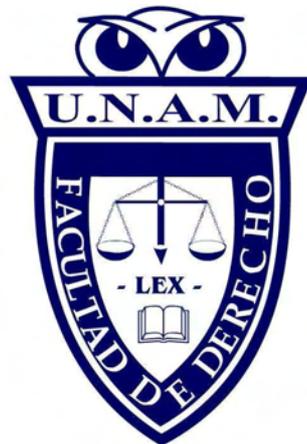


UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO.



**FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO MERCANTIL**

“Estudio del Arbitraje como método alternativo para la solución de controversias en materia civil y mercantil”

**T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADA EN DERECHO
P R E S E N T A:
MARCO ANTONIO SANDOVAL LÓPEZ**

**DIRECTOR DE TESIS:
LIC. ALEJANDRO TORRES ESTRADA**

CIUDAD UNIVERSITARIA

2009



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.

“(...) y el querer acudir mejor a una Arbitraje que a Juicio, porque el árbitro atiende a lo equitativo mas el Juez a la ley, y por eso se inventó el árbitro, para que domine la equidad.”

“El árbitro es una vía de justicia: una voluntad tan disciplinada que dispensa justicia sin ego y sin remordimiento”

Firmes y Dignos. Siempre.

A g r a d e c i m i e n t o s :

A Dios

La vida es una oportunidad para triunfar.

A mi Facultad de Derecho, mi Universidad

Ser universitario es un compromiso que honra y obliga a la vez.

A mis Padres, Marco Antonio y Gloria Elva

Por los valores y principios que me inculcaron, apoyos imprescindibles en mi vida

A mi hermana, Elba María

Siempre estás ahí, incondicional y noble.

A mis abuelos Genaro (†) y Enedina

Por haber sido y ser un ejemplo de vida y esfuerzo; por tu amabilidad y confianza.

A mis maestros de la Facultad

De todos aprendí algo, pero muy en especial a:

Dr. Eduardo Alfonso Guerrero Martínez

Todos los días me esfuerzo por ser un hombre de categoría

Lic. Andrés Linares Carranza

Somos una elite que nos debemos al pueblo, pues por él somos esto

Dr. Ángel Zarazúa Martínez

El éxito es el fruto maduro de la disciplina y el trabajo diario

Dr. José Antonio Álvarez León

México necesita profesionistas desinteresados y comprometidos con su gente

Dr. Alberto Fabián Mondragón Pedrero

Las nuevas ideas, lo novedoso, necesitan amigos y un lugar para expresarse

Mtro. Alejandro Torres Estrada

Para ser prácticos, hay que ser teóricos

A mis amigos

Las risas, los momentos, el silencio... a donde se va tiempo?

Guillermo, Gustavo, Héctor, Erick, Pamela, Isabel, Paola, Eréndira...
Y por fortuna varios más, gracias por sus demostraciones y consejos.

A mis superiores laborales

Por la oportunidad que me brindaron para mi desarrollo profesional

Lic. Zapata, Lic. Alarcón, Dr. Ibarra, Lic. Castillo, Dr. Zarazúa
Su paciencia, consejos y críticas contribuyeron a esto

A todos los presentes en este día de examen profesional

Ya que fue una agradable casualidad haberlos conocido, seguirlos conociendo, porque de alguna u otra forma también contribuyeron a esto y les agradezco su compañía en el día mas importante de mi vida, hasta hoy.

Estructuración del Capitulo

| | |
|--|---------------|
| Introducción..... | 7 |
| 1. Consideraciones Preliminares | |
| <i>Terminología Procesal</i> | |
| <i>Litigio.....</i> | <i>9</i> |
| <i>Acción.....</i> | <i>12</i> |
| <i>Pretensión.....</i> | <i>13</i> |
| <i>Demanda.....</i> | <i>13</i> |
| <i>Excepciones.....</i> | <i>15</i> |
| <i>Jurisdicción y Competencia.....</i> | <i>19</i> |
| <i>Notificación y Emplazamiento.....</i> | <i>21</i> |
| <i>Métodos de Solución de Litigios: Autocomposición y Heterocomposición.....</i> | <i>23</i> |
| <i>Mediación y Conciliación.....</i> | <i>29</i> |
| <i>Proceso.....</i> | <i>31</i> |
| <i>Arbitraje.....</i> | <i>36</i> |
| 2. Marco Jurídico del Arbitraje Constitucional y en el Derecho Civil | |
| <i>Fundamento Constitucional.....</i> | <i>39</i> |
| <i>Legislación Civil para el Distrito Federal.....</i> | <i>41</i> |
| <i>Legislación Civil en materia federal.....</i> | <i>52</i> |
| 3. Marco Jurídico del Arbitraje en Derecho Mercantil | |
| <i>Código de Comercio.....</i> | <i>53</i> |
| <i>Tipos de Arbitraje.....</i> | <i>70</i> |
| <i>Fases procesales del Arbitraje.....</i> | <i>73</i> |
| 4. Instituciones en México que contemplan la figura del Arbitraje | |
| <i>Instituciones que usan el Arbitraje en la actualidad.....</i> | <i>79</i> |

| | |
|--|-----|
| <i>La CONDUSEF.....</i> | 79 |
| <i>La CONAMED.....</i> | 90 |
| <i>La PROFECO.....</i> | 97 |
| <i>Procedimiento Arbitral: rasgos en común.....</i> | 104 |
| <i>Causas que ocasionan la ineficacia arbitral.....</i> | 105 |
| 5. Breve estudio comparado de la Figura del Arbitraje | |
| <i>Italia.....</i> | 108 |
| <i>España.....</i> | 115 |
| 6. El Arbitraje Judicial: Una propuesta | |
| <i>Situación del poder judicial en México.....</i> | 125 |
| <i>La viabilidad del presente proyecto frente otras alternativas.....</i> | 129 |
| <i>La mediación arbitral.....</i> | 137 |
| <i>La conciliación arbitral.....</i> | 142 |
| <i>El proceso arbitral.....</i> | 144 |
| <i>El Centro de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.....</i> | 153 |
| 7. Conclusiones..... | 158 |
| 8. Fuentes de Consulta..... | 162 |

Introducción

EL ARBITRAJE es un término que se identifica rápidamente con dos áreas jurídicas: en el ámbito internacional, es una figura recurrida de manera relevante para resolver cuestiones de diversa índole, apareciendo en escena la segunda área: la materia mercantil, el campo donde los intereses económicos de los comerciantes influyen de manera determinante para modificar constantemente los lineamientos legales, cuyo armazón jurídico debe adecuarse tan pronto le sea posible, y de la manera mas cómoda, a los intereses de los mercantilistas.

En tales aspectos es que el arbitraje, en la actualidad, ha alcanzado notoriedad al ser preferido por las partes, siendo el arbitraje comercial internacional su mejor ejemplo, como un medio eficaz, superior al proceso, para resolver sus controversias. Pero antes de adelantarnos a una perspectiva completamente optimista y satisfactoria, bien cabe destacar los motivos de esta preferencia.

En materia internacional, en mérito del contexto en que se plantean las controversias en un campo donde el conflicto de leyes en el espacio es un problema aún común, pese a los constantes esfuerzos de los Estados por unificar los ordenamientos jurídicos, el arbitraje surge como una figura ideal por la cual puedan ventilarse estas controversias por el carácter particular que tienen los árbitros, quienes están facultados para determinar que ordenamiento legal es el adecuado para resolver el litigio. De esta manera, se garantiza que el fallo reflejado en su laudo sea completamente conforme a Derecho.

Sin embargo, la materia internacional en su ámbito público ofrece también múltiples cuestionamientos a tal resolución de litigios, aún cuando de procesos y procedimientos se trate. Baste con recordar ahora al jurista estadounidense John Austin, quien en su oportunidad opinó con buena razón, que al derecho internacional solo debiera reconocérsele calidad de "moralidad positiva" pues no existe en él un carácter jurídico de las reglas, lo que él denomina un mandato, pues sin la característica de coersitividad efectiva, sus normas caen en el terreno de la autonomía y no la heteronomía como el auténtico Derecho; sin desviarnos más, ya que el estudio del plano internacional rebasaría los lindes temáticos de esta obra, deseamos destacar que el cumplimiento de los laudos arbitrales en materia internacional, aún considerando la evolución de las figuras internacionales desde el siglo XIX, en la actualidad está lejos de alcanzar eficacia plena: los paneles arbitrales instaurados en el marco de nuestro Tratado de Libre Comercio de América del Norte dan buena muestra de ello: ya que al no existir un órgano con auténtica jerarquía superior que imponga la decisión aún de manera coercitiva, a pesar de que varios laudos han sido favorables al Estado mexicano, el gobierno estadounidense les hace frente con los llamados obstáculos técnicos al comercio, dejando evidentemente sin aplicar el laudo que los condena. Esta situación se repite por todo el orbe donde evidentemente el derecho está supeditado a la política y a la economía; así que dentro de nuestro ámbito interno, en palabras de Ikram Antaki en su *Manual del Ciudadano Contemporáneo*, "es papel del Estado hacer el derecho,

completándolo con una sanción. La fuerza no hace al derecho, pero el derecho no se hace sin la fuerza. El derecho aparece como el medio inventado por la fuerza para ganarle a la fuerza.”¹

En el primer capítulo de la presente investigación, se hace un estudio panorámico de diversos conceptos procesales que buscan dar un basamento teórico al proyecto que se propone.

En el segundo, se hace un análisis del arbitraje en materia civil, el cual no ha tenido el desarrollo deseado para poder ejercer una influencia más determinante en el litigio actual.

En contraposición al capítulo anterior, en el tercero nos ocupamos del arbitraje en materia mercantil, cuya acelerada evolución en virtud del desarrollo comercial internacional actual, resulta un punto de partida más exacto desde el enfoque práctico, hacia la propuesta que se plantea.

Considerando los avances nacionales en materia de arbitraje, como un reconocimiento a su eficiencia práctica, en el capítulo cuarto hacemos mención y comparamos algunas instituciones que lo contemplan como un método de solución de controversias, siendo éstas la CONDUSEF, la CONAMED, y la PROFECO.

En el caso del derecho comparado, el capítulo quinto analiza la figura arbitral en los países de Italia y España, quienes han impulsado la figura no solo en el campo mercantil, sino también en lo civil como un método más eficiente que el proceso para la solución de controversias.

Finalmente, en el capítulo sexto se realiza la propuesta formal, tomando en consideración elementos de toda la investigación, haciendo énfasis, por ejemplo, en el aspecto oneroso de los arbitrajes comerciales actuales, convirtiéndolos en una especie de justicia elitista, lo cual propiciaría en cierto punto la mercantilización de la justicia, desnaturalizándola. Por ello, aún cuando aplaudimos con entusiasmo este importante avance que ha tenido el arbitraje, es menester imperioso que subrayemos desde estas líneas introductorias que defendemos la función jurisdiccional como exclusiva del Estado, y por ello, es que el Estado debe agilizar sus fórmulas procesales, modificarlas adecuándose a la realidad de nuestra sociedad y así disminuir la creciente desconfianza hacia nuestro Poder Judicial, el cual saturado, también desde adentro exige nuevos métodos para hacer cumplir la garantía constitucional consagrada en el artículo 17: el acceso a la justicia pronta y expedita. El arbitraje con las posibles modificaciones que hacemos notar en esta investigación, es una opción.

EL AUTOR

¹ ANTAKI, Ikram. *El manual del ciudadano contemporáneo*. Editorial Ariel, primera edición, p. 53

Capítulo 1. De las Cuestiones Preliminares

LITIGIUM EST ARS OPPONENDI ET RESPONDENDI
El litigio es el arte de oponerse y responder

“Los hombres, que en su primitivo estado natural no reconocían superior que los defendiese de insultos, opresiones y violencias, estaban por consiguiente autorizados para hacerlo por sí propios: la experiencia les hizo entender los graves daños a los que conducían estos medios; pues o no podían defenderse por sí mismos, o excediendo los justos límites para conservarse, excitaban turbaciones, a que eran consiguientes mayores desavenencias, injurias y muertes; y consultando otros medios que mejorasen la seguridad de sus personas sin los riesgos anteriormente indicados, acordaron unirse en sociedades y confiar su defensa y la de todos sus derechos a una persona que mirándoles con imparcialidad les distribuyese sus derechos y los conservase en paz y en justicia.”²

Así, en este primer capítulo plantearemos las cuestiones esenciales en materia de Teoría General del Proceso a efecto de ubicar de manera precisa al arbitraje dentro de la ciencia jurídica procesal, con el objeto de determinar doctrinalmente su contenido y sus alcances, y con ello, realizar puntos de comparación entre las figuras de solución de controversias aduciendo al arbitraje como un método idóneo para atenuar en buena medida las cargas de trabajo de nuestro saturado sistema judicial, con las posibles modificaciones que en esta tesis hacemos notar constantemente.

