a la publicación de esa jurisprudencia, el Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Cuarto Circuito resolvió que los laudos de la CONDUSEF no constituyen resolución definitiva para efectos de lo dispuesto por el Artículo 114 de la Ley de Amparo. Estimó que si en las bases del arbitraje que determinaron las partes en el compromiso arbitral, no se precisan los efectos y alcances jurídicos del laudo cuando se trata de establecer el juicio de amparo como único medio de defensa, debe recurrirse, por supletoriedad, al Código de Comercio lo

---

<sup>306</sup> Tesis aislada, Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación, Tomo XI, abril 2000, Tesis aislada XVII, 2º.10 A, p.985

<sup>307</sup> Tesis Jurisprudencia. Novena Época, Segunda Sala, Semanario Judicial de la Federación Tomo XIV, octubre 2001, Tesis ,2ª/J.49/2001, p.426

<sup>308</sup> Tesis Jurisprudencia. Novena Época, Segunda Sala, Semanario Judicial de la Federación, Tomo XIV, noviembre 2001, Tesis ,2ª/J.56/2001, p.31

que implica, conforme al Artículo 1461, el reconocimiento previo del laudo para que proceda el juicio de garantías.<sup>309</sup>

Por todo lo expuesto, puede concluirse que el problema doctrinario sobre la inconstitucionalidad de la actuación de los árbitros por considerarlos como una especie de tribunales especiales (Artículo 13 Const.) que no han sido previamente establecidos (Artículo 14 Const.), es posible resolverlo bajo las siguientes premisas:

- La obligación que emana de la garantía de igualdad le es imputable al Estado, por lo que un órgano arbitral que nace por voluntad de las partes no puede violar este derecho constitucional.
- Las resoluciones de los árbitros privados no requieren el concurso de la voluntad de las partes, sin embargo, por carecer de los atributos de imperatividad y coercitividad propios de un acto de autoridad, se encuentran eximidos del control constitucional.
- El arbitraje oficial lo llevan a cabo entes públicos que ejercen sus facultades en nombre del Estado y sus laudos son actos de autoridad, sin embargo, al ser creados previamente por una ley, tienen carácter permanente y sus facultades las ejercen para un número indeterminado de casos, de manera que no existe inconstitucionalidad en sus actos.

#### 5.6.2 Título Cuarto del Código de Comercio

El campo de la materia mercantil en México se caracteriza, en la actualidad, por la concurrencia de diversos niveles de tecnificación y complejidad, de acuerdo con el tipo de actividad, las personas o instituciones que se encargan de realizarla y los requisitos legales para llevarla a cabo. Sin duda, la adopción de los principios que contiene la Ley Modelo de la CNUDMI como una parte sustantiva del Título Cuarto del Libro Quinto del Código de Comercio, denominado “Del Arbitraje Comercial”, fue una respuesta al reto de actualizar las estructuras legales a los nuevas exigencias del comercio mundial, y en ellas cabe, desde luego, la solución ágil y eficaz de las controversias entre los comerciantes. Y, aunque el propósito del presente trabajo no

---

<sup>309</sup> Tesis aislada. Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación, Tomo XVII, febrero 2003, Tesis XIV, 2º .73 A, p.1022

está orientado hacia los elementos procesales de los MASC, sí es importante revisar algunos aspectos de esta materia a la luz de las peculiaridades de la práctica arbitral en el ámbito financiero en México.

El CC regula el arbitraje comercial interno y el internacional -este último cuando la actividad arbitral se realice dentro del territorio nacional-, salvo disposición en contrario de los tratados internacionales o de otras leyes nacionales. Es una norma de amplio espectro que convalida la prevalencia del principio de autonomía de la voluntad de las partes, pero que reconoce también los principios de disponibilidad y legalidad.

En primer lugar, define el acuerdo de arbitraje como aquel por el que las partes deciden someter la solución de cualquier controversia que pueda surgir de una determinada relación jurídica entre ellas, a un procedimiento arbitral de carácter comercial. Este acuerdo puede tomar la forma de una cláusula arbitral dentro de un contrato principal o de un acto compromisorio independiente.<sup>310</sup> Este convenio tiene por objeto hacer explícito el libre consentimiento de las partes para sujetar una controversia determinada o determinable al arbitraje, así como, para precisar las normas procedimentales en que puedan sustanciarse las actuaciones arbitrales. Debe adoptar la forma de un acuerdo escrito, plasmado en un documento firmado o en carta, télex, telegrama, facsímil u otro medio de telecomunicación que permita asumir la aceptación del convenio, o incluso se presume válido por “el 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.”<sup>311</sup> Debe referirse a un objeto, motivo o fin lícito, lo que Jorge A. Silva llama “la arbitrabilidad del litigio”, para distinguir lo arbitrable de lo no arbitrable, ya sea por disposición de ley, en relación con el principio de disponibilidad de los derechos, o por la conformidad de los compromitentes, con apego al principio de autonomía de la voluntad.<sup>312</sup> Un requisito adicional es que las partes sean capaces de pactar sobre el negocio materia del arbitraje, de lo contrario podría invocarse la nulidad del laudo, tal como lo dispone la fracción I del Artículo 1457 del CC.. Asimismo, es fundamental que en el acuerdo, las partes fijen las normas de derecho aplicables al fondo de la controversia, pues de no hacerlo corresponderá al

---

<sup>310</sup> *Código de Comercio*, Art.1416

<sup>311</sup> *Íbidem*, Art.1423

<sup>312</sup> Silva Silva, Jorge A. *Op.cit.*, pags.82 y 83

árbitro determinar el derecho aplicable. En el mismo instrumento las partes pueden señalar su oposición a que el tribunal arbitral adopte medidas precautorias respecto del objeto del litigio.

Otra manifestación de la autonomía de la voluntad de los compromitentes es la composición del tribunal arbitral. Ellos pueden determinar, con toda libertad, el número de árbitros que habrán de resolver la controversia, pero si no logran ponerse de acuerdo en este punto, la responsabilidad recaerá en un árbitro único. Ahora bien, si las partes tampoco logran pactar la designación de una determinada persona, cualquiera de ellas podrá solicitar la intervención del juez competente conforme a la sede del arbitraje; esta misma fórmula es aplicable cuando se trata de un tribunal con tres árbitros, dos de los cuales son designados por cada una de las partes, y no se alcanza un acuerdo sobre el nombramiento del tercero de ellos. Cuando se trata del arbitraje institucional, hay también una forma indirecta para elegir a los árbitros, y consiste en conferir la facultad de designación a un tercero especializado, en los términos previstos por la Fracción I del artículo 1417 del CC..

La elección del lugar en donde se realizará el arbitraje también puede ser libremente determinado por los compromitentes. En caso de no hacerlo, el tribunal arbitral es quien lo fija, tomando en consideración las circunstancias del caso y la conveniencia de las partes. No ocurre lo mismo con el idioma, ya que el CC, en su Artículo 1438, precisa que en los arbitrajes nacionales “deberá utilizarse el idioma español”, mientras que en los internacionales sí se deja en libertad a las partes para que lo definan.

La designación de los árbitros es fundamental para conseguir una resolución legal y justa, por eso la misma norma mercantil contempla el auxilio de la autoridad jurisdiccional cuando existen omisiones, irregularidades o incumplimientos que pudieran afectar el procedimiento que las partes hayan convenido. Asimismo, la idoneidad de los árbitros queda salvaguardada en el Artículo 1429, el cual prevé que cualquiera de las partes puede recusar un árbitro ante el tribunal arbitral e, incluso, solicitar que la intervención de un juez para que resuelva en definitiva. Esta fórmula de recusación es indicativa de que el legislador consideró conveniente vincular la actuación arbitral con la función judicial, como un modo de apoyar y promover el arbitraje, pero sin poner en riesgo la autonomía del órgano responsable.

Una intención semejante se advierte en el trámite de la excepción por incompetencia, en donde el propio tribunal arbitral puede decidir, por sí mismo, cuando es procedente; sin embargo, cuando el tribunal se haya declarado competente antes de emitir su laudo, las partes también podrán acudir al juez para que dicte una resolución que será inapelable.

Una característica esencial del arbitraje es la condición de igualdad de las partes, contenida en el Artículo 1434 del CC. Esta es “la regla de oro en el procedimiento arbitral”, advierte Pedro Zamora, ya que otorga a los sujetos plena oportunidad de hacer valer sus derechos.<sup>313</sup> Este precepto tiene gran relevancia, puesto que consigna un elemento jurídico fundamental que contribuye a brindar certeza jurídica al procedimiento en su conjunto. Los compromitentes tienen la posibilidad y la capacidad para gozar de los mismos derechos, de frente a la solución del conflicto por el árbitro. Así, el Estado, a través de la norma mercantil, somete el procedimiento arbitral a una condición de igualdad jurídica para dar seguridad a las partes de que no habrá un trato diferenciado en cuanto a la aplicación del método para resolver la controversia.

Los plazos de presentación de la demanda y su contestación pueden ser pactados por las partes, o en su defecto por el tribunal. No obstante, el Artículo 1439 del CC señala que la demanda debe expresar los hechos que la fundan, hacer explícitos los puntos controvertidos y fijar las prestaciones que reclama el actor, además de que, al contestarla, el demandado “deberá referirse a todo lo planteado en la demanda”. El mismo numeral advierte que las partes pueden acordar con libertad los elementos que deben contener la demanda y la contestación. En el mismo Artículo, se dispone que, al formular sus alegatos, las partes deben presentar o hacer referencia a cualquier documento pertinente, así como mencionar otras pruebas que vayan a presentar. Con todo ello, el CC busca configurar un ambiente de mayor certeza jurídica al procedimiento arbitral.

Por lo que se refiere a la celebración de las audiencias durante la fase de instrucción, de nueva cuenta las partes pueden decidir, de común acuerdo, si habrán de realizarse o no, aunque el tribunal puede imponer la celebración de las mismas cuando una de

---

<sup>313</sup> Zamora Sánchez, Pedro, *Op.cit.*, p.50

las partes lo pida.<sup>314</sup> Esto garantiza la adecuada valoración de los elementos probatorios y abre la oportunidad de defensa a las partes. Con un propósito semejante, el Artículo 1444 establece que el mismo tribunal o cualquiera de las partes pueden solicitar la asistencia de un juez para el desahogo de las pruebas.

El derecho aplicable al enjuiciamiento acoge, una vez más, el principio de autonomía de la voluntad. Los compromitentes pueden elegir las normas de derecho que deben regir sobre el fondo de la controversia, aunque de no hacerlo, el tribunal arbitral debe determinarlo. Sobre la importancia de esta facultad de las partes, Jorge A. Silva la considera como “la columna vertebral del derecho del arbitraje internacional”, y recuerda que en las discusiones de la Ley Modelo de la UNCITRAL, hubo quien la calificó como “la carta magna del proceso arbitral”<sup>315</sup>

El laudo arbitral debe, por lo tanto, apegarse a las disposiciones legales que las partes hayan señalado, sin embargo, el propio CC, en su Artículo 1444, hace referencia a la obligación de los árbitros de tener en cuenta “los usos mercantiles aplicables al caso.” El laudo debe dictarse por escrito y ser firmado por los árbitros; además, deben registrar la fecha en que fue dictado y el lugar del arbitraje. Y, aunque su Artículo 1448 prevé que debe ser motivado, el CC permite a las partes que convengan otra cosa, reafirmando así la preponderancia de la autonomía de la voluntad de las partes, en todas las fases del juicio arbitral.