1. 1. 1 Acepciones del término litigio.

Desde el inicio de la civilización humana, el hombre se ha visto involucrado en constantes conflictos con sus semejantes con relación a la satisfacción de diversas necesidades inherentes a su naturaleza, como lo son el procurarse vestido, alimento, un hogar. Así, parece ser que encontraremos, siguiendo este orden de ideas, en la propiedad privada el origen de tales conflictos.

Mientras que para Locke la propiedad privada era un Derecho Natural, para Rousseau en su conocido Contrato Social se convierte en el germen de todos los males: “El primero al que tras haber cercado un terreno se le ocurrió decir *esto es mío* y encontró personas lo bastante simples para creerle, fue el verdadero fundador

² CONDE DE LA CAÑADA. *Instituciones prácticas de los juicios civiles*, citado por ALCALA ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Proceso, Autocomposición y Autodefensa*. México, Textos Universitarios, UNAM, 1974 tomo I

de la sociedad civil”³. Así, a la vista del reconocido pensador francés, las normas jurídicas no vienen sino a defender y perpetuar la propiedad, aumentándola, haciendo crecer aún más la desigualdad. Desde luego, para efectos de la presente investigación, no solo adoptamos la noción anterior, también ampliamos la idea expuesta, concluyendo: Las controversias entre los hombres se han originado en virtud de la existencia de propiedad privada y por la imperiosa necesidad que tiene el hombre para sobrevivir y satisfacer sus necesidades e intereses, aún los más elementales, y cuando ante esta necesidad debe mostrarse egoísta ante sus congéneres, creando conflictos; o en palabras de Francesco Carnelutti, “los intereses son ilimitados mientras que los bienes son limitados, porque los hombres son dos y el bien uno solo”⁴. A este choque de intereses, con relevancia para el mundo jurídico, la Ciencia Procesal le ha denominado *litigio*.

Para el doctor José Ovalle Favela en su *Teoría General del Proceso*, quien refiere un contexto social con una esencia predominantemente jurídica, hace especial mención en los acuerdos de voluntades como principal origen de los litigios. Así, afirma el autor referido: “una persona afirma ser la propietaria de un bien y pretende que se le entregue, y la que posee dicho bien se resiste a entregarlo, aduciendo que ella también tienen título de propiedad sobre el mismo bien. Es entonces cuando surge el litigio.”⁵

Es común que los términos proceso, juicio, litigio y procedimiento se utilicen indistintamente; sin embargo, es imperativo sostener que todos los vocablos señalados guardan diferencias entre sí, por lo que estudiaremos tales características en el presente capítulo.

Por lo que hace al litigio, proviene de la palabra latina *litigium*, y significa pleito o disputa⁶; de lo anterior se deduce que basta con la inconformidad entre las voluntades de dos personas distintas para que surja un litigio. Pero como ha quedado escrito, si bien esta definición en primer término puede parecer satisfactoria ante un lingüista, aún falta por enfatizar otros elementos indispensables para la conformación del verdadero litigio jurídico, relevante para esta investigación.

El primero, tal vez el más distinguido, es la relevancia que reviste tal litigio para el mundo jurídico, o dicho con otras palabras, que el litigio verse sobre el contenido patrimonial de las personas que lo constituyen. Así, por citar un ejemplo buscando ejemplificar lo escrito, si un matrimonio entabla una disputa con relación a una posible modificación de la decoración de su hogar, al no ponerse de acuerdo en los colores, los estilos, los precios, y otros elementos, constituirá un litigio según la acepción del diccionario citado. Sin embargo, puede observarse que tal discusión no puede generar una auténtica transformación en el mundo del ser jurídico. Únicamente discuten con relación a la decoración, pero tal discusión no alterará su

³ ROUSEEAU, Jean-Jacques. *El Contrato Social*. 16ª edición. Biblioteca Edaf, 1992 p. 17

⁴ CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Derecho Procesal Civil*, tomo II Editorial Uthea, 1944 p.412

⁵ OVALLE FAVELA, José. *Teoría General del Proceso*, Oxford, 6ª edición, México, 2005, p. 4

⁶ Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, http://www.rae.es/voz_litigio.

patrimonio ni su esfera jurídica. No es un verdadero litigio jurídico. Pero, nótese ahora la diferencia, si la mujer le exige el divorcio al hombre, y éste se niega, y comienza la discusión, nos encontramos ante un litigio jurídico toda vez que está en disputa una posible modificación al estado civil de las personas –de casado a soltero– que posee relevancia para el mundo jurídico en virtud de los derechos y obligaciones que podrían originarse en virtud de tal modificación. Es verdadero litigio jurídico. Aún así, nos parece que el litigio no se perfecciona aún.

La segunda característica que consideramos indispensable para la debida configuración del auténtico litigio jurídico, es la exteriorización de éste al mundo fáctico y aún mas, ante la autoridad jurisdiccional o que corresponda según la naturaleza del litigio. El litigio reviste así particular importancia, dado que sin él no puede haber proceso, concepto que analizaremos en su oportunidad correspondiente.

Ejemplificando lo anterior, retomemos nuestro ejemplo del matrimonio. Tal vez la mujer desee el divorcio, pero si únicamente lo reflexiona, y no hace valer su Derecho ante un juez de lo familiar, en el caso, no existirá litigio y por ende, no existirá modificación en su esfera jurídica a través de la sentencia que corresponda, previo trámite procesal.

Resolviendo al respecto de este primer concepto de litigio, adoptamos el concepto clásico del maestro italiano Francesco Carnelutti quien sostiene: “El litigio es el conflicto de intereses calificado por la pretensión de uno de los interesados y la resistencia del otro”⁷ Así, desglosando este concepto, en opinión del mismo Carnelutti hace falta ante todo que existan dos personas y frente a ellas un bien. Estos son los elementos simples del litigio. Otro elemento que el procesalista considera primordial es que a cada pretensión de una de las partes, le corresponde la resistencia de la otra. Cabe adelantar por ahora que la pretensión es la exigencia de la subordinación de un interés ajeno a un interés propio, esto es, el fin concreto que se persigue en virtud del litigio creado.

De acuerdo con el doctor Ovalle Favela, el concepto de *litigio* es de gran importancia para el derecho procesal pues determina cuando un conflicto de intereses es susceptible de ser sometido al conocimiento de un juzgador a través del proceso, para nosotros determina el objeto del arbitraje judicial que proponemos, sin embargo, deseamos comentar también otros conceptos procesales⁸ que consideramos íntimamente relacionados con el litigio para crear un marco teórico mas completo y cuyo conocimiento resulta de suma utilidad para comprender los métodos de solución de conflictos existentes.

⁷ CARNELUTTI, Francesco. *Op. Cit. Tomo I p.44*

⁸ *Cfr. OVALLE FAVELA, Teroría General del Proceso. Op. Cit. p. 107*

1. 1. 2 La acción

“La acción es el derecho subjetivo que se concede a las personas físicas y morales para que puedan provocar que un órgano jurisdiccional conozca de un conflicto de intereses determinado y lo resuelva mediante una sentencia.”⁹ La jurisdicción no actúa sin la iniciativa individual, atendiendo al principio dispositivo procesal y al adagio latino *nemo iudex sine actore*. En palabras de Eduardo J. Couture, “es el derecho a la jurisdicción”¹⁰ siendo un poder jurídico que tiene todo sujeto de derecho de acudir a los órganos jurisdiccionales para reclamarles la satisfacción de una pretensión.

Así, las acciones constan de tres elementos: las personas o sujetos, es decir, el sujeto activo al que corresponde el poder de obrar y el pasivo frente al cual se da ese poder; la causa eficiente de la acción, que viene a ser un interés que sirve de fundamento a la acción correspondiente y que de ordinario tiene, a su vez, dos elementos: un derecho o un estado de hecho contrario a ese derecho –*causa petendi*– y finalmente, el objeto que es el efecto al que tiende el poder de exigir lo que se pide en la demanda –*petitum*– y, como lo que inmediatamente se pide es la actuación de la ley, el objeto a cuya consecución tiende esa actuación, la Suprema Corte de Justicia de la Nación lo ha denominado objeto mediato de la acción.¹¹

Para el doctor Carlos Arellano García la clasificación de las acciones se basa en el fin que se pretende lograr al promoverlas, siendo éste el criterio mas seguido por la doctrina moderna. Podemos encontrar ligeras variantes entre los autores mas reconocidos en la actualidad, ya que también se puede atender a la calidad del promovente, sin embargo en ánimo de intentar incluir la universalidad de acciones en una sola clasificación, ofrecemos la siguiente, del referido autor¹²:

1. *De acuerdo con el tipo de derechos que sustentan la acción intentada.* Pueden ser reales o personales. Lo que se reclama a través de las primeras es la facultad para aprovechar o explotar e manera autónoma y exclusiva una cosa, tal como ocurre en el caso de la propiedad y el usufructo. En cuanto a las personales, son las que se deducen para exigir de otras personas el cumplimiento de obligaciones personales de dar, hacer o no hacer determinados actos.
2. *De condena.* Buscan que el juez imponga al demandado el cumplimiento de una obligación incumplida o insatisfecha.
3. *Declarativas.* Se promueven a fin de obtener una declaración de existencia de una determinada relación jurídica o de un derecho, como lo es la validez de un contrato, de un título de propiedad.

⁹ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. *Manual del Justiciable, Elementos de Teoría General del Proceso*. 4ª reimpresión. Poder Judicial de la Federación, 2005, p.41.

¹⁰ COUTURE, J. Eduardo. *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*, Depalma, 3ª edición Buenos Aires 1974

¹¹ *Cfr. Semanario Judicial de la Federación*. Sexta Época, t. LVII, Tercera Sala p. 739 IUS: 356475

¹² *Cfr. ARELLANO GARCÍA, Carlos. Derecho Procesal Civil*, Porrúa, 3ª edición, 1993 p. 258-262

4. *Constitutivas o modificativas*. Buscan tanto la constitución de una relación jurídica como la modificación de una ya existente, esto es, pretenden la creación, modificación o extinción de un derecho, una obligación o una situación jurídica.
5. *Cautelares*. Tienen por objeto conseguir una resolución judicial de carácter provisional, que garantice la efectividad del derecho sustancial que se hace valer, como lo es la obtención de un embargo.
6. *Ejecutivas*. Son las que permiten, desde que son ejercidas, afectar provisionalmente el patrimonio de un deudor antes del dictado de la sentencia definitiva.

1. 1. 3 La Pretensión

“La pretensión es el modo de ejercitar la acción en cada caso particular”¹³; es una consideración fáctica y jurídica llevada a la consideración de un órgano jurisdiccional a través de un acto procesal –presentación de la demanda– donde se expresa. Así pues, la pretensión es la declaración de voluntad del demandante, para que se sujete o vincule al demandado en determinado sentido y para ciertos efectos jurídicos concretos, mediante la sentencia que se dicte en el proceso.

La definición que aporta al respecto el procesalista español Jaime Guasp, quien refiere “pretensión procesal es una declaración de voluntad por la que se solicita una actuación de un órgano jurisdiccional frente a persona determinada y distinta del autor de la declaración”¹⁴, permite desprender las siguientes características:

- a) Es una declaración de voluntad, distinta de la civil propia de las obligaciones, ya que es una especie del género del derecho de petición.
- b) La pretensión tiene como destinataria a la autoridad, no a la parte contraria.
- c) Se interpone ante una persona jurídica cierta y determinada.

1. 1. 4 La Demanda

La demanda, en síntesis del pensamiento del doctor Néstor de Buen,¹⁵ es el instrumento formal mediante el cual se ejerce la acción conteniendo la pretensión, estableciendo desde luego que los tres conceptos que hemos venido comentando, aunque estrechamente relacionados, resultan diferentes. Por su parte el doctor Cipriano Gómez Lara establece: “la demanda es el primer acto del ejercicio de la

¹³ ENRIQUE PALACIO, Lino. *Manual de Derecho Procesal Civil*, 10ª edición, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1970 p.368

¹⁴ GUASP, Jaime. *Derecho Procesal Civil*, 6ª edición Civitas, Madrid 2002, tomo I p.217

¹⁵ Cfr. DE BUEN, Néstor. *Derecho Procesal del Trabajo*. 13ª edición Porrúa, 2006, p. 248

acción, mediante el cual, el pretensor acude ante los tribunales persiguiendo que se satisfaga su pretensión.”¹⁶

El doctor José Ovalle Favela sintetiza los conceptos planteados de esta manera al definir la demanda: “Es el acto procesal por el cual una persona, que se constituye él mismo en parte actora o demandante, inicia el ejercicio de la acción y formula su pretensión ante el órgano jurisdiccional”¹⁷

Es importante puntualizar, que disentimos de la primera noción del concepto del maestro Ovalle, ya que la demanda por sí misma no constituye un acto procesal, pues lo que realmente constituye formalmente el primer acto procesal es la presentación de la demanda ante el órgano jurisdiccional. Cuando presentamos una demanda, los efectos jurídicos que se producen, de conformidad al artículo 258 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, (CPCDF en lo sucesivo) son los siguientes:

1. Interrumpe la prescripción, si no lo está por otros medios.
2. Señala el principio de la instancia
3. Determinar el valor de las prestaciones exigidas

El maestro Alejandro Torres Estrada agrega además, que se obliga al juzgador a dictar una resolución al respecto, pues a pesar de que tal efecto no lo prevé ningún artículo, resulta del cumplimiento del artículo 8 constitucional, toda vez que la acción al ser una especie del derecho de petición, para satisfacer tal garantía del gobernado, la autoridad ante la cual se dirige la petición, en este caso la acción, debe responder por escrito acordando que resolvió sobre la petición.¹⁸ Los autos que pueden recaer a la presentación de la demanda son:

- a) Admisión de la demanda
- b) Previene la demanda
- c) Desecha la demanda.