Antes de concluir las actuaciones arbitrales del tribunal, pueden aplicarse diversos remedios procesales como la aclaración, la corrección y complementación de la resolución arbitral. Por lo que hace al primero, Jorge A. Silva considera que es “un medio adecuado no para modificar o revocar el laudo, sino sólo para interpretarlo, es decir, enmendar sus ambigüedades, oscuridades o equívocos.”<sup>316</sup> La corrección busca enmendar los errores e inconsistencias de “cálculo, de copia tipográfica o de naturaleza similar.”<sup>317</sup> Por su parte, la complementación del laudo consiste en aplicar

---

<sup>314</sup> *Código de Comercio*, Art.1440

<sup>315</sup> Silva Silva, Jorge A., *Op.cit.*, p. 160

<sup>316</sup> *Íbidem*, p.200

<sup>317</sup> *Código de Comercio*, Art. 1450, Fracc.I

el principio de exhaustividad para que el tribunal resuelva “respecto de las reclamaciones formuladas en las actuaciones arbitrales, pero omitidas en el laudo.”<sup>318</sup>

Una vez agotados tales remedios, el tribunal arbitral cesa en sus funciones, y corresponde a los órganos jurisdiccionales competentes las actuaciones posteriores en dos vertientes: la nulidad o la homologación del laudo.

La resolución arbitral puede ser impugnada ante el juez competente del país que haya sido sede del arbitraje, para buscar que se declare su nulidad, mediante el incidente previsto en el Artículo 360 del Código Federal de Procedimientos Civiles. Ello puede ocurrir cuando una de las partes invoque alguna de las causas que señala el Artículo 1457 del CC, como son: a) la incapacidad de los compromitentes para celebrar el acuerdo arbitral; b) la invalidez legal del acuerdo arbitral; c) la indebida notificación del árbitro o de sus actuaciones; c) la inarbitrabilidad de la controversia resuelta por no estar contemplada en el acuerdo o porque excede los límites del mismo; d) la composición defectuosa del tribunal arbitral al no ajustarse al contenido del acuerdo; e) la incorrecta sustanciación del procedimiento arbitral respecto de lo dispuesto en el acuerdo, salvo que éste hubiere contravenido los preceptos obligatorios para las partes que se encuentran dentro del Título IV del CC; f) si el juez comprueba que el objeto de la controversia no es arbitrable o que el laudo es contrario al orden público.

La nulidad del laudo tiene por objeto preservar los principios de autonomía de la voluntad de las partes, de disposición de derechos y de legalidad de los actos en el arbitraje. La invalidez del acuerdo se dará si no se cumple con las mínimas exigencias que debe reunir la exteriorización de la voluntad de las partes para comprometerse en árbitros y cuando ésta no se sujeta a las disposiciones legales aplicables. La norma mercantil busca evitar que las partes puedan quedar en estado de indefensión frente a la indebida notificación de los actos. Además, intenta cuidar que el objeto del arbitraje sea una disputa enjuiciable por lo que hace a lo que acordaron las partes y a lo que establece la ley en cuanto a la disposición de derechos, y tutela la oportunidad de las partes de hacer valer sus derechos, a través de una instrucción procedimental que se mantenga apegada a su voluntad y a los preceptos del CC.

---

<sup>318</sup> *Íbidem*, Art. 1451.

La otra vertiente por la que transcurre la actividad de los órganos jurisdiccionales, es la homologación del laudo. Una vez que se ha emitido la resolución del árbitro, la parte que ha sido condenada puede negarse a cumplir lo ordenado, y al carecer el laudo de fuerza ejecutoria, es preciso que se tramite el reconocimiento de sus efectos como cosa juzgada y su posterior ejecución forzosa, ante la autoridad judicial competente. El procedimiento de homologación provee reconocimiento al laudo, cuando la fuerza jurídica de éste, por sí misma, resulta insuficiente para que se cumpla su resolución. La intervención de la autoridad estatal brinda certidumbre jurídica respecto de la aplicación del método arbitral, pero sin pronunciarse sobre la decisión del árbitro. Una vez desahogado el procedimiento de homologación, el juez estará en condición de ordenar la ejecución del laudo arbitral, como un efecto jurídico del reconocimiento previo. Como lo advierte Jorge A. Silva:

“La ejecución representa una mera consecuencia del reconocimiento el cual antecede incluso la orden respectiva. Sólo hasta después de que se reconoce una orden podrá ejecutarse coactivamente.”<sup>319</sup>

El mismo autor agrupa los requisitos para que se pueda homologar o reconocer un laudo en los siguientes renglones:

- a) Relativos al acuerdo arbitral. La autoridad judicial revisa la capacidad de los compromitentes y la validez del acuerdo. Estas formalidades se consideran satisfechas, salvo prueba en contrario.
- b) Relativos al proceso arbitral. Se revisan la constitución correcta del órgano arbitral, la notificación debida al demandado, la oportunidad de defensa para las partes, el apego del procedimiento al contenido del acuerdo arbitral, la congruencia del laudo respecto de lo pactado y que éste haya alcanzado definitividad e inimpugnabilidad. También estas circunstancias se presumirán satisfechas, salvo prueba en contrario.
- c) Relativos al fondo del asunto. Son excepciones a la prohibición de que la autoridad estatal se pronuncie sobre el fondo de lo resuelto. El juez puede revisar violaciones más allá de las formas procedimentales, cuando el laudo pueda vulnerar el orden

---

<sup>319</sup> Silva Silva, Jorge A. *Op.cit.*, p.246

público o cuando el asunto resulta inarbitrable. Por su importancia, estas formalidades pueden examinarse de oficio.<sup>320</sup>

El Capítulo IX del CC trata sobre el reconocimiento y ejecución de los laudos, no sólo los nacionales sino también aquellos que proceden de otro país. Ante el incumplimiento de la otra parte, la vencedora puede promover ante el juez competente que se reconozcan los efectos jurídicos del laudo y su posterior ejecución. Para ello, debe presentar un escrito acompañado por el original autenticado del laudo y el original del acuerdo arbitral, o copias certificadas de los mismos. Este procedimiento debe sustanciarse de manera incidental conforme al Artículo 360 del Código Federal de Procedimiento Civiles. Por su parte, el Artículo 1462 del CC establece las causales de negativa al reconocimiento o ejecución del laudo, relativas al acuerdo arbitral, al proceso arbitral y al fondo del asunto.

En cuanto a la interpretación constitucional, los tribunales mexicanos de amparo han determinado que, aunque los jueces del orden común carecen de facultades para analizar el sentido del laudo arbitral puesto que deben asumir su contenido, sí pueden, en cambio, rehusar la ejecución del laudo cuando adviertan que no se han cumplido los requisitos procesales estipulados en el acuerdo arbitral o no se ha satisfecho alguno de los supuestos previstos en la ley mercantil, sobre el particular.

“LAUDO ARBITRAL. SU HOMOLOGACIÓN POR AUTORIDAD JUDICIAL ORDINARIA Y EL ANÁLISIS DE ÉSTA, EN AMPARO, NO PERMITE EL ESTUDIO DE SU SENTIDO EN CUANTO AL FONDO. Un laudo arbitral es la decisión de un órgano no estatal, así convenida por las partes, para resolver una contienda, ya sea presente o futura; así, para efectos de la instancia ordinaria queda a la exclusiva potestad de la decisión del tribunal de arbitraje y pasa a ser una extensión de esa voluntad, que por ser un acto de particulares, en cuanto a su sentido, no se encuentra sujeto a revisión constitucional; sin embargo, tal revisión constitucional sí se puede dar respecto a la resolución de homologación emitida por un órgano judicial estatal, la que, desde luego, se limitará al resultado del análisis de la debida composición del tribunal de arbitraje, del debido procedimiento, de la manifestación de voluntad de las partes de someterse al arbitraje, de la materia del mismo y de los demás supuestos contemplados en el artículo 1462 del Código de Comercio, supuestos que, como se advierte, contemplan únicamente cuestiones de forma y no de fondo, y, una vez dada la homologación, de los actos de ejecución con que el Juez auxilia al

---

<sup>320</sup> *Íbidem*, p.249-253. El autor considera un cuarto renglón con requisitos relativos al procedimiento de *exequátur*, lo cuales son aplicables a los laudos emitidos en otros países.

cumplimiento del laudo; por lo que en la vía de amparo únicamente se podrán alegar esas cuestiones y no las relativas al fondo y sentido del laudo...”<sup>321</sup>

### 5.6.3 La figura del arbitraje en la Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros.

El sector financiero se ubica en los niveles más altos de tecnificación y versatilidad, debido a la amplia variedad de instituciones especializadas que lo integran, la velocidad de cambio de sus componentes, su intrincada estructura jurídica y la influencia de factores externos en el comportamiento de los servicios financieros. En forma puntual, el Centro de Mediación y Arbitraje Comercial de la Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México señala algunas razones para explicar el incremento en el nivel de tecnificación del sector financiero, como son: la competencia nacional e internacional para optimizar los servicios; la inminente tendencia globalizadora; la presión para abatir los costos de operación aunada a la exigencia de sus usuarios para obtener mejores productos; la multiplicación de éstos como resultado del empuje de los servicios financieros internacionales; y, de manera relevante, “la llegada de instituciones financieras internacionales a nuestro país con servicios fórmulas y productos propios de sistemas sociales económicos y jurídicos muy diversos.”<sup>322</sup>

Esta evolución técnica conlleva una operación muy especializada en la comercialización de los productos y en la prestación de los servicios, a cargo de las diferentes entidades del sector financiero. Ante esta realidad, las relaciones entre los clientes y las empresas financieras también tienden a desenvolverse dentro de un ambiente de cambios frecuentes. Y la eventual presencia de situaciones de conflicto, no escapa a esta circunstancia. Surge entonces la inquietud sobre cuáles pueden ser los métodos idóneos para resolver tales desavenencias y quienes pueden estar capacitados para aplicarlos.

---

<sup>321</sup> Tesis Aislada. Novena Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo: XVI, Agosto de 2002. Tesis: XV.1o.50 C. Página: 1317

<sup>322</sup> Centro de Mediación y Arbitraje Comercial de la Cámara de Comercio de la Ciudad de México “El arbitraje en el ámbito financiero como método alternativo de solución de controversias”, Boletín Informativo, Año 3, No. 6, mayo de 2003.

Como se mostró en apartados anteriores,<sup>323</sup> la estructura del sistema normativo que regula la actividad financiera en México, requiere la intervención de personas expertas en todos los ámbitos de este quehacer. Este fue un argumento central en la Exposición de Motivos de la LPDUSF, al expresar que “el mayor número, la diversidad de intermediarios y la especialización de los servicios financiero, así como la complejidad administrativa que para los usuarios representan los órganos de vigilancia y supervisión que la legislación vigente les ofrecen, plantean la conveniencia e incluso la necesidad de que el público usuario cuente con un órgano único, especializado a su vez, para proteger sus derechos e intereses...”<sup>324</sup>

Es evidente que la estructura de relaciones al interior del sistema financiero es diversa y compleja. No es extraño entonces que las controversias entre usuarios e intermediarios también reflejen esas características. Ante esta realidad, el legislador ha buscado conformar fórmulas distintas a las tradicionales, para amalgamar seguridad jurídica, tutela social y eficacia en la solución de los conflictos. A lo largo de las últimas décadas se fueron conformando diferentes mecanismos en torno de este propósito. El esfuerzo más reciente quedó plasmado en la LPDUSF, un esquema normativo que permitió uniformar los procedimientos establecidos con anterioridad, agrupar los criterios dispersos y crear “un órgano único, imparcial y especializado en la solución de conflictos surgidos con motivo de la prestación de los distintos servicios financieros.”<sup>325</sup>

Es importante destacar que el Artículo 10 precisa que la CONDUSEF “cuenta con autonomía técnica para dictar sus resoluciones y laudos” y, por otro lado, le atribuye “facultades de autoridad para imponer las sanciones previstas en esta Ley”. Esta distinción cobra relevancia cuando se analiza el alcance jurídico de sus actos administrativos.