El magistrado Mauro Miguel Reyes Zapata en cátedra¹⁹, tuvo la gentileza de obsequiar a sus alumnos un cuadro muy completo sobre ambos conceptos para que observáramos que no hay cabida para una ambigüedad o peligrosa confusión entre ambos, el cual nos permitimos transcribir con algunas modificaciones nuestras, pues lo consideramos muy didáctico y preciso.

¹⁶ GÓMEZ-LARA, Cipriano. *Derecho Procesal Civil*, 7ª edición Oxford, 2004 p.35

¹⁷ OVALLE FAVELA, José. *Derecho Procesal Civil*, 9ª edición Oxford, 2003 p.50

¹⁸ Cfr. TORRES ESTRADA, Alejandro. *El Proceso Ordinario Civil*, 2ª edición Oxford, , 2007 p. 40

¹⁹ Tomado de los apuntes personales del autor de esta investigación, durante la cátedra de Derecho Procesal Civil I

Cuadro 1.1 Acción y Pretensión

| | Acción | Pretensión |
|------------------------------|---|--|
| Naturaleza | <p>Es un derecho:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) SUBJETIVO. Se tiene un derecho subjetivo cuando se cuenta con la facultad de exigir determinado comportamiento, positivo o negativo, de la persona o personas que se hallan frente al titular. b) PÚBLICO. Es correlativo a la obligación del Estado de proporcionar la jurisdicción. La obligación es <i>ex lege</i>, impuesta por la ley y no por el actor, quien la hace efectiva en un caso concreto. Solo en ese sentido, el Estado es sujeto pasivo de la acción. c) GENERAL. Pertenece en género a la comunidad de ciudadanos, como una garantía del gobernado contenida en el artículo 17 constitucional. d) ABSTRACTO. Es indeterminado, pero determinable cuando se concreta en el ejercicio que realiza una persona específica. e) AUTÓNOMO. Es independiente de cualquier relación sustancial. Se distingue del derecho sustancial que al efecto se invoque y de la pretensión que busca satisfacerse, especificada en el capítulo de "prestaciones" de la demanda. <p>Se distingue del derecho de petición consagrado en el artículo 8 de la Constitución Federal por los siguientes aspectos:</p> <ul style="list-style-type: none"> - La calidad de los funcionarios - El contenido jurisdiccional - El fin perseguido, que es proteger el interés público y en general la tutela del orden jurídico, la paz y la armonía social. - Su objeto es iniciar un proceso y mediante él obtener la sentencia que lo resuelva. - Las relaciones jurídicas que produce. | <p>Es una declaración de voluntad realizada ante un órgano jurisdiccional competente de conocer la acción en la cual se contiene. Es pues, un estado de la voluntad jurídica, no es un poder jurídico.</p> |
| Sujetos | <ul style="list-style-type: none"> a) Activo: El actor quien ejercita su derecho. b) Pasivo: El Estado ante el cual se dirige la acción, a través de un órgano jurisdiccional. <p>Se hace valer hacia el Estado y no <i>contra</i> éste, pues no existe contraposición entre el interés del actor y el interés del Estado. La obligación del estado es proveer por conducto del juez.</p> | <ul style="list-style-type: none"> a) Activo: Actor b) Pasivo: Demandado <p>En las demandas condenatorias y ejecutivas, la pretensión se dirige contra el demandado, porque se trata de imponerle o de hacerle cumplir una prestación; pero en las declarativas, la pretensión se formula frente y no contra él, porque únicamente se persigue vincularlo a los efectos jurídicos de la pretensión, sin imponerle prestación alguna.</p> |
| Fin | Proteger el interés público a través de la tutela del orden jurídico y la paz y armonía social. | Es la tutela del interés particular del actor, reflejado en la demanda, y en la sentencia definitiva. |
| Objeto | Iniciar un proceso y obtener una sentencia que lo resuelva, sea el sentido que tenga. | Una sentencia favorable al actor, que otorgue lo que persigue en juicio. |
| Elementos | <ul style="list-style-type: none"> a) Sujetos. <i>Infra</i> b) Objeto. <i>Infra</i> c) Causa. Es el interés que justifica el ejercicio de la acción para promover el proceso y obtener la sentencia; sea que exista o no la relación sustancial que se invoca y que se tenga o no el derecho pretendido. | <ul style="list-style-type: none"> a) Objeto. El efecto jurídico que se persigue, el <i>petitum</i>. b) Razón de la Pretensión. <i>De hecho.</i>- Es el conjunto de hechos que constituyen el relato histórico de las circunstancias de donde el actor cree deducir lo que pretende. <i>De derecho.</i>- Normas o principios jurídicos cuya hipótesis se actualiza con las razones de hecho referidas. <p>La razón en sus dos aspectos es la <i>causa petendi</i> de la demanda.</p> |
| Otras características | <p>Es única porque trata de un solo derecho que se hace valer frente al Estado.</p> <p>Es compleja porque para hacer valer la acción, el actor debe realizar todos los actos necesarios que implican las distintas respuestas que el juzgador da en el curso del procedimiento hasta el dictado de la sentencia.</p> | <p>El objeto de la pretensión no debe identificarse con el objeto del derecho material que el demandante dice tener.</p> <p>El actor puede reclamar algo distinto a lo que tiene derecho: la pretensión puede estar respaldada o no por el derecho, lo que implica que hay pretensiones fundadas e infundadas.</p> |

1. 1. 5 Excepciones

Al hablar de demanda, como el otro anverso de una misma moneda, es menester referirnos a la contestación de ésta por su contraparte, quien al hacerlo no solo fijará la litis del proceso, sino que además se opondrá a las pretensiones que ha hecho valer el actor a través de su acción, por lo que se valdrá para ello de excepciones y defensas, existiendo incluso, un capítulo con ese título en los escritos de contestación de demanda. Es común que en el medio forense se les tenga por sinónimos, ya que rara vez en tal capítulo se realiza una distinción precisa de cada concepto en las hipótesis y argumentos que el demandado expone al juzgador, exponiéndolas siempre en conjunto.

Así entendemos a las excepciones, en un sentido lato, como el derecho subjetivo con que cuenta la demandada para intentar neutralizar la acción promovida por el actor a fin de paralizar el proceso o de obtener una sentencia favorable de manera total o parcial. Existen diversas clasificaciones, pero en este punto si estimamos conveniente exteriorizar que en nuestro sentir la doctrina ha hecho confuso el entendimiento de este concepto, al crear clasificaciones que al estudiarse con atención, caen en otra categoría similar.

Por ejemplo, la clasificación que propone el doctor Carlos Arellano García, en apretado resumen, es el siguiente²⁰:

- a) Procesales. Son las que se refieren tan solo a violaciones en cuanto a los presupuestos del proceso.
- b) Adjetivas o sustantivas. Las primeras derivan de disposiciones procesales, mientras que las segundas nacen de disposiciones de fondo.
- c) De previo y especial pronunciamiento y comunes o normales. La de previo y especial pronunciamiento suspende el procedimiento hasta que se resuelva la procedencia de la propia excepción. En cambio, las excepciones comunes no lo paralizan.
- d) Nominadas o innominadas. Esta clasificación responde a que, en ocasiones, el juzgador puede aludir a excepciones con denominación propia y, entre otras, a excepciones que no tienen nombre determinado.
- e) Dilatorias y perentorias. Las primeras suspenden la tramitación del proceso, en caso de prosperar, en tanto que las segundas logran destruir el derecho del actor.
- f) Fundadas o infundadas. La excepción es fundada cuando su existencia proviene de la lógica o de una norma jurídica expresa. La infundada es la que no reúne estos requisitos.
- g) Supervenientes. Son las que se interponen después de que se ha contestado la demanda, en virtud de que no se conocía su existencia con anticipación.

Tomemos otro ejemplo de clasificación doctrinal. El maestro Torres Estrada las clasifica de la siguiente manera²¹

²⁰ Cfr. ARELLANO GARCÍA, Carlos. *Op. cit.* p.312-320

- a) Excepciones formales. Se oponen para controvertir las formas o solemnidades esenciales del proceso, con el argumento de que éste no se ha iniciado válidamente, por ejemplo la falta de personalidad de alguna de las partes.
- b) Excepciones materiales. Intentan desestimar el derecho de fondo del actor, los hechos en que sustenta su pretensión o manifiestan la carencia de derecho del actor, por ejemplo: la prescripción
- c) Excepciones perentorias. Pretenden destruir el derecho del actor en forma definitiva, como el pago total.
- d) Excepciones dilatorias o procesales. Solo buscan retardar el camino de la pretensión del actor, por ejemplo la incompetencia del órgano jurisdiccional.

Observamos pues, que las excepciones formales y dilatorias pueden bien formar un solo grupo, pues en ambos casos no se destruye el fondo de la pretensión y pueden ser corregidas para que tengan plena eficacia procesal: podemos subsanar la personalidad de alguna parte o promover ante el juzgador idóneo, ya que en ambos casos no perdemos el derecho, solamente como su nombre lo sugiere en ambos conceptos, hemos cometido alguna falta a la formalidad –pero la pretensión subsiste– o bien, en las excepciones dilatorias únicamente perdemos algún tiempo, cierto, a veces muy perjudicial para nuestros intereses, pero no se afecta el fondo del asunto, pues la litis continúa en el mismo estado. Nosotros las llamamos en común simplemente *excepciones*.

En cuanto a las excepciones materiales y perentorias, *mutatis mutandi* encontramos las mismas similitudes: incluso en la manera en que el autor citado redacta las nociones encontramos semejanzas, pues en ambos casos vemos en común que afectan el fondo del asunto, tienen por objeto dejar por concluido el proceso al exponer una razón de Derecho de tal peso, que a menos que el actor demuestre lo contrario, el juez deberá absolver por ende al demandado o sobreseer el proceso. Tienen a desvirtuar la pretensión del actor. Nosotros las denominamos *defensas*.

En torno a este pequeño debate el doctor Ovalle Favela refiere dos conceptos de excepción²²:

- a) Como un derecho subjetivo procesal que tiene el demandado para contradecir u oponerse a la acción o a la pretensión hechas valer por la parte actora, Couture citado por el mismo autor, afirma que es el derecho procesal de defenderse.
- b) Como las cuestiones concretas que el demandado plantea, siendo éstas:

-Procesales. Impugnan la regularidad del proceso mismo

²¹ Cfr. TORRES ESTRADA, Alejandro, *op. cit.* p. 64

²² Cfr. OVALLE FAVELA, José. *op. cit.* 174

-Sustanciales. Contradicen el fundamento de la pretensión

Sostiene también esta teoría dicotómica el doctor De Buen Lozano²³ quien afirma que el contraataque a la pretensión puede ser de dos maneras: en la primera se afirma que no son ciertos los hechos en que se funda la pretensión. En la segunda se acepta que son ciertos esos hechos pero se invocan otros que los destruyen. Es importante anotar que en el lenguaje habitual se denomina “defensas” a los primeros y “excepciones” a los segundos. Citando a Jaime Guasp, refiere que habría que denominarlos “oposición por negación” y “oposición por contradicción o por objeción” de acuerdo al grado de la oposición. Incluso hace una amena advertencia al lector de que este idioma no lo hallará en ley, ni en jurisprudencia, y ahora comprobado, ni en la doctrina, pero bien confía en que podamos identificar el idioma que se emplee.

Al consultar el CPCDF²⁴ observaremos que la ley en comento confiere la razón al destacado laboralista, pues únicamente de manera casi perdida en el artículo 43, último del capítulo II en que se encuentran contenidas las excepciones, encontramos el término “defensa” en el sentido que hemos venido aludiendo; el código enumera las siguientes excepciones en su artículo 35 sin distinguir su clase, a lo que nos permitiremos realizar el siguiente cuadro para determinar si se trata de excepción o defensa según el criterio que adoptamos para la presente investigación.

Cuadro 1.2 Excepciones y Defensas

| Excepción Procesal | Clase de Excepción |
|--|---|
| Incompetencia del Juez | <i>Excepción.</i> En caso de existir controversia sobre que juzgador conocerá del asunto, el superior jerárquico resolverá tal cuestión. |
| Litispendencia | <i>Defensa.</i> Según el artículo 38, al declararse procedente la litispendencia, se sobreseerá el segundo juicio. |
| Conexidad de la causa | <i>Defensa.</i> El segundo juicio se sobresee, pues sus autos se remiten al juicio donde ésta se opone, acumulando los dos juicios y se tramiten como uno solo, decidiéndose en una sola sentencia de conformidad con el artículo 39 |
| Falta de personalidad del actor o demandado; falta de capacidad del actor. | <i>Excepción.</i> En caso de falta de personalidad, según el artículo 41 el juez concede 10 días a la parte afectada para que subsane el error. <i>Defensa.</i> En el caso de la capacidad, el artículo 41 en su segundo párrafo es claro: La falta de |

²³ Cfr. DE BUEN, Néstor. *Op. cit.* 263

²⁴ En lo sucesivo de este capítulo, todos los artículos se entienden del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, salvo aclaración.

| | |
|--|--|
| | capacidad en el actor obliga al juez a sobreseer el juicio. |
| Falta de cumplimiento del plazo, o de la condición a que esté sujeta la obligación | <p><i>Defensa.</i> Si el demandado argumenta y demuestra que existe un plazo o condición que no se ha cumplido, el juez no puede continuar con ese proceso y debe resolver su sobreseimiento, dejando a salvo los derechos de las partes para que ejerciten su acción con posterioridad. Se exceptúan los casos siguientes:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Cuando después de contraída la obligación resultare insolvente, salvo que garantice la deuda. - Cuando no otorgue al acreedor las garantías a que estuviere comprometido. - Cuando por actos propios hubiesen disminuido las garantías establecidas - Cuando por caso fortuito se pierden las garantías y no son inmediatamente sustituidas. <p>De esta forma, el juzgador debe resolver cautelosamente en estos supuestos, pues no siempre deberá sobreseerse el proceso.²⁵</p> |
| Orden o excusión | <p><i>Defensa.</i> Son éstos beneficios del fiador civil, donde el acreedor debe exigir el pago de la obligación siempre en primer término al deudor principal, y únicamente ante su insolvencia comprobada, proceder a ejercitar acción en contra del fiador. No es el caso del aval mercantil, quien tiene calidad de deudor solidario y por tanto, no podrá oponer tales defensas.</p> |
| Improcedencia de la vía | <p><i>Excepción.</i> Según el último párrafo del artículo 35, su efecto será el de continuar el procedimiento para el trámite del juicio en la vía que se considere procedente declarando la validez de lo actuado, sin perjuicio de la obligación del juez para regularizar el procedimiento</p> |
| Cosa juzgada | <p><i>Defensa.</i> De conformidad con el artículo 23 <i>non bis idem</i> se prohíbe ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene; por lo que de su interpretación observamos que cuando en un asunto se dictó sentencia y ha causado estado, sus elementos no podrán ser sometidos a un nuevo proceso, con la identidad de partes, de hechos y causa.</p> |

Así, en mérito de lo expuesto, bien conviene eliminar de nuestros escritos en el capítulo respectivo de Excepciones y Defensas, la frase de antaño “falta de

²⁵ Cfr. TORRES ESTRADA, Alejandro. *Op. cit.* 69

acción de la actora...” o su equivalente en latín *sine actiones agis* y similares, pues ya no queda duda que la acción como derecho subjetivo público que es, todos los gobernados la poseemos, sin distinción, por lo que tal aforismo resulta siempre inapropiado y contradictorio, pues sin la acción no pudo haber existido la demanda que ahora se instauró en contra del demandado y que se contesta por ese medio. En todo caso deberemos hablar de “pretensión infundada...” o desmotivada, según sea fáctico o jurídico el argumento que formulemos al contestar la demanda.

1. 1. 6 Jurisdicción y Competencia

La jurisdicción y competencia son otros términos que suelen ser confundidos muy a menudo, ya que al igual que la acción y la pretensión, se encuentran íntimamente relacionados entre sí.

Sin adentrarnos demasiado a Teoría Política, es menester mencionar que una justificación del Estado es precisamente ésta, la actividad jurisdiccional, pues en consecución del bien común, y la armonía y paz sociales, es necesario mantener un orden jurídico estable que permita a los ciudadanos el acceso a la justicia, dirigiendo como hemos visto, su acción al Estado y no a su semejante, haciéndose justicia por su propia mano. Para algunos autores, es el único fin.

La doctora Arnáiz Amigo cita a su maestro Manuel Pedroso en los siguientes términos: “El problema de la justificación del Estado no conduce al análisis del ordenamiento jurídico; este último es un problema filosófico-social, pero no estatal: el Estado tiene una sola finalidad y es asegurar el derecho; naturalmente, los fines y propósitos del Derecho cambian en la historia, en tanto la finalidad del Estado es siempre la misma”²⁶

De esta manera, el respeto al principio jurídico, y la obediencia a la ley, justifican el poder del Estado. La voluntad de los gobernantes está condicionada por el precepto ético del multicitado bien común. En el ámbito sociológico, tenemos actividades individuales con sus respectivos intereses, una cooperación con teleología común y las instituciones estatales que encauzan estos fines, de acuerdo con los ordenamientos jurídicos. La división del trabajo requiere de un ente superior, el Estado, pues implica en ello la forma económica de la sociedad, base de su sustento material.

Aurora Arnáiz Amigo sentencia: “El Estado tiene la alta misión de hacer posible la vida del hombre con su agrupación política (comunidad social)”²⁷ agregando nosotros que lo hace a través del monopolio de la violencia legítima, pues su poder supone jerarquía y evoca un orden: el de la subordinación. Y una forma de reflejarse ésta es, insistimos, en dirigir la acción a un tribunal del Estado y

²⁶ ARNÁIZ AMIGO, Aurora. *Estructura del Estado*, 3ª edición Miguel Ángel Porrúa, 1997, p.104

²⁷ *Ibidem* p. 106

no hacia un semejante, y someterse al *imperium* del estatal a través del proceso y finalmente, aceptar la decisión en la sentencia que resuelva el conflicto, aún por la fuerza si fuese necesario.

Así, coincidimos con la autora citada en que sostener y legitimar el estado de derecho es la función primordial del Estado, y que resolver los conflictos de los particulares es una de sus funciones mas importantes en este ámbito, es decir, la función de *decir el derecho* siguiendo el sentido etimológico del vocablo jurisdicción.

Como jurisdicción debemos entender “la facultad que tiene el Estado para dirimir litigios de trascendencia jurídica, a través de alguno de sus órganos o por medio de árbitros, mediante la aplicación de normas jurídicas e individualizadas”.²⁸

Obsérvese como la definición anterior sienta las bases de un debate que en su oportunidad estudiaremos, pues ya se nombran a los árbitros como parte de la jurisdicción estatal, controvirtiendo su naturaleza ya que hay varias voces que no le otorgan este carácter, pues por norma general y con relación al artículo 17 constitucional, solo los tribunales del Estado están facultados para impartir justicia pues nuestra ley suprema no hace mención alguna al arbitraje, aunque bien cabe decirlo desde ahora, tampoco lo prohíbe.

La clasificación del maestro Arellano García se basa en los siguientes criterios, los cuales nos parecen idóneos para esta investigación por mencionar de manera expresa la jurisdicción arbitral.²⁹

- a) *Voluntaria y Contenciosa*. La jurisdicción voluntaria tiene lugar cuando no hay litis, al contrario con la contenciosa donde existe una controversia.
- b) *Federal, local y concurrente*. Está en función del nivel de gobierno al que pertenezcan los órganos jurisdiccionales.
- c) *Propia y delegada*. La jurisdicción propia o “retenida” la concede la propia ley a los órganos jurisdiccionales, a través de disposiciones en las que se establece exactamente cuál es su jurisdicción; en cambio, en la delegada entraña que un órgano con jurisdicción propia delegue parte de ésta en otro órgano.
- d) *Judicial y Arbitral*. La primera es la que corresponde a los juzgadores de los poderes judiciales de la Federación, de los Estados y del Distrito Federal; en cuanto a la arbitral, la tienen los integrantes de órganos públicos o privados que desempeñan funciones de arbitraje.
- e) *Ordinaria, especial y excepcional*. La ordinaria es aquella a la que se atribuye el conocimiento de asuntos no reservados a una jurisdicción especial, que es la que tiene lugar en atención a las cualidades de una persona que solo se puede ver involucrada en un tipo específico de asuntos, por ejemplo, un militar. La jurisdicción excepcional se encuentra prohibida en el artículo 13 de

²⁸ GÓMEZ-LARA, Cipriano. *Op. cit.* p.122

²⁹ Cfr. ARELLANO GARCÍA, Carlos. *Op. cit.* 342-350

nuestra ley fundamental, que prevé la improcedencia de procesos sustanciados ante tribunales especiales.

- f) *Constitucional*. Es la que corresponde a los órganos especializados en la resolución de asuntos derivados de la interpretación y aplicación de los preceptos constitucionales; le corresponde a nuestro tribunal constitucional, la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Por lo que hace a la competencia de manera somera decimos que es el límite o medida de la jurisdicción: el ámbito de validez que tiene el juzgador para ejercer sus funciones sobre un conflicto o acto jurídico específico.

Alcalá Zamora la define de la siguiente forma: “Es la aptitud que el orden jurídico otorga a los órganos del Estado para que, válidamente, puedan ejercer determinados derechos y cumplir ciertas obligaciones, vinculadas con el ejercicio de la función jurisdiccional”³⁰

Acertadamente el maestro español define tal concepto no solo para nuestra ciencia procesal, sino para toda la actividad estatal, pues todos los órganos del Estado, no de manera exclusiva los jurisdiccionales, tienen competencia. Así, ningún órgano puede, por sí mismo, darse competencia, por lo que los órganos legislativos y administrativos también deben actuar únicamente dentro del ejercicio de sus funciones.³¹

Como todo gobernado tiene acción, todo juzgador tiene jurisdicción, pero no tiene competencia indefinida: solo podrá conocer de los asuntos que así lo determine su respectiva ley orgánica u ordenamiento adjetivo.

1. 1. 7 Notificación y Emplazamiento.

Conocemos que la notificación es el medio de comunicación procesal por el que una autoridad jurisdiccional hace saber a las partes o a terceros, un acto procesal determinado. Sin embargo, pese a la sencillez que entraña tal concepto, en el medio forense existe una notificación que siempre es vigilada de cerca, por su relevancia cuyos vicios cuestan todo un proceso –o incluso más, apelación y acción de garantías en ocasiones–: nos referimos al emplazamiento.

Coincidimos con el maestro Torres Estrada quien refiere: “es una de las diligencias mas importantes del proceso, ya que mediante él se cumple con el artículo 14 de nuestra ley fundamental”³², esto es, con el emplazamiento se acata la garantía de audiencia del demandado: se le da oportunidad de que sea escuchado y solo tras ser vencido en juicio, podrá afectarse su esfera patrimonial de manera

³⁰ ALCALA ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Proceso, Autocomposición y Autodefensa*. México, Textos Universitarios, UNAM, 1974 tomo I, p.104

³¹ Con relación a los principios logrados de la revolución francesa, donde el gobernante solo puede hacer aquello a lo que tiene autorización por la ley; mientras que el ciudadano puede basar libremente su actuar mientras no caiga en alguna prohibición prevista en la ley.

³² TORRES ESTRADA, Alejandro, *Op. cit.* p. 47

legal, y afirmado que se trata de una diligencia compleja, la divide en las siguientes etapas:

1. *Notificación*, momento en que se hace el llamado a juicio pues se le hace sabedor al demandado que existe demanda instaurada en su contra la cual fue admitida por el juzgador.
2. *Traslado*, momento en que el notificador entrega al demandado cédula de notificación que contiene el auto admisorio de la demanda, y copias cotejadas de la demanda con los documentos que funden la acción y con los que se acredite la personalidad.
3. *Requerimiento*, momento en que el notificador advierte al demandado que cuenta con nueve días para contestar la demanda, y que en caso de no hacerlo, el proceso seguirá en su rebeldía, teniéndole por afirmada la demanda salvo cuestiones familiares, estado civil de las personas o emplazamiento por edictos.