Como un ente autónomo, dispone de una condición jurídica adecuada para actuar con independencia técnica dentro de los procedimientos que, por su complejidad, así lo

---

<sup>323</sup> Supra, 4.2 y 4.3

<sup>324</sup> Exposición de Motivos de la Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18 de enero de 1999.

<sup>325</sup> *Íbidem*

requieren, y garantizar con ello la prestación eficaz del servicio público que tiene encomendado.

Por otra parte, en su carácter de autoridad administrativa, actúa con poder de Estado, ya que sus decisiones pueden afectar la esfera jurídica de los particulares, de una manera imperativa, unilateral y coercitiva, en una relación de supra-a-subordinación. En este sentido, es ilustrativo el pronunciamiento del Pleno de la SCJN respecto del ejercicio de las facultades decisorias de los organismos descentralizados, como una verdadera potestad administrativa, cuya naturaleza pública les confiere el atributo de actos de autoridad. A mayor abundamiento, la ley que crea a la CONDUSEF le provee del fundamento legal para que, como órgano de autoridad, pueda emitir actos unilaterales a través de los cuales crea, modifica o extingue por sí o ante sí, “(...)situaciones jurídicas que afecten la esfera legal de los gobernados, sin la necesidad de acudir a los órganos judiciales ni del consenso de la voluntad del afectado.”<sup>326</sup> Y en este caso en particular, la Segunda Sala ha determinado las atribuciones de imperio que la Ley le ha conferido a la CONDUSEF, en razón de “(...)sus objetivos de asesoría, información, defensa a los usuarios de servicios financieros, conciliación y heterocomposición arbitral convenida, se identifican plenamente con áreas prioritarias o estratégicas del Gobierno Federal, prestación de servicios públicos o sociales y obtención o aplicación de recursos para fines de asistencia o seguridad social.”<sup>327</sup>

Como se comentó con anterioridad,<sup>328</sup> la CONDUSEF cuenta con diversas facultades para atender las reclamaciones de los usuarios de servicios financieros.

Puede decirse que la CONDUSEF da inicio a su actuación como conciliador, cuando conoce de la inconformidad de un usuario respecto de un servicio que le haya sido prestado por alguna de las Instituciones Financieras que se mencionan en la Fracción IV del Artículo 2 de la Ley en comento. La norma no define con precisión qué debe

---

<sup>326</sup> Tesis Aislada. Novena Época. Instancia: Pleno. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo: V, Febrero de 1997. Tesis: P. XXVII/97. Página: 118. Rubro: AUTORIDAD PARA EFECTOS DEL JUICIO DE AMPARO. LO SON AQUELLOS FUNCIONARIOS DE ORGANISMOS PUBLICOS QUE CON FUNDAMENTO EN LA LEY EMITEN ACTOS UNILATERALES POR LOS QUE CREAN, MODIFICAN O EXTINGUEN SITUACIONES JURIDICAS QUE AFECTAN LA ESFERA LEGAL DEL GOBERNADO.

<sup>327</sup> Tesis Aislada. Novena Época. Instancia: Segunda Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo: XIV, Diciembre de 2001. Tesis: 2a. CCXXVII/2001. Página: 366

<sup>328</sup> Cfr. 5.3

entenderse por servicio financiero, por lo que es necesario examinar las normas especiales para determinar la competencia del Organismo en cada caso particular.<sup>329</sup> Está impedida, sin embargo, para atender reclamaciones por variaciones en las tasas de interés, “cuando tales variaciones sean consecuencia directa de condiciones generales observadas en los mercados.”<sup>330</sup>

El usuario puede presentar su inconformidad por comparecencia, por escrito o por cualquier otro medio idóneo, pero debe cumplir con los requisitos que señala el Artículo 63 de la Ley, y en el mismo numeral se faculta a la CONDUSEF para suplir las deficiencias en la reclamación cuando sea en beneficio del usuario. El plazo para interponerla es de dos años, contados a partir de que se haya presentado el hecho que la motivó, o a partir de la negativa de la institución financiera a satisfacer las pretensiones del usuario. Es importante apuntar que, una vez satisfechos los requisitos de Ley, con la sola presentación de la reclamación se interrumpe la prescripción de cualquier otra acción legal, hasta que concluya el procedimiento de conciliación.<sup>331</sup>

La reciente Reforma del 12 de mayo de 2005 incorporó, por razones de índole práctica, una variante a la función conciliatoria de la CONDUSEF: la conciliación inmediata. En efecto, debido a la rigidez del procedimiento previsto en la Ley, el organismo adoptó otros métodos de mediación no previstos en la norma legal, como las llamadas asistencias técnicas y jurídicas.<sup>332</sup> Esta fórmula ha permitido a la CONDUSEF atender con mayor rapidez y eficacia las quejas de los usuarios, al darle oportunidad a la entidad financiera de ofrecer una respuesta a su cliente para satisfacer su pretensión, sin cumplir mayores requisitos. Pero el quejoso quedaba en estado de indefensión, al no interrumpirse la prescripción de otras acciones legales que pudiera llegar a promover. Por esta razón, el legislador reconoció la conveniencia de incorporar la figura de la conciliación inmediata que pretende agilizar el

---

<sup>329</sup> Supra 4.3.2

<sup>330</sup> *Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros*, Art. 61

<sup>331</sup> *Ibidem*, Art.66

<sup>332</sup> Las asistencias técnicas y jurídicas se refieren a las orientaciones, asesorías y a todo tipo de gestión que no requiere un procedimiento formal. En 2004 se llevaron a cabo (excluyendo las consultas telefónicas) 114,156 asistencias personales y por escrito, mientras que sólo se registraron 24,660 reclamaciones, es decir, sólo una de cada cinco se atendió por la vía del procedimiento conciliatorio (CONDUSEF. *Anuario estadístico 2004*).

procedimiento y “dotar de mejores herramientas a la autoridad, para lograr un mayor impacto como resultado de su intervención en el avenimiento del conflicto.”<sup>333</sup> La diferencia básica radica en que no es preciso citar a las partes para una audiencia de conciliación, sino que se intenta la avenencia por otros medios más ágiles, aunque de llegar a un acuerdo éste debe constar por escrito, y en caso de no alcanzarlo, la CONDUSEF fijará fecha y hora para la celebración de la audiencia, continuando así con el procedimiento formal de conciliación. Durante la audiencia, el conciliador puede formular propuestas de solución, y si las partes logran avenir sus intereses se levantará acta circunstanciada del convenio respectivo, el cual, una vez firmado, tiene fuerza de cosa juzgada y trae aparejada su ejecución. De no lograr la conciliación, se les invitará a que, de común acuerdo, designen como árbitro a la propia Comisión Nacional o a alguno(s) de los árbitros que ésta les proponga. Si no desean someterse al arbitraje, quedarán a salvo sus derechos para que los hagan valer ante los Tribunales competentes o en la vía que proceda .

Así, pues, las partes no pueden optar por el arbitraje sin antes haber intentado la vía conciliatoria. Tampoco pueden elegir el árbitro o árbitros que más les convengan, ya que deben sujetarse a los que les proponga la CONDUSEF. Asimismo, y siempre que la Comisión Nacional considere procedentes las pretensiones del usuario, la institución financiera deberá registrar el pasivo contingente o reserva técnica que derive de la reclamación.<sup>334</sup>

En todo ello puede advertirse un cierto desapego al principio de autonomía de la voluntad de las partes, como consecuencia lógica de la función tutelar de un organismo protector de los derechos de los usuarios. Con argumentos similares, las instituciones financieras han cuestionado la imparcialidad de la CONDUSEF para

---

<sup>333</sup> Exposición de Motivos. *Reforma que Modifica, Adiciona y Deroga diversas Disposiciones de la LPDUSF*, publicada en el DOF el 12 de mayo de 2005.

<sup>334</sup> *Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros*, Art.68, Fracc. X. Esta orden de registro ha sido combatida por las instituciones financieras ante los tribunales de amparo, considerándola como un acto privativo que afecta los derechos consagrados en el Artículo 14 Constitucional. Al respecto, el pronunciamiento judicial ha considerado que el registro del pasivo contingente es de naturaleza provisional y es una medida de aseguramiento que se decreta para garantizar el pago reclamado, puesto que “forma parte de un procedimiento, que es el que debe cumplir los requisitos de ese dispositivo constitucional, por lo que la resolución que se dicte en el expediente será la que constituya el acto privativo y no el registro del pasivo(...)”. Tesis de Jurisprudencia. Novena Época, Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo: XVII, Marzo de 2003. Tesis: 1a./J. 14/2003. Página: 92

substanciar el procedimiento arbitral -sobre todo cuando se trata del arbitraje en amigable composición, pero sin descartar el de estricto derecho-, debido a que el objeto mismo del Organismo contempla la defensa de los intereses de una de las partes: el usuario. Y estas han sido, sin duda, las causas principales por las que dichas instituciones no se han sometido al juicio arbitral.<sup>335</sup>

Los arbitrajes ante la CONDUSEF pueden ser en amigable composición y en estricto derecho. Son partes en el juicio arbitral: el usuario reclamante, como parte actora; la institución financiera, como parte demandada; mientras que el órgano arbitral puede ser la CONDUSEF o los árbitros propuestos por este Organismo. Cabe mencionar que no está contemplada la figura del tercero perjudicado o ajeno al juicio.

Las cuestiones objeto del arbitraje y las reglas del procedimiento para llevarlo a cabo, deben ser estipuladas por las partes dentro del compromiso arbitral. Sin embargo, para facilitar el trámite arbitral y brindar mayor seguridad jurídica a las partes, el Artículo 72 Bis de la LPDUSF les brinda la posibilidad de que se adhieran a la Reglas de Procedimiento de la CONDUSEF que fueron publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 6 de julio del 2000. En ellas se establecen las normas a las que debe sujetarse el órgano arbitral, y pueden ser adoptadas en su totalidad o parcialmente, lo que permite ajustarlas a las particularidades de cada controversia.

Por lo que hace al contenido normativo de estas Reglas, puede decirse que es consistente, en términos generales, con otros instrumentos normativos semejantes, nacionales o internacionales. La particularidad de las mismas estriba en que se regulan dos modalidades de arbitraje, una cuando el órgano arbitral es la CONDUSEF y el otro cuando el árbitro o árbitros son propuestos por dicho organismo. Así, el arbitraje de la CONDUSEF debe ser gratuito; la instrucción del procedimiento puede hacerla persona distinta de quien resuelve, y el árbitro no precisa cumplir con los requisitos señalados en la LPDUSF; sus árbitros no están sujetos a excusa o recusación y no opera la sustitución de árbitro.

---

<sup>335</sup> La Reforma de mayo de 2005 reconoce que ha sido insuficiente el empeño por inducir el arbitraje para resolver los conflictos financieros, por lo que hace explícita la facultad de la CONDUSEF para celebrar convenios de colaboración con las instituciones financieras y con las asociaciones gremiales que las representan.