Al respecto la Suprema Corte de Justicia de la Nación³³ ha señalado que la finalidad del emplazamiento consiste en que la parte demandada tenga conocimiento real y efectivo de la demanda que se endereza en su contra, para que pueda ejercer su derecho de defensa; por esta razón ha exigido, por regla, las siguientes condiciones para efectuar un debido emplazamiento que en realidad se traducen en auténticas formalidades para garantizar el conocimiento del demandado del proceso instaurado en su contra:

- Que el notificador se cerciore de que el demandado vive en la casa en que se practica la diligencia, haciendo constar esta razón en su respectiva acta.
- Que dicha razón contenga las circunstancias o motivos que lo llevaron al convencimiento de que la persona por notificar, vivía en el lugar en que se practicó la diligencia.
- Que la cédula de notificación sea entregada precisamente a los parientes o domésticos del interesado o a cualquier otra persona que viva en la casa.
- Que el emplazamiento se lleve a cabo con persona con plena capacidad de ejercicio.

También ha afirmado que la falta de emplazamiento o su verificación en forma irregular es la violación procesal de mayor magnitud y de carácter mas grave, puesto que da origen a la omisión de las demás formalidades esenciales del juicio, motivo por el cual se ha consagrado el criterio de que el emplazamiento es de orden público y que los jueces están obligados a investigar de oficio si se efectuó o no, y si, en caso afirmativo, se observaron las leyes de la materia.

Como se observa, hemos encontrado un punto medular en el proceso, y que bien podría evitarse si ambas partes concurriesen de manera directa ante un árbitro,

³³ Cfr. OVALLE FAVELA, José. *Op. Cit.* p. 63

pues con ello evitaríamos de manera rápida toda la diligencia inherente al emplazamiento. Este es otro bastión que hemos de esbozar plenamente en el capítulo 6 de esta tesis.

1.2 Métodos de Solución de Litigios: Autocomposición y Heterocomposición.

Así, teniendo como base el breve marco conceptual de teoría general del proceso que hemos señalado, sin perderlo de nuestro entendimiento y siguiendo el orden de ideas expuesto, el hombre se sirvió de diferentes métodos para resolver las controversias que se le presentaban. Todas ellas se encuentran contenidas en la clasificación doctrinal clásica que refiere métodos de Autotutela, Autocompositivos y Heterocompositivos.

Sin duda alguna salta a la vista de este encabezado el haber suprimido la idea de la *autotutela* dentro de los métodos de solución de litigios. En nuestra opinión, la autotutela no es mas que una especie de la autocomposición, pues en todo caso planteada por ésta, la solución siempre resulta de la voluntad de una de las partes, es decir, resulta bajo ambos términos una solución *parcial*.

Como su nombre lo sugiere, los medios autocompositivos se refieren a aquellos en que la solución se origina únicamente de la participación de las partes que conforman el litigio; esto es, no hay ninguna intervención de un tercero por lo que se produce una tutela arbitraria de los propios intereses.

Pese a lo anterior, bien cabe determinar que la autotutela es la imposición de la pretensión propia en perjuicio del interés ajeno, mientras que la autocomposición consiste en la renuncia de la pretensión propia o la aceptación de la contraria. Como ha quedado escrito, en ambos casos la solución proviene de alguna de las partes.

La autotutela en opinión de Alcalá Zamora es: “un medio de solución egoísta”³⁴, refiriendo que el término que mejor define el fenómeno de la autocomposición es el de Autodefensa, definiéndolo como la resolución del litigio mediante una acción directa, en lugar de servirse de la acción dirigida hacia el Estado a través del proceso. De aquí que pueda deducirse que la decisión del litigio proviene de una de las partes, que la impone a la otra, acompañada por tanto del sacrificio del interés contrario. De acuerdo al mismo autor, hay casos en que puede permitirse tal autodefensa, dadas las circunstancias especiales de cada caso, en los cuales la mora de trabar la acción correspondiente a través de un proceso, supone un grave riesgo inminente a un bien jurídico tutelado.

En resumen: lo que distingue a la autotutela no es ni la preexistencia de un ataque, que falta en varias de sus formas, ni la inexistencia de un determinado procedimiento, sino la concurrencia de las siguientes características: la ausencia de

³⁴ ALCALÁ ZAMORA CASTILLO, *op. Cit.* p. 13

juez distinto de las partes, y la imposición de la decisión por una de las partes a la otra. De cualquier forma, estos supuestos excepcionales pueden ser revisados con posterioridad en un proceso, de forma que el tribunal sea quien determine si la autotutela fue útil y conforme a Derecho.

1. *Autotutela en sentido estricto, legítima defensa.* Se presenta si una persona repele una agresión real, actual o inminente y sin derecho, en protección de bienes jurídicos propios o ajenos siempre que exista necesidad de la defensa y racionalidad de los medios empleados y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende.
2. *Ejercicio Personal o directo de un derecho subjetivo (sin que exista un ataque previo).* Es el ejercicio de un derecho como lo son el derecho de retención, el pacto comisorio (en su doble aspecto prendario y como condición resolutoria en caso de incumplimiento de obligación) y el estado de necesidad.
3. *Ejercicio de Facultades Atribuidas al Mando.* Ejemplo claro es la “echazón” de capitanes en buques quienes pueden realizar cualquier acto que produzca daños su navío o cargamento, para salvarlos de un riesgo conocido y real, relacionado con el Estado de Necesidad.
4. *Ejercicio de una facultad disciplinaria o de una potestad por uno de los sujetos en litigio.* Propio de la materia administrativa, se confiere a la administración pública la facultad para imponer por sí misma sanciones a los servidores públicos que incumplan con sus obligaciones. De igual forma por lo que hace a su potestad sancionadora a los particulares, siendo el caso en ambas que estos actos de autoridad pueden ser impugnados. También al rubro se incluye el ejercicio de la patria potestad.
5. *Combate entre partes enfrentadas.* Aquellos que fían a la fuerza y no a la razón la decisión de sus diferencias. En la actualidad, el código penal considera al duelo como un atenuante en los tipos de homicidio y lesiones; en el plano internacional se prevé respecto de la guerra que se justifique en legítima defensa.
6. *Como un medio de presión o coacción.* Se entiende como una influencia directa sobre la otra parte para lograr el prevalecimiento de los propios intereses. En materia laboral se ejemplifica a través de las huelgas y los paros, de trabajadores y patrones respectivamente.

En común observamos que las partes resuelven el conflicto pendiente con el otro mediante su acción *directa* en lugar de servirse de la acción *dirigida* hacia el Estado a través del proceso, siendo el caso que usualmente esta clase de justicia privada se traduce en impunidad en la actualidad, al hacerse *justicia por propia mano* prohibida en nuestra Constitución Federal en su numeral 17 primer párrafo, pues es común que la gente confunda la idea de justicia, y no sin razón al perder la fe en la justicia estatal porque en la actualidad no le es posible adecuarse a las

necesidades de la población por lo que se corre el riesgo de que la autotutela crezca a expensas del proceso.

Concluyendo este apartado, afirma Calamandrei, citado por Alcalá Zamora, que la prohibición de la autodefensa, tal como existe en los ordenamientos jurídicos modernos, es el resultado de una larga y trabajosa evolución; en tanto Alcalá refiere que si bien sus desventajas son notorias, sus modalidades más genuinas como la legítima defensa, el estado de necesidad y todas aquellas que signifiquen hacer frente a situaciones imprevistas de emergencia, habrán de subsistir siempre, o bien, deben adecuarse a supuestos distintos de aquellos para los que se establecieron o incluso, desarrollar nuevas figuras relativas.

Pasando ahora a las formas de autocomposición, retomando la idea de exclusividad que tienen las partes para su resolución, bien vale recordar que en los siguientes métodos, autocomposición en sentido estricto, siempre la solución partirá de la renuncia a la propia pretensión o a la sumisión frente a la contraparte. Tales especies del género de Autocomposición son las siguientes.

Desistimiento

Es la renuncia a la pretensión litigiosa, es un acto unilateral del actor y no requiere de la aprobación del demandado, si bien éste tiene derecho a impugnar los vicios que afecten a su validez. Torres Estrada³⁵ explica las clases de desistimiento de la siguiente manera:

- a) Desistimiento de la demanda. Se formula *antes* de emplazar al demandado. Al no generar perjuicio a las partes, deja a salvo instancia y derechos, por lo que se podrá presentar una nueva demanda por los mismos hechos.
- b) Desistimiento de la instancia. Se renuncia al proceso o procedimiento iniciado. En caso de ser contencioso, se requiere del consentimiento del demandado y el actor debe pagar las costas generadas, aunque puede promover la misma pretensión con posterioridad.
- c) Desistimiento de la pretensión. Mal denominado desistimiento de la acción por nuestro código adjetivo, mediante éste se renuncia de plano al derecho que funda la pretensión. No requiere del consentimiento del demandado, pero no se podrá promover la misma pretensión con posterioridad y también genera pago de gastos y costas si no existe convenio con su contraparte.
- d) Desistimiento de actos procesales propios y provocados. Cualquier parte interesada puede formularlo, con la finalidad de evitar la práctica de alguna petición solicitada en el curso del proceso. Solo genera la pérdida del derecho en cuestión.

³⁵ Cfr. TORRES ESTRADA, Alejandro. *Op. cit.* p. 36

Perdón del ofendido

Característico del Derecho Penal, se produce únicamente en los delitos perseguibles de querrela, aquellos en los cuales los hechos son presentados ante el Ministerio Público por la persona afectada por el delito o su representante, siendo el caso que en tales tipos penales prevalece el interés del ofendido; a diferencia de aquellos perseguibles por denuncia donde la voluntad del denunciante resulta irrelevante para el perfeccionamiento de la averiguación previa y en su caso, el ejercicio de la acción penal.

En virtud del perdón se extingue la acción penal, teniendo los efectos de un desistimiento de la pretensión, pues en el Distrito Federal es irrevocable, de conformidad con el artículo 100 del Código Penal para el Distrito Federal; el mismo numeral prevé como excepción a esta característica los tipos penales relacionados con la violencia familiar, contenidos en el título octavo del mismo ordenamiento. Puede formularse en la averiguación previa o instaurado el proceso penal, hasta antes de que sea dictada sentencia definitiva.

Allanamiento

En este caso es la parte demandada la que cede su pretensión ante la de la actora, por lo que al respecto no llega a presentarse un litigio. El allanamiento puede ser parcial, solo referente a algunas cuestiones planteadas por el actor por lo que el proceso continúa por aquellas que forman la litis o bien, total respecto de las pretensiones del actor, por lo que en su caso no se realizarán las etapas probatorias y de alegatos, siendo el caso que el juzgador citará a las partes para oír sentencia; en sentir del doctor Ovalle en realidad no es una decisión sobre un litigio, pues nunca llegó a manifestarse, sino simplemente es una resolución que aprueba el allanamiento del demandado.³⁶

Asimismo, el referido autor distingue dos conceptos relacionados con el allanamiento:

- Confesión, si se admiten como ciertos los hechos expresados en la demanda, sin embargo puede discutir la aplicabilidad de los preceptos jurídicos por lo que si bien se exceptúa la etapa probatoria, si se abre el juicio a alegatos para que las partes discutan el alcance de los preceptos jurídicos que sean invocados. Así, la confesión no es en sí misma un modo de concluir el proceso, pero repercute en la sentencia que concluye y decide el proceso.
- Reconocimiento, si se aceptan los fundamentos de Derecho en que se basa el actor su pretensión, admisión que no conduce necesariamente a la aceptación de las pretensiones, las cuales aún pueden ser discutidas.

³⁶ Cfr. OVALLE FAVELA, José. *op. cit.* p. 20

Transacción

Más que un método autocompositivo, debemos entenderlo como una auténtica figura contractual; pues de todas las figuras autocompositivas, ha sido la mejor estudiada, ello se debe principalmente a su inclusión como contrato en los códigos civiles y por su característica de bilateralidad.

Señala el doctrinario Alcalá Zamora: “la transacción supone sacrificios o concesiones mutuos: si es uno solo de los litigantes quien cede o accede habrá desistimiento o allanamiento, parciales o totales, pero no transacción”³⁷.

Según el artículo 2944 del Código Civil para el Distrito Federal, la transacción es un contrato por el cual las partes, haciéndose recíprocas concesiones, terminan una controversia presente o previenen una futura; es común que las partes renuncien a una parte de sus pretensiones, a cambio de evitar un proceso, considerado en ocasiones una pérdida de tiempo.³⁸

Es importante señalar que dada la naturaleza del contrato, al disponerse de derechos o al menos de pretensiones, su objeto debe estar dentro del comercio o derechos renunciables. Así el código impide que sean materia:

- a) El estado civil de las personas
- b) La validez del matrimonio
- c) Delitos
- d) Derecho a recibir alimentos
- e) Derechos que deriven de una sucesión futura o testamento antes de ser visto.