Por el contrario, a los árbitros particulares propuestos se les fijan reglas específicas para el pago de sus honorarios, conforme a un arancel; puede ser un árbitro único o un tribunal arbitral, pero deberá sustanciar todo el procedimiento; deben reunir los requisitos antes referidos e inscribirse en el Registro de Árbitros; pueden ser sujetos de excusa o recusación y, en su caso, ser sustituido por otro árbitro o por la misma CONDUSEF.

Las Reglas en comento señalan, además, los requisitos del compromiso arbitral, las opciones para el nombramiento del órgano arbitral, sus características, sus obligaciones procesales y las causas de sustitución y el modo de efectuarla; fijan los criterios para definir el lugar en donde se llevará a cabo el arbitraje, el modo de realizar notificaciones y computar los plazos; establecen la forma para presentar, admitir y contestar la demanda, para admitir y desahogar las pruebas y para emitir el laudo arbitral; y anotan cuál debe ser el derecho aplicable al fondo del litigio y cuáles son las obligaciones económicas de las partes para sufragar los gastos y honorarios.

Ahora bien, el arbitraje en amigable composición es un método con una mayor flexibilidad en el trámite procedimental, ya que no está sujeto a normas de derecho preestablecidas, aunque sí deben respetarse las formalidades esenciales del procedimiento y las reglas que las partes acuerden en el compromiso arbitral. El órgano arbitral debe decidir sobre la controversia “en conciencia, a verdad sabida y buena fe guardada.”<sup>336</sup> Es una figura heterocompositiva para resolver el conflicto en equidad, la cual, en opinión de Octavio Flores Sánchez, “se caracteriza por su brevedad , toda vez que las partes fijan la litis, la prueba o las pruebas que habrán de desahogarse, renunciando, en ciertos casos, a la etapa de alegatos”<sup>337</sup>

Las partes pueden optar en el compromiso arbitral, por el trámite del procedimiento en estricto derecho, y aunque también pueden elegir las Reglas antes comentadas, el arbitraje queda sujeto también a lo dispuesto por el Artículo 75 de la LPDUSF, el cual prescribe las bases y plazos a los que debe apegarse. En la fracción VIII de este numeral se reconoce la supletoriedad del Código de Comercio y, a falta de disposición en dicha norma, del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

---

<sup>336</sup> *Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros*, Art. 73

<sup>337</sup> Flores Sánchez, Octavio, *La institución del ....*, *Op.cit.* p. 891

En principio, las partes pueden acordar libremente los plazos para la presentación y la contestación de la demanda (reducción de términos), no obstante, la Ley fija un máximo de nueve días hábiles, para que se realicen la una y la otra. El escrito de demanda debe acompañarse con la documentación base de la acción y las pruebas documentales que puedan obrar a favor de la parte actora. Por su parte, el escrito de contestación a la demanda debe acompañarse de la documentación en que se funden las excepciones y defensas de la parte demandada, así como las pruebas que pueda ofrecer en su favor. Una vez que el instructor del procedimiento -cuando se trata de la CONDUSEF- o el árbitro designado, recibe esta contestación, o si ya ha transcurrido el plazo para hacerlo, se dicta el auto para abrir el juicio al ofrecimiento y desahogo de pruebas dentro de un período de quince días hábiles, salvo que exista convenio expreso de las partes; este plazo puede ser ampliado por una sola vez, y en caso de pruebas supervinientes se aplica lo dispuesto por el Código de Comercio. La etapa de alegatos comprende un término de ocho días comunes, de manera que las partes pueden exponer los hechos controvertidos y las pruebas que hicieron valer para demostrarlos, así como la petición de que les sean resueltas favorablemente sus respectivas pretensiones.

Cabe destacar que la CONDUSEF, con fundamento en el Artículo 76 de la Ley que la creó, tiene la facultad de allegarse todos los elementos de juicio que estime necesarios para resolver la controversia, salvo aquellas pruebas que estén prohibidas por la ley o sean contrarias a la moral. Y para ello, las autoridades administrativas y los tribunales deben prestarle auxilio.

El laudo arbitral se formula una vez que se han analizado y valorado las pruebas y los alegatos que hayan aportado las partes, sea en el procedimiento en amigable composición o en estricto derecho. Ahora bien, cuando la CONDUSEF funge como árbitro, la elaboración del laudo es encargada a uno de sus proyectistas, quien a su vez lo turna al Comité de Laudos<sup>338</sup> que se encarga de analizar, discutir y aprobar el

---

<sup>338</sup> *Estatuto Orgánico de la CONDUSEF*, Art. 39. “El Comité de Laudos es un órgano colegiado que conoce y, en su caso, aprueba los laudos que debe emitir la Comisión Nacional en su carácter de árbitro, que tiene como propósito fundamental que las determinaciones de ésta gocen de imparcialidad y rigor jurídico.”

proyecto, pero como este órgano no está facultado para emitir el laudo, lo envía al Director General de Arbitraje y Dictaminación a quien corresponde dicha facultad.<sup>339</sup>

Como puede apreciarse, en el procedimiento arbitral ante la CONDUSEF intervienen diferentes personas con criterios diversos, las cuales conocen de las cuestiones en situaciones y momentos distintos, todo lo cual puede llegar a ocasionar dilaciones, ineficiencia procesal e, incluso, confusión jurídica en la interpretación de las normas aplicables. El tercero imparcial se convierte así en un ente difuso, sin unidad de criterio, que resulta poco eficaz para alcanzar una pronta solución de los conflictos. Este tipo de arbitraje institucional deja de ser personalizado y, en consecuencia, se reduce la confianza de las partes en lograr una solución autónoma y justa. No obstante, el carácter gratuito de este servicio resulta ser una ventaja comparativa frente otras modalidades de arbitraje a cargo de particulares, sobre todo cuando se trata de asuntos de poca cuantía; además, puede ser inducido mediante diversas fórmulas institucionales, como la celebración de convenios o la incorporación de cláusulas compromisorias en los contratos respectivos.<sup>340</sup>

El único medio de defensa para impugnar el laudo y las resoluciones que pongan fin a los incidentes de ejecución, es el juicio de amparo.<sup>341</sup> Es importante advertir que la resolución que pone fin al procedimiento arbitral no es dictada por un tribunal judicial, administrativo o del trabajo, por lo que no procede el juicio de amparo directo contra este acto, sino que debe reclamarse por la vía indirecta. Al respecto, los criterios de los tribunales de amparo han sido históricamente coincidentes al determinar que los entes públicos facultados para resolver las controversias financieras mediante el procedimiento arbitral, no tienen el carácter de tribunal, ni realizan una función judicial, como es el caso de la CONDUSEF:

---

<sup>339</sup> *Ibid*, Art.19, Fracc.V.

<sup>340</sup> En la más reciente Reforma a la LPDUSF, se plasmó, en el Artículo 11, Fracción IV, la posibilidad de celebrar convenios con instituciones financieras y sus asociaciones gremiales. Asimismo, la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas emitió la Circular S25.3, publicada en el DOF el 16 de noviembre de 2005, en donde se dan a conocer a las instituciones y sociedades mutualistas de seguros, los criterios en la celebración de contratos de seguros de gastos médicos mayores y accidentes personales, cuya Disposición Segunda obliga a las entidades financieras mencionadas a que establezcan en sus contratos la opción del asegurado de acudir a un procedimiento arbitral para resolver las controversias que se susciten por padecimientos preexistentes.

<sup>341</sup> *Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros*, Art. 78.

“COMISIÓN NACIONAL PARA LA PROTECCIÓN Y DEFENSA DE LOS USUARIOS DE SERVICIOS FINANCIEROS. EN EL PROCEDIMIENTO INSTAURADO PARA ATENDER LAS CONSULTAS Y RECLAMACIONES DE AQUELLOS, NO REALIZA FUNCIONES JURISDICCIONALES, SINO DE MERA CONCILIACIÓN EN EL ÁMBITO ADMINISTRATIVO. (...)el procedimiento instaurado para atender las consultas y reclamaciones de aquellos usuarios, donde la comisión sólo puede actuar de manera limitada como conciliador y árbitro en la solución de conflictos, instancia que sólo constituye una vía de solución alterna a los procedimientos judiciales, para contribuir a eliminar las irregularidades que se cometan en la prestación de los servicios financieros, de manera que se trata de un medio organizado de heterocomposición voluntaria (...)las funciones de conciliación no prejuzgan en cuanto al fondo de las cuestiones planteadas, ni el pronunciamiento de la citada comisión constituye una resolución jurisdiccional, pues sus efectos propios no coinciden con los de una sentencia (...)”<sup>342</sup>

“SEGUROS. AMPARO CONTRA UN LAUDO DE LA COMISIÓN NACIONAL DE COMPETENCIA PARA CONOCER DE LA RECLAMACIÓN CONTRA EL ACUERDO QUE TURNA EL AMPARO A UN JUEZ DE DISTRITO EN MATERIA ADMINISTRATIVA. Si se interpuso una demanda de garantía en contra de la Comisión Nacional de Seguros, autoridad federal, que no es, ni puede estimarse un órgano propiamente judicial dado que el conjunto de trámites que se desenvuelven ante dicha Comisión no constituyen lo que nuestra Legislación denomina “juicio”(Constitución, artículo 107, fracción III, b) y c); Ley de Amparo, artículo 114, fracciones II a V), sino que es un procedimiento seguido en forma de juicio (artículo 114, fracciones II de dicha Ley) ante autoridades distintas de las judiciales (misma fracción , primer párrafo), no se trata en este caso de “materia judicial” (Constitución artículo 107, III, encabezado), sino de “materia administrativa” (mismo artículo fracción IV) ”<sup>343</sup>

“COMISION NACIONAL BANCARIA Y DE SEGUROS. NO ES TRIBUNAL ADMINISTRATIVO. (...) de la lectura del artículo 135 de la Ley General de Instituciones de Seguros se deduce que la Comisión Nacional precitada, una vez que lo acuerden las partes, actúa como árbitro convencional, sin que tal categoría lleve a la conclusión de considerar a dicha comisión como tribunal administrativo, en virtud que ningún ordenamiento o disposición legal establece su autonomía como órgano con facultades exclusivamente para dirimir controversias entre particulares con plenitud de jurisdicción, aun cuando materialmente se ejerciten facultades jurisdiccionales, las mismas deben entenderse que provienen formalmente de órganos administrativos y no tribunales”<sup>344</sup>

---

<sup>342</sup> Tesis de Jurisprudencia. Novena Época. Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo: XVI, Diciembre de 2002. Tesis: 1a./J. 84/2002. Página: 48

<sup>343</sup> Tesis aislada. Sexta época, tercera parte. Instancia: Segunda Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Vol. CXVIII, pag.103)

<sup>344</sup> Tesis aislada. Séptima Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Tomo: 217-228, Sexta Parte. Página 150

Por lo que hace a la ejecución de la resolución arbitral, el Artículo 80 de la LPDUSF establece que corresponde a la CONDUSEF “adoptar todas aquellas medidas necesarias para el cumplimiento de los laudos dictados por la propia Comisión, así como de aquellos emitidos por los árbitros propuestos por ella , para lo cual mandará, en su caso, que se pague a la persona en cuyo favor se hubiere emitido el laudo, o se le restituya el servicio financiero que demande.” Más adelante, el Artículo 81 fija a la institución financiera condenada un plazo de quince días hábiles para el cumplimiento o ejecución del laudo, una vez que éste haya quedado firme; en caso de que incumpla, la CONDUSEF enviará el expediente al juez competente para su ejecución. Cabe aclarar que el procedimiento de ejecución en materia de seguros y fianzas es distinto, ya que no es necesario acudir al juez para que ordene la ejecución del laudo, en términos de lo dispuesto por el Artículo 83 de la LPDUSF que faculta a la CONDUSEF para que ordene a la institución incumplida el remate de valores invertidos de su propiedad, y se ponga a disposición del reclamante la cantidad que corresponda.

#### 5.7 Revisión de los esquemas de composición alternativa en los litigios financieros.

La actividad financiera se ha desenvuelto dentro de un marco jurídico de enorme complejidad y continuas modificaciones, como consecuencia de un alto nivel de especialización técnica y de los retos que plantea la globalización económica en general. Este proceso de adecuación jurídica, sin embargo, no siempre ha alcanzado resultados satisfactorios, y tal es el caso de la composición alternativa de los conflictos financieros en nuestro país.

El Estado mexicano ha hecho prevalecer su visión proteccionista frente a la exigencia social de contar con fórmulas ágiles, económicas, equitativas y eficaces para atender los conflictos entre los participantes del sistema financiero. Y los resultados, como ya se ha visto, han sido muy poco alentadores.

Hay que recuperar los principios que tradicionalmente han animado la conformación de los esquemas alternativos de solución de controversias, para aplicarlos al universo

particular de la actividad financiera en México. Es indispensable, por lo tanto, reformular la estructura legal de dichos esquemas, a partir de una revisión cuidadosa de sus alcances reales en el entorno económico, social y jurídico, en los ámbitos nacional e internacional.

No es dable aceptar la implantación de mecanismos de coyuntura, sin sustento analítico o doctrinal, que ponen en riesgo los rasgos de credibilidad y confianza, propios de los MASC. La historia ha dejado en claro la inutilidad práctica de estos proyectos, cuyas consecuencias han sido desastrosas.

Pero tampoco es válido descalificar el esfuerzo colectivo, como si hubiera que abandonar por completo lo que se ha experimentado, y menos aún, proponer cambios radicales ajenos a nuestra cultura jurídica. En todo caso, se trata de aprovechar a cabalidad las ventajas comparativas de los MASC, sin quebrantar el orden constitucional prevaeciente.

Experiencias recientes como la creación de las unidades especializadas en las instituciones financieras y los mecanismos voluntarios de solución de controversias en el sistema de ahorro y crédito popular, representan opciones distintas para tratar la conflictiva financiera, sin la intervención directa de la autoridad estatal, como una búsqueda de añejas fórmulas de autocomposición directa. A ellas se suman novedosos medios de justicia participativa, que se han ido incubando en las entidades federativas, como una muestra del interés de los otros órdenes de gobierno por alentar el acercamiento de la sociedad a los mecanismos de solución colaborativa.<sup>345</sup> Y, por

---

<sup>345</sup> En Nuevo León, por ejemplo, el Artículo 16 de la Constitución Estatal coloca al lado del derecho que tiene toda persona a que se le administre justicia por los tribunales del Estado el que: "Toda persona en el Estado tiene derecho a resolver sus diferencias mediante métodos alternos para la solución de conflictos, en la forma y términos establecidos por la Ley", aunque la norma secundaria, es decir la Ley de Métodos Alternos para la Solución de Conflictos, expresamente excluye al arbitraje; lo mismo en el Estado de Colima, cuya Constitución Política, en su Artículo 1º, en su fracción VII, reconoce el derecho de las personas a "resolver sus controversias de carácter jurídico a través de la justicia alternativa, mediante procedimientos no jurisdiccionales", en "la forma y términos que establezca la Ley", disposición que se materializó en una Ley de Justicia Alternativa; asimismo, el Poder Constitucional del Estado de Quintana Roo consagró el derecho de sus habitantes "a resolver sus controversias de carácter jurídico, mediante la conciliación" (Art.7º de la Constitución Política del Estado de Quintana Roo) y promulgó su Ley de Justicia Alternativa; de manera semejante, el legislador constitucional del Estado de Guanajuato estableció dentro del Artículo 3º de la Constitución local que: "La Ley establecerá y regulará la mediación y la conciliación como medios alternativos para la resolución de las controversias entre los particulares, respecto a derechos de los cuales tengan libre disposición", fundamento jurídico de su actual Ley de Justicia Alternativa; por su parte, el documento constitucional del Estado de Oaxaca prevé "la

supuesto, sin olvidar el apoyo a la proliferación de centros arbitrales, por parte de los organismos financieros internacionales.

Conviene recordar, en todo momento, que los MASC son de naturaleza privada, pero forman parte del interés público, relación que plantea un reto impostergable para el Estado: transformar y consolidar las modalidades alternativas, mediante el establecimiento y la estructuración de un marco normativo idóneo para su implantación, adecuación y futuro desarrollo.

---

creación de centros de mediación y justicia alternativa” que, como órganos auxiliares del Poder Judicial del Estado, propician la solución no adversarial de los conflictos y cuyo funcionamiento se encuentra regulado por la Ley de Mediación Estatal. En cuanto al método arbitral, los documentos constitucionales consultados lo refieren, casi de manera exclusiva, a la solución de las controversias laborales, excepto en el caso de Quintana Roo, cuyo Artículo 97 constitucional dispone que “el Tribunal Superior de Justicia del Estado, tendrá la obligación de proporcionar a los particulares, los medios alternativos de solución a sus controversias jurídicas, tales como la conciliación o el arbitraje, de acuerdo a procedimientos de mediación.”

## PROPUESTA

Si bien la especialización de los órganos jurisdiccionales en materia financiera es no sólo deseable sino inaplazable, es conveniente recordar que la corriente internacional se ha ido encauzando hacia la adopción de nuevas fórmulas compositivas para la solución de los litigios en el terreno financiero. Es importante, por lo tanto, que nuestro país se incorpore con mayor fuerza y decisión a esta propuesta global, para crear condiciones favorables al cumplimiento de compromisos internacionales en el ámbito financiero, mediante la adecuación del marco jurídico y la aplicación de políticas públicas congruentes y de largo alcance. Es, pues, una tarea de interés público que representa una acción de beneficio colectivo.

Frente a la deficiente especialización técnica de los órganos jurisdiccionales en lo que concierne a la materia financiera y a la carencia de una infraestructura humana y material apropiada para dictar, de manera pronta y expedita, las resoluciones judiciales, es conveniente desarrollar nuevas estrategias para satisfacer la demanda social de una administración de justicia oportuna, imparcial y eficaz. La propuesta consiste en impulsar la adopción de métodos alternativos para resolver los conflictos de índole financiera que, por su naturaleza jurídica y por el interés económico que conllevan, sean susceptibles de atenderse por una vía distinta a la jurisdiccional, con pleno respeto a los principios de autonomía de la voluntad de las partes, no obligatoriedad y disponibilidad de derechos.

No es posible aventurar la promoción de un método en particular, ya que la experiencia demuestra que las peculiaridades de cada conflicto condicionan el empleo de métodos diferentes, con características jurídicas muy distintas. Sin menospreciar el valor del esquema actual que privilegia la intervención del Estado mexicano en la solución de las controversias -aún cuando se trata de mecanismos alternos al jurisdiccional-, resulta indispensable promover una participación más activa de los particulares en la organización y aplicación de la “justicia alternativa”, pero sin desechar por completo la responsabilidad estatal en cuanto a su promoción, supervisión y garantía de seguridad jurídica.

La discusión constitucional sobre los fundamentos jurídicos de los métodos alternativos para la solución de controversias, es aún incipiente. Por eso, cualquier propuesta para considerarse como viable debe atravesar por el entramado de los derechos fundamentales de los ciudadanos y su expresión particular dentro de nuestra Constitución Política, en la forma de garantías de protección a la esfera de libertad del individuo frente a la acción del poder público y como directrices de actuación de los órganos estatales. En este sentido, conviene recordar que la impartición de justicia en forma expedita, pronta e imparcial, a que se refiere el Artículo 17 Constitucional, tiene su origen en un derecho subjetivo de los gobernados. De ahí que esa obligación constitucional del Estado mexicano no se contraponen con la libertad de cualquier persona para utilizar mecanismos compositivos de índole diversa para solucionar aquellas controversias que versen sobre derechos disponibles, siempre que lo haga por medios pacíficos y no pretenda imponer justicia por sí misma.

Cabe entonces sugerir una reforma al citado precepto constitucional para ampliar el espectro jurídico de los MASC, con objeto de extender a todo individuo, dentro del territorio nacional, la protección de esta garantía de libre composición de los conflictos. Se propone adicionar al Artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el derecho de toda persona a resolver sus controversias mediante la aplicación de métodos no jurisdiccionales que faciliten la solución de conflictos por la vía pacífica, no adversarial, en la forma y términos que establezca la Ley; así como, establecer la facultad del Congreso para expedir leyes en esta materia, dentro del Artículo 73 del mismo documento fundamental, El siguiente paso tendrá que ser la promulgación de una ley secundaria que, emanada del precepto constitucional, detalle y precise sus alcances jurídicos, mediante la definición de los conceptos y los medios necesarios para organizar el sistema federal de justicia alternativa, al interior del Poder Judicial de la Federación. Su objeto será inducir una cultura compositiva que privilegie el empleo de métodos alternativos a la justicia ordinaria, para que los particulares puedan resolver sus controversias de carácter jurídico, mediante la aplicación de procedimientos de mediación, conciliación y arbitraje, ya sea con la participación

de un ente estatal o de un particular debidamente acreditado. Se absorberán todos aquellos mecanismos preestablecidos que realizan estas funciones, y que estén regulados por otras normas legales de carácter federal. Será necesario crear un organismo especializado, con personalidad jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa y técnica, que se encargue de organizar el sistema federal de justicia alternativa y de inducir la participación directa de los particulares dentro del mismo..

Con esta perspectiva, la CONDUSEF tendría que transformarse en un ente especializado en la protección de los derechos e intereses de los usuarios de servicios financieros, conservando las facultades inherentes a la formación y desarrollo de una cultura financiera, como son: procurar una relación jurídica más segura y equitativa entre los usuarios y las instituciones financieras; proporcionar información a los usuarios sobre los servicios y productos financieros; analizar y opinar sobre la información dirigida a los usuarios; emitir recomendaciones a las autoridades y a las instituciones financieras para coadyuvar con el sana desarrollo del sistema financiero mexicano; realizar investigaciones sobre la materia de su competencia y procurar su difusión; y asesorar al sistema financiero nacional sobre las necesidades de los usuarios. Como puede observarse, no sería una labor menor, por el contrario, se constituiría en un mecanismo preventivo y persuasivo más eficaz, el cual, manteniendo la congruencia con su naturaleza proteccionista, incidiría con mayor efectividad en la disminución el grado de conflictividad dentro de la actividad financiera.

De esta manera, la actividad conciliatoria y arbitral tendría que integrarse al sistema nacional de justicia alternativa, lo mismo que la vigilancia y supervisión de las Unidades Especializadas de las instituciones financieras y de los mecanismos de composición voluntaria de las entidades de crédito y ahorro popular, con el fin de conformar nuevas fórmulas compositivas, apegadas a los principios generales de los MASC, que aporten mayor certidumbre jurídica y contribuyan con la preservación de la paz social.