Por cuestiones de seguridad jurídica, la forma mas apropiada de celebrar la transacción es ante la autoridad jurisdiccional, tomando el nombre de *convenio judicial* pues además contará con la aprobación del juez y más importante aún, le confiere al convenio judicial la autoridad y eficacia de cosa juzgada, equiparándolo a una sentencia que ha causado estado. Por esta razón en caso de incumplimiento de alguna parte, la otra puede promover la ejecución forzosa de tal convenio a través de vía de apremio sin necesidad de promover un nuevo juicio. Como tiene trae aparejada ejecución, puede promoverse también en la vía ejecutiva.

³⁷ ALCALÁ ZAMORA, Niceto. *Op. cit.* p. 34

³⁸ Recuérdese al respecto el adagio forense de: “*Mas vale un mal arreglo que un buen pleito*”

Aún con sus ventajas, los convenios judiciales practicados en exceso tienden a desvirtuar las nociones reales del proceso. Comentó en su oportunidad el Prof. Dr. Peter Schlosser³⁹ en conferencia magistral:

"El juez participa de manera activa, proponiendo arreglos sobre los cuales se negocia procurando que sean aceptados, amenazando en caso contrario con diferir la audiencia al menos dos meses argumentando carga de trabajo, en perjuicio de abogados y partes. Ante los tribunales regionales, casi un tercio de los juicios se concluye de esta forma. Lo que lo distingue de otros es que la negociación de un acuerdo es parte de la audiencia central oral, ahorrándole al juez la motivación y fundamento de la sentencia, para ello como mediador debe estudiar a fondo el asunto y según las reacciones de las partes debe cambiar su propuesta, o en su defecto, mantenerla. La audiencia oral se utiliza también para comunicar a las partes en los términos en que se dictará la sentencia, de forma que se conmina de nueva cuenta a las partes a llegar a un arreglo en el cual ambas puedan favorecerse."

Salta a la vista que en una cultura donde la transacción es el eje del proceso, puede usarse de manera positiva para acercar a las partes y abogados a aceptar tal convenio, ahorrando de manera significativa trabajo al juzgador siempre y cuando tal convenio resulte razonable; en nuestro país la mayor parte de los abogados esquivan el convenio judicial salvo raras excepciones por razones pecuniarias, pues muchos abogados carentes de ética olvidan que el abogado está en servicio del cliente y no lo contrario.

De cualquier forma esta práctica debe estar siempre en función de los intereses de las partes, y si éstas no quedan conformes con las cláusulas del convenio, se deberá entonces dar entrada al proceso o arbitraje, como lo proponemos, sin que exista presión alguna del juzgador o árbitro para aceptar tal convenio, ya que son diversos los asuntos en que conciliar a las partes no resulta sencillo, pues por la manera en que los hechos se plantean, es más probable que en el periodo probatorio alguna de las partes finque firme convicción en el juzgador y obtenga un fallo favorable, sin que tenga necesidad de ceder parte de su pretensión.

Por lo que hace a los medios heterocompositivos, todos tienen en común la intervención directa de un tercero en la controversia cuya participación es relevante en distinta medida según el método de que se trate para la resolución del litigio; esto es, la solución al conflicto será calificada de imparcial porque no va a ser dada por las partes, sino por un tercero ajeno al litigio, un tercero sin interés propio en la controversia. Dada su relevancia dentro de la investigación, los estudiaremos por separado en los siguientes temas.

³⁹ Congreso Internacional Juicios Orales y Debido Proceso Legal, conferencia magistral, *Oralidad e Inmediación en el Proceso Civil* Prof. Dr. Peter Schlosser, Universidad de München, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. 29 de Agosto del año 2007.

1.3 Mediación y Conciliación

La Mediación

Compartiendo el criterio del doctor Ovalle Favela, en primer término, conviene aclarar que la distinción propuesta a que hacemos referencia tiene como base principal el significado gramatical de estas dos palabras, ya que usualmente las encontramos como sinónimos, o incluso con sentido inverso al que se hace mención. Lo anterior en virtud que el mismo vocablo *mediación* sugiere únicamente la idea de mediar, de participar, de intervenir, y finalmente es en la *conciliación* cuando efectivamente el tercero procura ello, conciliar a las partes participando ya de manera activa.

Aportando un concepto breve de este concepto que sirva de base a la discusión de su utilidad real forense, podemos afirmar que la mediación es un acercamiento que realiza un tercero a las partes con el objeto de que éstas mismas lleguen a un acuerdo amistoso, o lo que es lo mismo, resuelvan la controversia.

La función de este tercero se limita pues, a propiciar la comunicación, la negociación entre las partes, para tratar de que ellas mismas lleguen a un acuerdo que resuelva el conflicto. Esta operación suele realizarse sin una verdadera reglamentación por los abogados a fin de encontrar una solución, situación que rara vez observamos en el medio forense, toda vez que los profesionales del Derecho suelen menospreciar esta práctica que como propondremos mas adelante, es de gran utilidad, pues no olvidemos que en primer instancia son las partes y solo ellas quienes conocen en su totalidad sus circunstancias respectivas, esto es a nuestro parecer, pueden ofrecer soluciones que el abogado o un tercero no podría debido a las limitantes que derivan del no conocimiento de las partes. Este conocimiento va mas allá de la litis, pues engloba desde el estilo de vida de las partes, hasta pretensiones futuras que expuestas oportunamente, mediando la razón y el interés supremo de las partes de no entrar a proceso, tienen completa oportunidad de solucionar la litis.

De aquí que puede observarse una notoria similitud con la transacción que hemos descrito, con la diferencia de que en la mediación el acercamiento es realizado por un tercero y la transacción surge de *motu proprio* de las partes. Sin embargo, cabe mencionar que la mediación, si se realiza con éxito, culminará en desistimiento, perdón del ofendido, allanamiento o transacción, siendo ésta tal vez la más común en los casos en que opera con éxito.

Cabe señalar que en materia internacional, la mediación a la cual se le suele identificar con los *buenos oficios*, ha sido un medio eficaz de solución pacífica. Max Sorensen señala que la función de éstos es producir la iniciación o la reanudación de las negociaciones entre las partes, y ayudar a su progreso.

Sin embargo, las razones por las cuales la mediación en la actualidad en el medio forense nacional ha perdido gran parte de su valor original son muchas y las

estudiaremos en su oportunidad, pues consideramos sin duda alguna que es un medio muy valioso que puede evitar al Estado los costos que conlleva un proceso, o muy por lo menos, una fase que debe agotarse de manera exhaustiva. El reflejo positivista de esta noción, reciente, se esboza a continuación.

*Ley de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal*⁴⁰

Se trata de una nueva ley, publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el día 8 de Enero del año 2008. Más que justicia alternativa, esta ley únicamente hace mención a la mediación en sentido estricto como la hemos venido describiendo, ya que se hace énfasis en que únicamente se busca un acercamiento de las partes, pero el mediador no participa de manera activa proponiendo soluciones. Un detalle importante es que el mediador entonces, limitándose a guiar a las partes en esta alternativa, debe vigilar que la solución que puedan formular las partes sea apegada a derecho y a la buena fe. (artículo 21 fracción VII); asimismo es llamativo que el acuerdo que las partes realicen tenga carácter de convenio judicial: posee certificación de documental pública por parte del director de Área de la materia de que se trate (la ley prevé que se practique en materia civil, familiar, mercantil, penal –en cuanto a reparación del daño– y menores infractores) dado que este funcionario posee fe pública; y por tanto el convenio trae aparejada ejecución en vía de apremio ante los juzgados.

A reserva de estudiar con mayor profundidad este apartado legal en su oportunidad, pues no se tenía previsto al momento de formular el presente proyecto de tesis, creemos que cubre parcialmente con nuestra propuesta, al menos en su fase inicial, pues agotada esta primer fase de mediación, bien sería recomendable escuchar propuestas de un conciliador para completar esta primera fase de nuestro esquema, antes de pasar al arbitraje judicial como lo hacemos notar.

La Conciliación

La conciliación, confundida a menudo con la mediación, (según nuestro criterio que quedó apuntado) difiere con ésta debido a que la solución es propuesta por el tercero, tras haber escuchado el intercambio de puntos de vista de las partes. Es a nuestro parecer, una segunda etapa de la mediación, aunque debemos hacer notar que son independientes por lo que puede existir una sin la otra y viceversa, sin embargo, imaginando la situación sobre la cual puede utilizarse, es válida la afirmación escrita.

Pero debe hacerse notar que el tercero, llamado conciliador, únicamente deberá limitarse a proponer posibles soluciones, cuya adopción queda sujeta a la voluntad de las partes. Éstas pueden aceptar o rechazar libremente las propuestas

⁴⁰ Puede consultarse el texto de la ley en la dirección:
<http://www.df.gob.mx/leyes/normatividad.html?materia=1&apartado=1&disp=1658>

del conciliador. Por ello en la conciliación, al igual que en la mediación, la solución del litigio depende, finalmente, de la voluntad de las partes. Esta es la razón por la que se considera que la mediación y la conciliación tienen, en realidad, una posición intermedia entre la autocomposición y la heterocomposición.

Cabe mencionar que la conciliación puede ser judicial o extrajudicial, de acuerdo a la naturaleza del órgano que la ejerce. Los casos extrajudiciales los resaltaremos en el capítulo 4, revisando su práctica. También es posible denominar a la conciliación de acuerdo al momento en que se produce: preprocesal e intraprocésal, respectivamente. Así, como en su momento estudiaremos, la conciliación podría ser una de las características esenciales del sistema de arbitraje materia de la presente investigación, toda vez que nos parece un medio idóneo y eficaz para dar fin a una disputa que por sus características así lo permitan.

Desde luego, al igual que en la mediación, una conciliación llevada a feliz término concluye con una figura autocompositiva, pero al caso puede tener mayor relieve que la producida en la mediación, pues la solución será ofrecida por un profesional del área, lo cual en su caso permite alcanzar soluciones que las partes, al no ser peritos en Derecho, no podrían alcanzar, por ello siempre será conveniente que el conciliador conozca la litis que se ha planteado para tener listas oportunamente soluciones reales que sean atractivas para las partes.

Finalmente, respecto a la naturaleza doctrinal de estas dos figuras, mediación y conciliación, en su carácter de autocompositivas o heterocompositivas, hacemos la siguiente reflexión: dado que en ambos casos la adopción de las posibles soluciones queda sujeta siempre a la voluntad de las partes, siendo que la solución del litigio depende de éstas, bien se puede considerar que se encuentran en una posición intermedia entre la autocomposición y la heterocomposición. Sin embargo, nosotros nos hemos inclinado a considerarlas heterocompositivas, pues si bien el tercero no tiene facultades para imponer su resolución, su participación aún desde la primigenia mediación ya resulta relevante al favorecer el acercamiento entre las partes. Esta participación, por leve que parezca, resulta trascendente ya que éstas por sí mismas difícilmente podrían llegar a esta aproximación pacífica. Luego entonces, la participación de ese tercero ya resulta relevante para la posible solución del litigio, siendo el mismo razonamiento aplicable respecto de la conciliación, mas favorablemente dado los alcances de ésta respecto de la sencilla mediación.

1.4 Proceso

Tal vez el medio heterocompositivo más adecuado que existe, para lograr “la justa composición del litigio” en Carnelutti, el proceso es el método heterocompositivo donde el tercero que resuelve la controversia se encuentra revestido de potestad estatal, es una autoridad jurisdiccional que está facultada, con motivo del proceso que conoce, a resolver mediante una sentencia con calidad de obligatoria y coactiva.

Dice Eduardo J. Couture que el proceso, desde el punto de vista de las soluciones al litigio, “es el medio idóneo para dirimir imparcialmente, por actos de juicio de la autoridad, un conflicto de intereses con relevancia jurídica”.⁴¹ El Maestro Eduardo Pallares al respecto refiere que es el conjunto de actos jurídicos realizados por el juez y las partes, que tiene como fin alcanzar una sentencia. El doctor Ovalle, por su parte apunta que “el proceso es el conjunto de actos mediante los cuales se constituye, desarrolla y termina la relación jurídica que se establece entre el juzgador, las partes y las demás personas que en ella intervienen; y que tiene como finalidad dar solución al litigio planteado por las partes, a través de una decisión del juzgador basada en los hechos afirmados y probados y en el derecho aplicable”.⁴² Sin duda alguna, consideramos que la fuerza del proceso, radica en la investidura del Estado que lo protege. En otras palabras, la coactividad y certeza jurídica que lo respalda.

Así tenemos que los sujetos del proceso son aquellas personas que, de modo directo o indirecto, y revestidas de un carácter que puede ser público o particular, intervienen en la relación jurídica procesal, jugando un papel determinado en el desarrollo de un proceso. Tanto la jurisprudencia como la doctrina de nuestro país han reconocido que pueden considerarse como sujetos del proceso, conjuntamente con el órgano impartidor de justicia, la persona que ejerce su acción y aquella frente a la cual se exige esa reclamación que, por lo general, tiene pretensiones opuestas o por lo menos divergentes del accionante, o actor.

El proceso en este sentido estricto no debe ser confundido con el procedimiento o el juicio; el procedimiento es en realidad parte del proceso, pues debe ser comprendido como un conjunto de pasos con teleología común, agregando además conforme a nuestra materia, que no tiene naturaleza contenciosa, siendo ésta esencial en el proceso.

Ejemplificando lo anterior, las fases de la etapa probatoria constituyen un *procedimiento*: las pruebas se ofrecen por las partes, éstas se admiten por el juzgador, se preparan por las partes, se desahogan ante el juzgador, y finalmente, éste las valora. Nótese como no existe litis en la fase probatoria; son medios de convicción que pueden ser impugnados u objetados, siendo ésta conducta una pretensión y no las pruebas por sí mismas lo que constituiría un proceso.

Otro ejemplo claro lo es el mal llamado proceso legislativo: se trata en realidad de un *procedimiento* al no existir litis entre los órganos legislativos que participan en él y porque sus acciones están encaminadas a un objeto común determinado: la creación de nuevas normas jurídicas o modificación de las existentes.

⁴¹ COUTURE, Eduardo J. *Op. Cit.* p. 239

⁴² OVALLE FAVELA, José. *Op. cit.* p. 194

En cuanto al término juicio, consideramos que es una operación mental en virtud de la cual el juzgador valorando la verdad jurídica que el proceso ha construido, emite su fallo de manera racional conforme a Derecho.

No obstante lo anterior, es común que doctrina, legislación y foro actual tenga en sinonimia *proceso y juicio*, existiendo países como España cuyos códigos son *de enjuiciamiento* y no de procedimientos, como el nuestro, el cual dicho sea de paso, conforme a lo anteriormente enunciado no nos parece del todo correcto.

Pero sea el nombre que se adopte, la importancia del proceso radica en ser actualmente el medio común del Estado por el cual ejerce la función de la jurisdicción en todos sus vertientes y materias jurídicas existen, así como ser, notablemente derivado de lo anterior, el método heterocompositivo más estudiado existiendo diversas nociones sobre su naturaleza jurídica y al cual se le atribuyen, con mayor importancia para esta investigación, los llamados principios procesales.

No haremos mención al debate respecto a la naturaleza jurídica del proceso, pues en todo caso sería mejor usar como referencia la obra del maestro Ovalle, sin embargo, si hacemos mención de los principios procesales pues son indispensables para comprender porque el proceso se haya en la actualidad en crisis, al no cumplir con varios de estos principios que deben ser observados.

Los principios procesales

Son las bases necesarias que deben fundamentar el desarrollo lógico y justo de un proceso; nociones rectoras que legitiman el proceso y dada su importancia, se encuentran contenidas aún de manera tácita en la legislación. Los principios procesales varían ligeramente de autor en autor, en cuanto a su número y sus denominaciones, por lo que nosotros proponemos los siguientes atendiendo a la sumisión que pueden tener algunos de menor relieve frente a los más trascendentes.

- a) *Principio de Contradicción.* El principio que rige al proceso y a todo método heterocompositivo de solución, consiste en permitir a la contraparte del actor exponer sus razones de hecho y derecho que justifiquen su actuar. En nuestra ley fundamental se consagra en el artículo 14 bajo la llamada garantía de audiencia. Por ello, dada su trascendencia, no recibe el tratamiento de mero principio, sino que se convierte en garantía del gobernado, para que éste persiga el ser oído y gozar oportunidades de defensa, para obtener la sentencia que resuelva lo que corresponda en el litigio planteado. Finalmente, Hernando Devís apunta: “no hay que confundir el derecho de contradicción (la causa) con la excepciones y defensas que se hagan valer. El derecho de contradicción existe siempre, aunque no se formulen éstas.”⁴³

⁴³ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría General del Proceso* 2ª edición Editorial Universidad, Buenos Aires 1997, p. 209

- b) *Principio de igualdad ante las partes.* Consiste en un trato igual por parte del juzgador a las partes para que posean las mismas oportunidades procesales de hacer valer sus derechos y ejercer las excepciones y defensas que tengan. Apunta el maestro Ovalle que esta igualdad es un mero formalismo, y que en la realidad constituye una ratificación jurídica de privilegios sociales⁴⁴ ya que los servicios de un abogado y los gastos que acarrea el proceso por lo general no son asequibles para la mayoría de la población. Mientras el citado autor propone establecimiento de sistemas eficientes de asistencia jurídica gratuita o de bajo costo para las personas de ingresos menores, nosotros al caso proponemos retomar el sentido de los métodos enunciados con anterioridad: mediación y conciliación los cuales evidentemente tendrían un costo mucho menor para el Estado y las partes.
- c) *Principio de Economía Procesal.* Prevé la eficiencia y efectividad de la actividad jurisdiccional: hacer mas con menos y hacerlo bien y más rápido; Chiovenda expresó que “conviene obtener el resultado máximo en la actuación de la ley con el menor empleo posible de actividad jurisdiccional”. De esta forma nosotros consideramos pertinente incluir en esta categoría el principio de preclusión siendo éste la pérdida de una facultad procesal por no ejercer alguna carga procesal en su debido término, pues su naturaleza es precisamente dar continuidad al proceso traducido en procurar su menor duración, haciéndolo mas efectivo; y el principio de concentración el cual implica que las cuestiones incidentales sean resueltas en el mismo proceso, ya sea en sentencia interlocutoria o en la definitiva, haciéndolo mas eficiente. Finalmente el maestro Ovalle hace referencia a un principio de eventualidad, el cual describe como aquel que impone a las partes el deber de presentar en forma simultánea y no sucesiva las acciones y pretensiones, las alegaciones y las pruebas.⁴⁵ De esta manera observamos que bien puede ser incluido en el principio de economía procesal, pues al ser simultánea la promoción de ambas partes, se disminuyen los términos judiciales, reduciendo la duración del proceso.
- d) *Principio de legalidad.* Conforme a la garantía de seguridad jurídica, que prevé que todo acto de autoridad que cause molestia al particular debe estar debidamente motivado y fundado, el proceso encuadra en esta hipótesis, pues el juzgador no puede actuar fuera de su competencia, fuera de sus facultades como autoridad. Dentro de esta categoría incluimos el principio de congruencia de las sentencias, pues como acto de autoridad que es, conforme a las leyes procesales, debe tomar en cuenta todas y cada una de las partes del expediente que haya sido conformado en la secuela procesal respectiva y resolver con exactitud la pretensión del actor, siempre conforme a Derecho resultando redundante en el principio de legalidad.

⁴⁴ Cfr. OVALLE FAVELA, José. *Op. Cit.* p. 202

⁴⁵ *Idem*,

e) *Principio dispositivo*. Prevé que el proceso sea impulsado por las mismas partes y solo mediante un actor que ejercite su acción ante un órgano jurisdiccional, puede dar comienzo a un proceso: éste no puede ser iniciado de oficio y el juzgador solo tiene actuar respecto a las pretensiones y defensas que las partes hagan valer. Una excepción de este principio son las diligencias para mejor proveer que decreta el juzgador de oficio siendo excepcionales en el foro. Y dado que son las partes quienes impulsan el proceso, es necesario que éstas al hacerlo se comporten haciendo honor a la verdad, esto es, observando el principio de lealtad y probidad que aquí incluimos, pues dado que el principio dispositivo hace referencia a la actividad de las partes, es complemento que esta actividad procesal sea de buena fe, pues en caso contrario el juzgador puede incurrir en responsabilidad.⁴⁶

No convenimos con la noción del doctor Ovalle en considerar a la oralidad y a la escritura como principios, pues estas características son en realidad la *forma* que se observa durante los actos procesales, los cuales conllevan por su naturaleza los principios ya señalados. A reserva de estudiar mejor estos conceptos, sobre todo el de oralidad en capítulos posteriores, podemos afirmar desde ahora que la oralidad debe presentarse como una solución integral y no como tristemente la historia de nuestro país lo comprueba, una copia de un modelo anglosajón.

Ahora bien vale detenerse de nueva cuenta a referir, aún de manera somera, las etapas procesales que son cada una de las subdivisiones que presentan los procesos, en cuyo transcurso tendrán lugar determinados actos materiales y jurídicos. Tales etapas son, dentro del procedimiento ordinario civil y mercantil:

1. Etapa postulatoria. En esta etapa se fija la litis; se determinarán los puntos controvertidos entre las partes ante el juzgador mediante la presentación de la demanda y su respectiva contestación además de la reconvención y su contestación si es el caso;
2. Etapa probatoria. A través del ofrecimiento, admisión, preparación y desahogo de pruebas, es que las partes hacen llegar al juzgador los medios de convicción que consideran idóneos con el objeto de acreditar sus respectivas pretensiones o excepciones, respectivamente.
3. Etapa preconclusiva. Hace referencia a los alegatos, que son las conclusiones a las que llegan las partes tras haber presentado sus pruebas; dicho sea de paso, esta etapa al igual que la conciliación, en la actualidad en el medio forense no se practica como es debido, siendo tal omisión una falta grave a la debida naturaleza del proceso.

⁴⁶ *Infra* p. 143 (una reflexión sobre las diligencias para mejor proveer)

4. Etapa de Resolución. A través de una sentencia, el juzgador pone fin al proceso, en el entendido de que su pronunciamiento podrá ser impugnado por las partes antes de que obtenga la calidad de cosa juzgada o cause estado.

Finalmente, es importante señalar que sin tener un momento único en el proceso, ni ser una etapa en específico, el justiciable tiene la facultad de promover medios de impugnación para efectos de que un tribunal de superior jerarquía, o el mismo *A quo*, que dictó una resolución, revise la legalidad de tal decisión, a fin de que revoque, modifique o confirme la resolución de que se trate.

Así, en opinión del doctor Ovalle, dada su estructura, las oportunidades y garantías que ofrece, aunque personalmente acotamos que sobre todo por el respaldo del *imperium* estatal que posee, el proceso, pese a los defectos que todavía padece, los cuales se aglomeran en la mente de cualquier postulante, y que deben ser subsanados, continúa siendo, hasta hoy, el medio mas seguro para obtener una solución justa y apegada a Derecho.⁴⁷

1.5 Arbitraje

El proceso jurisdiccional y el arbitraje tienen como característica común el ser soluciones heterocompositivas del litigio, son soluciones provenientes de un tercero ajeno a la relación sustancial. Al respecto el doctor Ovalle refiere: “Pero mientras que la obligatoriedad de la solución que implica el proceso jurisdiccional deriva de la ley y de la autoridad misma del Estado, la obligatoriedad del arbitraje solo puede tener como fundamento el acuerdo de las partes de someter determinado litigio a la solución arbitral.”⁴⁸ Es a nuestro parecer la característica primordial del arbitraje; la existencia de tal compromiso arbitral que puede establecerse libremente en un contrato o bien, convenirse ante una controversia. Por lo que el arbitraje queda constituido como una forma de justicia privada, donde el litigio es resuelto por un sujeto revestido con una facultad jurisdiccional, o bien, resuelva el litigio en amigable composición, conforme a su leal saber y entender sin fundamentar jurídicamente su fallo.

Asimismo, mientras la resolución final que se dicte con motivo del proceso, la sentencia, tiene naturaleza coercitiva inherente, la resolución emitida por el árbitro, el laudo, no posee fuerza ejecutiva por sí misma por lo que requiere un proceso de homologación, esto es, su ejecución solo podrá lograrse acudiendo con un juez que así lo ordene. Esta situación se deriva porque el árbitro es un particular, y no un órgano del Estado, por lo que carece de imperio para ejecutar coactivamente por sí mismo sus resoluciones a menos que se realice el procedimiento referido.

⁴⁷ Cfr. OVALLE FAVELA, José. *Op. Cit.* 32

⁴⁸ *Idem*,

De esta forma el fundamento de la obligatoriedad del laudo reside en el acuerdo previo de las partes y en la autorización que la ley da a éstas para que sometan su controversia al arbitraje. Ante esta autorización es conveniente señalar que el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal reconoce el Derecho de las partes para sujetar sus diferencias al arbitraje, pero excluye de éste, entre otras, las siguientes cuestiones: el derecho a recibir alimentos, los divorcios, excepto en cuanto concierne a la separación de bienes y las demás diferencias puramente pecuniarias, las acciones de nulidad de matrimonio, y las concernientes al estado civil de las personas. El código también prevé que las partes pueden autorizar al árbitro a fin de que resuelva el litigio sin ajustarse a las reglas de Derecho, sino con base a la equidad, de conformidad con el artículo 628 del citado ordenamiento. En esta hipótesis se tratará de un arbitraje de equidad o amigable composición, por oposición al arbitraje de estricto Derecho, que analizaremos detalladamente en su oportunidad. En el capítulo posterior es que hacemos el estudio detallado del arbitraje en materia civil y en el capítulo 3, lo propio en materia mercantil.