## CONCLUSIONES

*PRIMERA.* El conflicto es natural e inevitable, es la resultante de hechos acontecidos, de un espacio vital violentado, de principios o valores incompatibles. Es un modo específico de relación social, donde se distinguen objetivos divergentes entre grupos e individuos. Orden y conflicto no son conceptos opuestos, sino expresiones peculiares del comportamiento social de las personas, quienes al relacionarse entre sí orientan sus conductas teniendo en cuenta las de otras. Y, como el conflicto no puede desaparecer, es necesario controlarlo mediante métodos inteligentes y socialmente aceptados, que propicien el equilibrio y la estabilidad del orden social.

El conflicto debe observarse desde ángulos distintos. En su componente psicológico, se analiza la percepción individual sobre las causas que afectan el objeto controvertido. Como un fenómeno de índole económica, no basta con resolver a quien le pertenece el bien en disputa, hace falta considerar cómo afecta esta resolución a la otra parte y al entorno económico mismo. Por último, de acuerdo con su connotación jurídica, el conflicto puede ser visto como el resultado objetivo de un alejamiento de los postulados contenidos en las normas de conducta que rigen la actividad humana en la sociedad.

*SEGUNDA.* Pero el conflicto también puede ser estudiado como un fenómeno social formado por una estructura multidimensional, sujeto al análisis teórico de una disciplina científica, cuyo campo de estudio es tan amplio como las relaciones sociales mismas, y no únicamente como un sucesión de incompatibilidades excluyentes o una contienda de derechos y acciones legales. No todos los conflictos humanos son tutelados por el derecho, de manera que cuando éste extiende su protección para cualquiera de las partes, se puede caracterizar como un litigio, que es la expresión jurídica del conflicto.

*TERCERA.* Los Métodos Alternativos para la Solución de Conflictos –MASC-, ya sean autocompositivos o heterocompositivos, son fórmulas complementarias de impartición de justicia que permiten abordar la solución de litigios, pero su propósito no es sustituir a la vía procesal. Sus ventajas comparativas les conceden

mayor utilidad al resolver ciertos litigios en particular, lo que contribuye a facilitar la obligación del Estado de garantizar el acceso de los gobernados a una justicia eficaz, con un menor deterioro de las relaciones sociales, resultado de una mayor cooperación entre las partes.

Entre los principios más importantes de los MASC, están: la autonomía de voluntad de las partes, la disponibilidad de los derechos, la no obligatoriedad, la confidencialidad y el control personal de la solución. Así, cuando las partes se encuentran en aptitud jurídica y es lícito el objeto sobre el que versa la controversia, los individuos pueden desarrollar su propia capacidad para intervenir en el desenlace de sus conflictos.

*CUARTA.* La historia muestra que al evolucionar las formas de organización de la sociedad, se fueron creando, en paralelo, fórmulas más complejas para resolver las desavenencias entre los integrantes del cuerpo social. La comunidad griega dio los primeros pasos al otorgarle fuerza de ley a la transacción antes de comparecer a juicio. La instauración del procedimiento *extra ordinem*, durante la dominación romana, representó el desplazamiento de las fórmulas compositivas semiprivada y privada, abriendo un espacio para el predominio de lo público. Empieza a restringirse la libertad de los particulares para resolver sus propias diferencias. Siglos después, y ante la ausencia de un poder estatal fuerte y el consecuente abandono de la función jurisdiccional, los comerciantes detonaron un movimiento favorable a la actuación de árbitros y mediadores, en la búsqueda de fórmulas seguras y rápidas para dirimir los conflictos con sus clientes y con otros comerciantes. En México, fue determinante la influencia de la tradición legislativa española en el uso de figuras alternativas, a través de la aplicación de la Tercera Partida, la Constitución de Cádiz y la actuación de los Consulados. No obstante, en el México Independiente fueron excluidas de la regulación constitucional, ya que el Estado mexicano prefirió monopolizar la función jurisdiccional. Han sido constantes los altibajos en la historia de los MASC en nuestro país, pero un paso decisivo en la consolidación del arbitraje comercial fue la adopción de la Ley Modelo de Arbitraje de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil y su incorporación al Código de Comercio, en 1993. En cuanto al método

conciliatorio, los avances han sido muy limitados, mientras que en lo referente a la mediación, en los últimos años ha surgido un interés creciente en algunas legislaturas estatales por discutir el tema.

*QUINTA.* El núcleo sobre el que giran los MASC es la capacidad para crear condiciones favorables a la conclusión de una disputa, a partir de la existencia del *animus negotiandi*. Por eso, los MASC no pueden formar un sistema homogéneo, sino que deben adaptarse a las características particulares de cada disputa, bajo el esquema general del modelo colaborativo, pero con respeto a los principios de autonomía de la voluntad, disponibilidad de derechos, no obligatoriedad y confidencialidad. Así, en cada caso debe evaluarse la ventaja de aplicar métodos flexibles, rápidos, equitativos e informales debe contrastarse frente a la falta de certidumbre jurídica, la falta de obligatoriedad, el desequilibrio entre las partes y la inacción de la justicia.

Por su mayor flexibilidad, la mediación puede ser recomendable cuando en un litigio la relación entre las partes juega un papel determinante, de manera que la actividad mercantil es muy propicia a los propósitos de este método, sobre todo por el alto grado de conflictividad que ha ocasionado la expansión acelerada del intercambio comercial. La conciliación, por su parte, es una modalidad más propicia a las culturas jurídicas de los países latinoamericanos (como en el caso de México), cuyos procedimientos legales suelen ser más formalistas, ofrece mayor certidumbre jurídica y se vincula con más facilidad a los mecanismos procesales.

*SEXTA.* El método arbitral, el más conocido, estudiado y difundido de los MASC, se distingue por su connotación adversarial, en donde el *animus negotiandi* sólo está presente en la formulación del compromiso y no en la actividad resolutoria. Sus reglas procedimentales son menos formalistas que las de un proceso, aunque más rígidas que las de otros MASC. Es, pues, un método versátil e inclusivo, dúctil y maleable, y puede utilizar fórmulas mixtas para alcanzar una solución conveniente, desde la mera intermediación o el dictamen de un experto hasta la conciliación, la amigable composición y el procedimiento en derecho. Su utilidad radica, en buena medida, en la eventual conformidad de las partes para aceptar

las determinaciones y la resolución del árbitro; de lo contrario, como afirma el maestro Briseño Sierra, “el arbitraje se destronca”. Y no son pocos, por desgracia, los casos en que la parte afectada por la negativa de la otra a cumplir cabalmente lo resuelto, se ve forzada a requerir la intervención de un juez.

*SÉPTIMA.* En cuanto al *ombudsman*, el ejercicio de su autoridad es de índole persuasiva, y proviene del propio prestigio y de su poder para comunicar. No emiten resoluciones obligatorias, sino recomendaciones. Sus rasgos primigenios se desdibujan cuando están vinculados al poder ejecutivo (como en el caso de la CONDUSEF), por lo que deben gozar de autonomía real para ser efectivos.

*OCTAVA.* El análisis de la viabilidad de los MASC en un entorno financiero, parte del supuesto de que, como parte integrante del derecho económico, el derecho financiero está conformado por un cuerpo normativo que se ocupa de la función reguladora del Estado sobre la actividad financiera, en general, y de la creación y el funcionamiento de los entes financieros, en particular, lo mismo que de la protección sobre los intereses de los usuarios de los servicios financieros.

*NOVENA.* En México, el derecho financiero no ha podido escapar al dilema que plantea la coexistencia de una normativa constitucional intervencionista con una política económica que privilegia la apertura y la desregulación, en donde el marco legislativo secundario asimila las nuevas fórmulas de la gestión económica estatal, las cuales, hasta cierto punto, pudieran contraponerse al contenido constitucional.

*DÉCIMA.* La historia de la actividad financiera en nuestro país deja ver una evolución asistemática. La creación y desarrollo de entidades financieras y entes reguladores ha carecido de orden y unidad. La acción legislativa y la función reguladora del Estado mexicano en este campo, han sido, en términos generales, coyunturales, dispersas y poco eficaces. Y un ejemplo de ello, han sido las reformas constitucionales y legales que han seguido a las crisis financieras en nuestro país.

*DÉCIMA PRIMERA.* La complejidad jurídica de la materia financiera es resultado, entre otros factores, de la amplia variedad de participantes, de la diversidad de órganos de autoridad responsables de la regulación y la vigilancia de las entidades, de las intrincadas relaciones institucionales e internacionales y de la

alta especialización técnica-operativa. Todo ello ha provocado la modificación constante de leyes y reglamentos, así como, la proliferación de reglas y disposiciones diversa, cuyo objetivo general es contribuir al sano desarrollo del sistema financiero en su conjunto.

*DÉCIMA SEGUNDA.* El servicio de banca y crédito, regulado por la Ley de Instituciones de Crédito, constituye el segmento más amplio de conflictos financieros, cuya complejidad ha ido creciendo debido a las innovaciones tecnológicas y a la apertura económica. El incumplimiento de los deudores, la falta de supervisión sobre el ejercicio del crédito, el abuso de las entidades financieras, la proliferación indiscriminada de tarjetas de crédito y la negligencia fiduciaria, son las causas más frecuentes de conflicto entre los bancos y sus clientes.

*DÉCIMA TERCERA.* Con la promulgación de la Ley de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito se reconocieron las diferencias reales entre intermediarios bancarios y no bancarios. De esta manera, se ha ido conformando un espectro de alta especialización en la actividad crediticia y, por lo mismo, se ha abonado el terreno para nuevas y más complejas controversias financieras, desde las tradicionales diferencias entre almacenes y depositantes hasta las complicadas operaciones de arrendamiento y de factoraje financieros o la diversidad de relaciones entre directivos, socios y otros usuarios de las uniones de crédito. A ello se suma, la conformación de un marco normativo altamente tecnificado y restrictivo que busca sancionar los frecuentes abusos que ha ocasionado el manejo discrecional de las inversiones bursátiles.

*DÉCIMA CUARTA.* En cuanto al sector asegurador, la extensa variedad de operaciones que realiza ha formado un terreno fértil para la generación de conflictos, muchas veces por el abuso de las aseguradoras, pero también en otras, por la conducta fraudulenta de los asegurados. Para entender la esencia de los conflictos entre aseguradoras y los sujetos del seguro (tomador del seguro, el asegurado, el beneficiario y el tercero dañado) es preciso examinar con detalle los cuatro elementos esenciales del seguro (empresa, riesgo, prima y prestación del asegurador), así como, las características distintivas de cada una de las ramas y subramas del contrato de seguro.

*DÉCIMA QUINTA.* El contrato de fianza es un poderoso instrumento para asegurar el cumplimiento de obligaciones económicas y legales. La llamada fianza de empresa tiene diferentes grados de complejidad operativa y jurídica. Esta diversidad influye en la determinación de utilizar, o no, los MASC, sobre todo cuando se trata de abordar uno de los aspectos más controvertidos que es el relativo a los procedimientos de reclamación para el pago al acreedor cuando el fiado no cumple con la obligación principal. Así, en el ramo de las fianzas administrativas, por ejemplo, no existe un ambiente propicio para la participación de mediadores, conciliadores o árbitros. Lo mismo ocurre cuando se trata de fianzas judiciales, sobre todo en las penales, pues sus características jurisdiccionales pueden constituirse en obstáculos a la aceptación de los métodos alternativos. En cambio, el componente empresarial de las fianzas de crédito ofrece mayor viabilidad para la aplicación de los MASC.

*DÉCIMA SEXTA.* Si no se desarrollan esquemas alternativos de prevención y atención oportuna de las reclamaciones de los trabajadores y sus beneficiarios, el sistema de ahorro para el retiro podría convertirse en una fuente inagotable de conflictos debido al elevado número de participantes -la mayoría de ellos con una escasa cultura financiera y jurídica- y las dificultades administrativas de la intrincada estructura institucional, generalmente ineficiente, que lo sostiene.

*DÉCIMA SÉPTIMA.* La incorporación de los mecanismos voluntarios de solución de controversias al interior de las Federaciones por disposición de la LACP, al igual que la creación de las Unidades Especializadas en las entidades financieras que prescribe la LPDFUSF, hacen evidente el interés del legislador mexicano por ofrecer vías alternativas, ajenas a la intervención de órganos jurisdiccionales o ejecutivos, para resolver conflictos en el sector financiero. Ello no debe interpretarse como una forma de debilitar la vía judicial, pues es el método idóneo para resolver controversias en materia financiera. Por el contrario, el uso intensivo de esquemas alternativos fortalece la capacidad resolutoria de los órganos jurisdiccionales, ante el impacto de la masificación y la evolución tecnológica de los servicios financieros y la complejidad jurídica inherente a esta expansión cuantitativa y cualitativa.

*DÉCIMA OCTAVA.* Si bien la especialización de los órganos jurisdiccionales en materia financiera es no sólo deseable sino inaplazable, es conveniente recordar que la corriente internacional se encauza hacia la adopción de nuevas fórmulas compositivas para la solución de los litigios en el terreno financiero. Es importante, por lo tanto, que nuestro país se incorpore con mayor fuerza y decisión a esta propuesta global, para crear condiciones favorables al cumplimiento de compromisos internacionales en el ámbito financiero, mediante la creación de leyes y la aplicación de políticas públicas congruentes y de largo alcance. Es, pues, una tarea de interés público porque representa una acción de beneficio colectivo.

*DÉCIMA NOVENA.* En materia financiera, hay motivos prácticos para dudar de la idoneidad de la vía judicial, por ejemplo: una especialización técnica deficiente de los órganos jurisdiccionales; la falta de infraestructura humana y material para dictar, de manera pronta y expedita, sus resoluciones; la conveniencia de incorporar algunas reglas particulares al procedimiento resolutorio y la preferencia de las entidades financieras extranjeras (cuya presencia es mayoritaria) hacia el arbitraje. Con la creación de la CONDUSEF, el legislador intentó conformar una fórmula distinta a las tradicionales, para amalgamar seguridad jurídica, tutela social y eficacia. Buscó agrupar los criterios dispersos y crear un órgano único, imparcial y especializado en la solución de los conflictos financieros. Sin embargo, al igual que otros esquemas que le antecedieron, este mecanismo también se caracteriza por un alto contenido proteccionista, favorable a los intereses de los usuarios. Esta actitud ha provocado un rechazo generalizado de las instituciones financieras, manifiesto en su escasa disposición conciliatoria y en su negativa a someterse al juicio arbitral de la Comisión, al considerarlo como parcial e incierto. Se carece, pues, de una cultura autocompositiva, que respete los principios de autonomía de la voluntad de las partes, no obligatoriedad y disponibilidad de derechos. Y es el Estado quien debe coadyuvar a la formación de esa cultura, conformando un marco normativo adecuado para impulsar nuevos métodos de solución extrajudicial, en donde los particulares tengan una presencia más activa, en condiciones que propicien el equilibrio en las relaciones compositivas.

*VIGÉSIMA.* A la luz de la creciente globalización de las relaciones comerciales y financieras en el mundo, la figura del arbitraje ha tomado un impulso inusual debido a sus características de flexibilidad, rapidez, equidad, formalidad mínima, confidencialidad y seguridad. Las convenciones internacionales, en particular, han logrado armonizar el entorno normativo en el que se desenvuelve el arbitraje. Con la incorporación de las reglas que recomendaba la Ley Modelo de la CNUDMI a la legislación mexicana, en el año de 1993, se proyectó un arbitraje de naturaleza económica que iba más allá de la materia mercantil. Un instrumento eficaz de promoción, aliento y protección de la actividad económica a cargo de los particulares. Se dejó entrever la posibilidad de regular la solución de las controversias económicas -incluidas desde luego, las financieras- mediante la integración de un procedimiento de arbitraje, uniforme y de aplicación general.

*VIGÉSIMA PRIMERA.* En cuanto a la discusión sobre la inconstitucionalidad del arbitraje en México, conviene hacer las siguientes precisiones:

- La obligación que emana de la garantía de igualdad le es imputable al Estado, por lo que un órgano arbitral que nace por voluntad de las partes no puede violar este derecho constitucional.
- Las resoluciones de los árbitros privados no están sometidas a la voluntad de las partes, sin embargo, al carecer de los atributos de imperatividad y coercitividad propios de un acto de autoridad, se encuentran eximidos del control constitucional.
- El arbitraje oficial lo llevan a cabo entes públicos que ejercen sus facultades en nombre del Estado y sus laudos son actos de autoridad, y al ser creados previamente por una ley, tienen carácter permanente y sus facultades las ejercen para un número indeterminado de casos, de manera que no existe inconstitucionalidad en sus actos.

*VIGÉSIMA SEGUNDA.* El Código de Comercio regula el arbitraje comercial interno y el internacional (cuando la actividad arbitral se realiza dentro del territorio nacional), salvo disposición en contrario de los tratados internacionales o de otras leyes nacionales. Es una norma de amplio espectro que confirma el principio de autonomía de la voluntad de las partes, pero que reconoce también los principios

de disponibilidad y legalidad. Por contraste, el procedimiento arbitral ante la CONDUSEF se caracteriza por la intervención de diferentes funcionarios, con criterios diversos, quienes deben conocer de los asuntos en situaciones y momentos distintos, todo lo cual puede llegar a ocasionar dilaciones, ineficiencia procesal e, incluso, confusión jurídica en la interpretación de las normas aplicables. El tercero imparcial se convierte así en un ente difuso, sin unidad de criterio, que resulta poco eficaz para alcanzar una pronta solución de los conflictos. Este tipo de arbitraje institucional deja de ser personalizado y, en consecuencia, se reduce la confianza de las partes en lograr una solución autónoma y justa. A pesar de estos inconvenientes, el carácter gratuito de este servicio ha representado una ventaja comparativa de mucho peso frente otras modalidades de arbitraje a cargo de particulares, sobre todo cuando se trata de asuntos de poca cuantía. Además, al ser inducido por vías institucionales, como la celebración de convenios o la incorporación de cláusulas compromisorias en los contratos respectivos, podría mejorar su grado de aceptación

*VIGÉSIMA TERCERA.* De todo lo expuesto con anterioridad, resulta recomendable la conformación de nuevos o renovados, espacios jurídicos y orgánicos, gubernamentales y privados, en torno de un proyecto de expansión y aplicación de formas de justicia participativa en el ámbito financiero, mediante una combinación equilibrada de elementos de seguridad jurídica, protección social y credibilidad comercial. Un trabajo sistémico y sistemático que incorpore las variables jurídicas, económicas, culturales y políticas de la actividad financiera, tanto en el ámbito nacional como en el internacional. Y para obtener la legitimidad social necesaria, se deben incorporar al proceso del debate legislativo a representantes de instituciones financieras, agrupaciones de usuarios, funcionarios federales y estatales, asociaciones profesionales vinculadas con los MASC, académicos y cualquier organización o persona que se muestre interesada en el tema.

Llevar la discusión a un foro legislativo de amplio espectro, como aquí se ha señalado, es reconocer la nueva realidad democrática de una sociedad mexicana

más exigente y participativa, y apunta en dirección del mandato del Artículo 25 Constitucional.

Al establecer la rectoría del Estado en el desarrollo nacional, el precepto en mención obliga a la conducción gubernamental de la actividad económica, de manera que no puede haber una actitud pasiva o ajena frente a los retos de la modernización de la economía nacional y de la globalización mundial. Asimismo, en su último párrafo, dispone el apoyo de la ley hacia la conformación de un entorno favorable al desenvolvimiento de la actividad económica de los particulares. Así, el impulso a una mayor presencia de los ciudadanos en una tarea antes reservada al quehacer gubernamental, como es la solución de los litigios y conflictos en general, debe materializarse en la conformación de un cuerpo legal de amplia legitimidad política y social, que, formando parte del derecho financiero, promueva y regule los métodos alternativos para resolver las controversias financieras en México.

VIGÉSIMA CUARTA. El impulso al uso de medios alternativos para resolver controversias, requiere de una plataforma legal suficientemente sólida y consistente que otorgue seguridad jurídica a quienes decidan utilizarlos. Así lo ejemplifican las reformas que han realizado diversas entidades federativas a su ordenamiento jurídico. Hay, pues, un interés particular sobre la conveniencia de utilizar tales métodos, pero es necesario ampliar su espectro jurídico para que puedan extenderse sus beneficios a todos los individuos que gozan de la protección de las garantías constitucionales en nuestro país, contribuyendo así a cumplir con el fin del Estado mexicano de alcanzar el justo equilibrio entre los intereses individuales y colectivos.

## BIBLIOGRAFÍA

AIELLO de Almeida, Maria Alba (comp.), *Mediación. Formación y algunos aspectos claves*. Editorial Porrúa-Facultad de Derecho de la Universidad Anáhuac, México, D.F., 2001, 196 p.

ALCALÁ Zamora Castillo, Niceto, *Proceso, autocomposición y autodefensa*. UNAM-Textos Universitarios, México, D.F., 1970, 160 p.

- *Estudios de teoría e historia del proceso*, Editorial Jurídica Universitaria, Serie clásicos de la Teoría General del Proceso, Vol.3, México, D.F., 1999, 148 p.

ARELLANO García, Carlos, *Derecho Procesal Civil*, Editorial Porrúa, México, D.F., 1998, 662 p.

BARONA Vilar, Silvia, *Solución extrajudicial de conflictos. ADR (alternative dispute resolution) y derecho procesal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999, 309 p.

BARRERA Graf, Jorge, *Instituciones de Derecho Mercantil*, Editorial Porrúa, México, D.F., 2000, 866 p.

BRAVO Peralta, Martín Virgilio, *El arbitraje económico en México*, UNAM-Facultad de Derecho, Editorial Porrúa, México, D.F., 2002, 247 p.

BRISEÑO Sierra, Humberto. *Sobre arbitraje. Estudios*, Cárdenas Editor y Distribuidor, México, D.F., 1995, 698 p.

BURGOA Orihuela, Ignacio, *Las garantías individuales*, 30ª ed., Editorial Porrúa, México, D.F., 1998, 814 p.

- *El juicio de amparo*, 36ª ed., Editorial Porrúa, México, D.F., 1999, 1094 p.

CAIVANO, Roque J., *Arbitraje*, 2a.ed., Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000, 390p.

CARVALLO Yáñez, Erick, *Nuevo derecho bancario y bursátil mexicano*, 6ª ed., Editorial Porrúa, México, D.F., 2003, 355p.

CASTRILLÓN y Luna, Víctor M., *Derecho Procesal Mercantil*, 2ª ed., Editorial Porrúa, México, D.F., 2002, 357 p.

CRUZ, Barney Oscar, *Historia del derecho mexicano*, 2ª. Ed., Oxford University Press, México, D.F., 2004, 1042 p.

CRUZ Miramontes, Rodolfo y Cruz Barney, Oscar, *El arbitraje: los diversos mecanismos de solución de controversias. Análisis y práctica en México*. Editorial Porrúa, México, D.F., 2004, 290 p.

DE LA FUENTE Rodríguez. Jesús, *Tratado de Derecho Bancario y Bursátil. Seguros, fianzas, organizaciones y actividades auxiliares del crédito, ahorro y crédito popular, grupos financieros*. Tomos I y II, 4ª.ed., Editorial Porrúa, México, D.F., 2002, 1523 p.

DERAINS, Ives y SCHWARTZ, Eric A., *El nuevo reglamento de arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional*, Oxford University Press, México, D.F., 2000, 560 p.

DÍAZ, Luis Miguel, *Arbitraje: privatización de la justicia*, Edit. Themis, México, D.F., 1991, 471 p.

ENTELMAN, Remo F., *Teoría de conflictos. Hacia un nuevo paradigma*. Editorial Gedisa, Barcelona, 2002, 223 p.

FALCÓN, Enrique M., *Mediación obligatoria en la Ley 24.753*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, 214 p.

FELDSTEIN de Cárdenas, Sara L. y LEONARDI de Herbón, Hebe N., *El arbitraje*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, 205 p.

FLORES García, Fernando, *Teoría general de la composición del litigio*, Editorial Porrúa, México, D.F., 2003, 664 p.

FREEMAN, Michael (comp.), *Alternative dispute resolution*, New York University Press, New York, 1995, 517 p.

MARGADANT, Guillermo F., *Derecho romano*, 22ª ed., Editorial Esfinge, México, D.F., 1997, 532 p.

GERSCOVICH, Carlos Gustavo *et al. Derecho Bancario y Financiero Moderno*, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, 807 p.

GIL Rendón, Raymundo, *El Ombudsman en el derecho constitucional comparado*, McGraw-Hill, México, D.F., 2002, 629 p.

GIL Echeverry, Jorge Hernán, *La conciliación extrajudicial y la amigable composición*. Edit. Temis, Bogotá, Colombia, 2003, 466 p.

GOLDBERG B., Stephen, SANDER Frank E.A. y ROGERS, Nancy H., *Dispute resolution. Negotiation, mediation and other processes*. Aspen Law & Business, New York, 1999. 705 p.

GORJÓN Gómez, Francisco, *Arbitraje comercial y ejecución de laudos*, Editorial McGraw Hill, México, D.F., 2000, 428 p.

GOZAÍNI, Osvaldo A., *Formas alternativas para la resolución de conflictos. Arbitraje, mediación, conciliación, ombudsman, procesos alternativo.*, Ediciones De Palma, Buenos Aires, 1995, 380 p.

- *Notas y estudio sobre el proceso civil*, UNAM-IIJ, México, D.F., 199 p.

HEGEWISH Díaz Infante, Fernando, *Derecho financiero mexicano*, 2ª ed., Editorial Porrúa, México, D.F., 1999, 526 p.

HERRERA Torres, Gustavo, *La jurisprudencia en bancos e instituciones financieras*, 3ª ed., Nautilus, México, D.F., 1998, 448 p.

HIGHTON, Elena I. y Álvarez, Gladys S., *Mediación para resolver conflictos*, 2ªed., Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998, 435 p.

JUNCO Vargas, José Roberto, *La conciliación. Aspectos sustanciales y procesales*, 4ª. Ed., Editorial Themis, Bogotá, 2002, 469 p.

MÁRQUEZ Algara, Ma.Guadalupe, *Mediación y administración de justicia. Hacia la consolidación de una justicia participativa*, Universidad Autónoma de Aguascalientes, Aguascalientes, 2004, 361 p.

MARTÍNEZ de Murguía, Beatriz. *Mediación y resolución de conflictos. Una guía introductoria*, Paidós, México, D.F., 1999, 206 p.

MILIA, Fernando A., *El conflicto extrajudicial*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 1997, 260 p.

OVALLE Favela, José, *Teoría general del proceso*, 4ª ed., Oxford University Press- Harla México, México, 1999, 354 p.

PELAÉZ, Francisco J., *La Transacción. Su eficacia procesal*, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1987, 301p.

ROMERO Pradas, María Isabel, *La conciliación en el proceso laboral*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2000, 374 p.

ROLDÁN Xopa , José, *Derecho Público y modernidad. Estudios jurídicos*, Editora Laguin, México, D.F., 1999, 244p.

RUIZ Torres, Humberto Enrique, *Derecho Bancario*, Oxford University Press, México, D.F., 2002, 354 p.

SÁNCHEZ Flores, Octavio Guillermo de Jesús, *La institución del seguro en México*, Editorial Porrúa, México, D.F., 2000, 993 p.

- *El contrato de fianza*, Editorial Porrúa, México, D.F., 2002, 992p.

SILVA Silva, Jorge Alberto, *Arbitraje comercial internacional en México*, 2ª ed., Oxford University Press, México, D.F., 2001, 726 p.

SINGER, Linda R., *Resolución de conflictos. Técnicas de actuación en los ámbitos empresarial, familiar y legal*, Paidós, España, 1996, 270 p.

SPARVIERI, Elena, *Principios y técnica de mediación. Un método de resolución de conflictos*, Edit. Biblos, Buenos Aires, 1995, 116 p.

SIQUEIROS, José Luis, *El arbitraje de los negocios internacionales de naturaleza privada*, Miguel Angel Porrúa-Escuela Libre de Derecho, México, D.F., 1992, 88 p.

TENA Ramírez, Felipe, *Leyes Fundamentales de México, 1808-1985*, 13ª ed., Edit. Porrúa, México, D.F., 1985, 1057 p.

URIBARRI Carpintero, Gonzalo, *El arbitraje en México*, Oxford University Press, México, D.F., 1999, 208 p.

VALDES Sánchez, Roberto, *La transacción. Solución alternativa de conflictos*. 2ªed., Legis editores, Bogotá, 1998, 310 p.

WILDE, Zulema D. y Gaibrois, Luis M., *¿Qué es la mediación?*, Edit. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994, 125 p.

WITKER, Jorge. *Derecho económico*, UNAM- McGraw Hill,, México,D.F., 1997, 46 p.

ZAMORA Sánchez, Pedro, *Arbitraje en instituciones financieras*, Oxford University Press, México, 2001, 162 p.

ZAMORA y Valencia, Miguel Angel, *Contratos civiles*, 7ª.ed., Edit. Porrúa, México,D.F., 1998, 557p.

## REVISTAS

AMPUDIA, Mello Ernesto. "Análisis jurídico de la institución arbitral aplicada en el sistema financiero nacional", en *Estudios de Derecho Financiero*, Vigésimo Aniversario, Academia Mexicana de Derecho Financiero, México, D.F., 2000, pags. 251 a 277

LEÓN León, Rodolfo, "Evolución del arbitraje financiero bursátil en México, hasta la entrada en vigor la Ley de Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros", México, D.F., diciembre de 2000, 13 p. (Biblioteca IJJ)

SALGADO Ledesma, Eréndira, “La defensa del árbitro institucional”, en *Lex, Difusión y Análisis*, 3ª época, año VI, octubre 2001, Num.76, pags. 28 a 35

SANDER, Frank.E., “Alternative methods of dispute resolution: an overview”, en *University of Florida Law Review*, Vol. XXXVII, winter 1985, Num.1, pags. 97 a 114.

SOLÍS, Soberón Fernando, “Principios, diseño y nuevas figuras jurídicas del sistema de pensiones mexicano”, en *Estudios de Derecho Financiero*, Vigésimo Aniversario, Academia Mexicana de Derecho Financiero, México, D.F., 2000, pags. 365 a 381

## DOCUMENTOS

Banco Interamericano de Desarrollo. “Memoria de la Conferencia sobre métodos alternos de solución de controversias comerciales en el siglo XXI: el camino a recorrer para América Latina y el Caribe”, Washington, D.C., octubre 2000.

“Memoria del Seminario Internacional sobre nuevas formas de resolución de conflictos y rol de los abogados”, Eudeba, Buenos Aires, 1998, 126p.

## DOCUMENTOS EN INTERNET

Artavia Barrantes, Sergio, “El arbitraje en el estado y sus instituciones”, *Memoria del Seminario sobre la participación de la Procuraduría General de la República en la resolución alternativa de conflicto*, San José, Costa Rica, 2000.

Carulla, Pedro “La mediación: una alternativa eficaz para resolver los conflictos empresariales.” Barcelona, 2003.

[http://www.aryme.com/aryme/esp/adr\\_world\\_observer/observatorio/titulares\\_abiertos/2003/200304/20030424.asp](http://www.aryme.com/aryme/esp/adr_world_observer/observatorio/titulares_abiertos/2003/200304/20030424.asp)

Comisión de Comunidades Europeas “Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil”

[http://europa.eu.int/eur-lex/es/com/gpr/2002/com2002\\_0196es01.pdf](http://europa.eu.int/eur-lex/es/com/gpr/2002/com2002_0196es01.pdf)

Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros, *Anuario Estadístico 2004*.

[http://www.condusef.gob.mx/estadisticas/menu\\_informes.htm](http://www.condusef.gob.mx/estadisticas/menu_informes.htm)

Delgado, Hazel. "Nueva Visión de la Teoría del Conflicto. Cultura del Conflicto." Conferencia. *Memoria del Seminario sobre la participación de la Procuraduría General de la República en la resolución alternativa de conflicto*, abril 2000, San José, Costa Rica. <http://www.pgr.go.cr/memorias/guia.htm>.

*Diccionario de Mediación*  
<http://www.diccionariomediacion.es.vg/>

Orozco Wintao, Luis, "Acceso a la Justicia y Resolución Alternativa de Controversias" Programa BID-ITAM RAC, México,D.F., 2001 [derecho.itam.mx/htm/articulos\\_opinion/2001.pdf](http://derecho.itam.mx/htm/articulos_opinion/2001.pdf)

Paniagua, Franklin. *Memoria del Seminario sobre la participación de la Procuraduría General de la República en la resolución alternativa de conflicto*, abril 2000, San José, Costa Rica <http://www.pgr.go.cr/memorias/guia.htm>

Polaina, Adriana,. "Mecanismos de controversias en la región", Banco Interamericano de Desarrollo. <http://www.iadb.org/mif/v2/speeches/polania.html>

Stella Alvarez, Gladys "Los métodos alternativos de solución de conflictos en los procesos judiciales: experiencias argentinas" Departamento de Asuntos Jurídicos, OEA, Washington, D.C..

Vado Grajales, Luis Octavio, "Concepto e historia de la conciliación"  
<http://www.uv.es/~ripj/10conc.htm>

## LEYES Y CÓDIGOS

*Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.*  
*Código de Comercio.*  
*Código Federal de Procedimiento Civiles*  
*Ley de Ahorro y Crédito Popular*  
*Ley de Instituciones de Crédito.*  
*Ley de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores*  
*Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro.*  
*Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros.*  
*Ley de Sociedades de Inversión.*  
*Ley del Banco de México.*  
*Ley del Mercado de Valores*  
*Ley Federal de Instituciones de Fianzas*  
*Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros*  
*Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito.*  
*Ley para Regular las Agrupaciones Financieras.*  
*Ley sobre el Contrato de Seguro.*

## DICCIONARIOS

*Diccionario jurídico mexicano*. 4 Tomos, 2ªed., UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Editorial Porrúa, México, 1997.

*Diccionario de política y administración pública*, 3 Tomos, Colegio de Licenciados en Ciencias Políticas y Administración Pública, México, 1978.

DORSCH, Friedrich. *Diccionario de Psicología*, Barcelona, Editorial Herder, 2002, 1030p.