En cuanto a su naturaleza jurídica, comúnmente cuestionada, seguimos el criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de conformidad a las ideas de Chiovenda, la cual ha negado un carácter jurisdiccional al arbitraje, con buena razón a nuestro sentir, por el simple hecho que el tercero que resuelve la controversia lo hace por estar facultado por las partes para ello; no es un órgano del Estado ni posee su *imperium* estatal para hacer valer coercitivamente sus actos y decisiones (*coertio* y *executio* respectivamente para el maestro Ovalle). Aunque como seguiremos revisando en esta investigación, nuestra propuesta es incluir al arbitraje como una vía judicial para subsanar estas características que en realidad le restan eficiencia.

Por lo que las características de ambos métodos heterocompositivos bien se resumen en el siguiente cuadro:

Cuadro 1.3 Arbitraje y Proceso

| Arbitraje | Proceso |
|---|--|
| Requiere acuerdo de las partes para dar inicio a través de la cláusula arbitral o acuerdo arbitral. | No requiere ningún acuerdo propio. |
| El tercero (árbitro) que resuelve la controversia es un particular. | El tercero que resuelve la controversia es un órgano jurisdiccional del Estado; tiene <i>imperium</i> estatal. |
| El árbitro es elegido de conformidad por las partes. | El juez no es elegido por las partes, conoce de la controversia por sistema de turno. |
| El laudo no tiene fuerza ejecutiva por sí mismo, requiere homologación. | La sentencia es una resolución judicial y permite obtener su cumplimiento aún de manera coactiva. |

Visto de la manera anterior, pareciera que el arbitraje en realidad es un medio muy poco adecuado para resolver litigios, pues requiere de la voluntad de ambas partes para su tramitación, la cual es análoga a la de un proceso, pues es necesario que así sea, ya que en el proceso de homologación el juez que conoce solo ordena la ejecución si estima que en el arbitraje se cumplieron las formalidades esenciales del procedimiento las cuales por criterio jurisprudencial son:

Formalidades esenciales del procedimiento.

Son las que garantizan una adecuada y oportuna defensa previa al acto privativo.

La garantía de audiencia establecida por el artículo 14 constitucional consiste en otorgar al gobernado la oportunidad de defensa previamente al acto privativo de la vida, libertad, propiedad, posesiones o derechos, y su debido respeto impone a las autoridades, entre otras obligaciones, la de que en el juicio que se siga "se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento". Estas son las que resultan necesarias para garantizar la defensa adecuada antes del acto de privación y que, de manera genérica, se traducen en los siguientes requisitos: **1) La notificación del inicio del procedimiento y sus consecuencias; 2) La oportunidad de ofrecer y desahogar las pruebas en que se finque la defensa; 3) La oportunidad de alegar; y 4) El dictado de una resolución que dirima las cuestiones debatidas.** De no respetarse estos requisitos, se dejaría de cumplir con el fin de la garantía de audiencia, que es evitar la indefensión del afectado.⁴⁹

Por lo que además de cumplir con tales formalidades, el favorecido por el fallo del laudo tendrá que acudir ante un juez convencional para poder ejecutar tal resolución, lo que conlleva aún mas tiempo e incertidumbre, pues si a juicio del juez el laudo se encuentra viciado de tales formalidades no ordenará su ejecución y el desdichado que comprometió sus intereses en arbitraje tendrá que ejercitar la acción que le corresponda, esta vez, a través de un proceso.

Pese a lo anterior, que estas perspectivas doctrinales y pragmáticas sirvan de *antitesis* en este modelo de investigación, y tras estudiar detenidamente la *tesis* pueda discutirse abiertamente y con los mejores argumentos nuestra *síntesis*: un modelo arbitral en el cual se conjuguen oralidad, inmediatez y publicidad enmarcado con el *imperium* estatal y coronado con la voluntad de las partes de acudir ante éste.

⁴⁹ Semanario Judicial de la Federación. Novena Época. FORMALIDADES ESENCIALES DEL PROCEDIMIENTO. SON LAS QUE GARANTIZAN UNA ADECUADA Y OPORTUNA DEFENSA PREVIA AL ACTO PRIVATIVO. IUS: 200234

Capítulo 2. Marco Jurídico Constitucional y Común del Arbitraje

NON EXEMPLIS, SED LEGIBUS EST IUDICANDUM
No se ha de juzgar por ejemplos, sino según las leyes

Desde que nos encontrábamos en los primeros semestres de esta Facultad de Derecho, siempre se nos insistió en que la materia civil era estricta, rigorista y llena de formalismos, heredera pura de la tradición romanista. Y para demostrarlo solo basta comprender que se considera como la “madre” de todas las demás áreas jurídicas, pues aunque cada una haya evolucionado a su manera, especializándose para atender a sus propias necesidades, ninguna puede negar su origen civilista, aún el derecho penal, cuando los delitos en voz de los jurisconsultos romanos como Ulpiano, eran considerados *cuasicontratos*. Por ello, hemos considerado menester ubicar al arbitraje dentro del derecho civil, para conocer el tratamiento que se le da y contribuir de manera relevante a la propuesta que hacemos.

En el presente capítulo nos avocaremos a fijar los sustentos legales del arbitraje en nuestra Constitución como base de nuestro sistema judicial, y en el Derecho Civil, haciendo los comentarios que consideremos pertinentes, y con auxilio del capítulo posterior, realizaremos las comparaciones entre la materia civil y mercantil, así como sus similitudes siendo ambas un campo fértil para la propuesta, al ventilarse en ella únicamente cuestiones entre particulares, donde el interés social no resulta tan inmiscuido como lo es el caso de la materia penal.

2.1 Fundamento Constitucional

Nuestra ley fundamental no prevé ninguna norma relativa a soluciones alternas de controversias, ni hace referencia al arbitraje, aunque no las prohíbe.

Dice Uribarri Carpintero, “el hecho que la Constitución prohíba que los particulares se hagan justicia por sí mismos y que obligue a los tribunales para estar expeditos a administrar justicia no debe ni puede entenderse como el otorgamiento exclusivo a favor del Estado de la función de dirimir controversias”⁵⁰.

En este sentido, consideramos que si bien la Constitución *permite* aún de manera tácita la actividad arbitral como jurisdiccional a manos de particulares, insistimos en que el monopolio de la administración de justicia debe continuar en manos del Estado, pues de esta manera se evita, por un lado, el cobro de honorarios por parte de los árbitros de conformidad al artículo 17 constitucional y

⁵⁰ STORME, Marcel y GÓMEZ-LARA, Cipriano. *XII Congreso Mundial de Derecho Procesal. Volumen II El arbitraje*. 1ª edición, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005. p. 266

por otro el arbitraje quedaría investido del *imperium* estatal, conforme a nuestra propuesta.

Al respecto, el doctor Burgoa refiere que en vista de la declaración del numeral constitucional citado, “ninguna autoridad judicial puede cobrar a las partes remuneración alguna por el servicio que presta, lo que se traduce en la prohibición constitucional de las costas judiciales”.⁵¹

Asimismo, cabe destacar del artículo 17 constitucional la garantía de seguridad jurídica consistente en la prohibición de hacerse justicia por sí mismo o ejercer violencia para reclamar su derecho; por lo que ante esta situación el afectado debe recurrir ante el órgano jurisdiccional competente a ejercitar su acción, a perseguir ante un juez lo que le es debido, traduciéndolo en nuestro caso, facultándolo a acudir ante un árbitro a resolver la controversia que plantee.

De esta manera, bajo la interpretación del multicitado artículo 17, es que encontramos en un sentido lato un fundamento constitucional para nuestro proyecto de arbitraje judicial; el cual deseamos integrar a la esfera del poder judicial, por lo que en el sentir de la constitución se asemeja mas bien a un proceso jurisdiccional, el cual, siguiendo los lineamientos de los artículos 14 y 16 debe ceñirse estrechamente a tales, para asegurar su legalidad y con ello brindarle legitimidad ante la sociedad.

Lo anterior resulta bien aplicable en cuanto a nuestro proyecto, pero no queremos dejar de mencionar el caso del arbitraje actual, aquél que es practicado puramente entre particulares. En tal caso su constitucionalidad se desprende de los siguientes argumentos que hace notar el maestro Miguel Acosta Romero los cuales son los siguientes:⁵²

- El acuerdo por el cual las partes pactan someter determinado litigio a la solución arbitral debe ajustarse en todos los casos a lo determinado por la ley. Así, el arbitraje se dice que es legal, que está supeditado a la ley y en última instancia, a través de ésta, a la Constitución.
- Los árbitros al no ser autoridades estatales, no pueden ejecutar por sí mismos los laudos que dictan, por lo que deben recurrir al juez competente para que lo convalide y le dé carácter de acto equiparable a la sentencia jurisdiccional.
- El hecho de que la Constitución prohíba que los particulares se hagan justicia por sí mismos y que obligue a los tribunales para estar expeditos a administrar justicia no debe ni puede entenderse como el otorgamiento exclusivo a favor del Estado de la función de dirimir controversias.

⁵¹ BURGOA, Ignacio. *Las garantías individuales*. Porrúa, 37ª edición, 2004, p.638

⁵² Cfr. ACOSTA ROMERO, Miguel. *Nuevo derecho bancario, panorama del sistema financiero mexicano*. 8ª edición, Porrúa, 2000, p.660

Como ha quedado expuesto en líneas precedentes, solo disentimos con el último argumento esgrimido por el maestro Acosta, pues reiteramos que el ejercicio jurisdiccional debe quedar siempre en absoluta rectoría estatal, aún en esta época actual donde el liberalismo ha rebasado fronteras económicas, reflejado en el descontento general de la población, sobre todo en los sectores más vulnerables. No queremos abordar otros lindes temáticos al tratar estos temas que tan fácilmente resultan interdisciplinarios, pero es menester mencionar que si la justicia en manos del Estado está en crisis, es necesario buscar las alternativas que nos permitan sanear su situación. Por ello, buscamos proyectar las ventajas de un arbitraje judicial, que sirva como égida a una posible reforma judicial y con suerte, de nueva cuenta lleve a la legitimación de nuestro poder judicial, de lo contrario jamás será posible hablar de un auténtico Estado de Derecho, donde la justicia sea plenamente visible a los ojos de la población.

2.2 Legislación civil para el Distrito Federal

En materia civil, la figura del arbitraje se encuentra regulada en cada entidad federativa de conformidad a sus respectivas legislaciones, al tratarse de una materia local; por lo que en cada código podemos encontrar marcadas diferencias por lo que hace a la tramitación de los juicios arbitrales, pero siempre conservan los elementos esenciales del arbitraje a que hicimos mención en el capítulo anterior.

Por lo que respecta a nuestro Distrito Federal, la materia arbitral se encuentra contenida en el Título Octavo del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal (CPCDF en lo sucesivo). Cabe mencionar antes de entrar al fondo de este articulado, que el mismo CPCDF prevé en sus artículos 220, 221, 222 y 223 lo referente a la preparación del juicio arbitral con relación a la cláusula compromisoria que da inicio al arbitraje, con la debida intervención judicial, aunque también puede originarse, como señala Rafael de Pina Vara en virtud de un contrato civil, el cual también es conocido como contrato de compromiso, distinguiendo que el contrato puede celebrarse antes, durante y después del litigio, mientras que la cláusula arbitral queda inscrita en un acto jurídico previa a una futura controversia; así uno es un contrato y la otra solo una parte de éste, de su contenido obligacional. En ambos casos, es la voluntad de las partes de someterse a un arbitraje la cual autentifica la legalidad de éste.

El jurista Rafael de Pina Vara define al contrato de compromiso como: “aquel en virtud del cual las personas entre las que haya surgido una controversia, o aquellas que admiten la posibilidad de que exista en el futuro, convienen en someter la decisión de la misma al juicio arbitral”⁵³.

Valverde, citado por el doctrinario de Pina, lo define como “el contrato por el cual varias personas se obligan a estar o pasar la decisión que de sus contiendas

⁵³ DE PINA, Rafael. *Derecho Civil Mexicano*, 13ª edición Porrúa, tomo IV 2005, p. 316

dicte un tercero, ya con sujeción a las leyes (árbitros), ya con arreglo a su leal saber y entender (amigables compondores)”.⁵⁴

Hechas estas consideraciones preliminares, estudiamos la ley, con un enfoque dirigido hacia nuestro proyecto, anotando únicamente un epígrafe con cada artículo que sirva como referencia, para no dificultar la lectura de este estudio.

TITULO OCTAVO **Del Juicio Arbitral** *REGLAS GENERALES*

Artículo 609.- *Es potestativo de las partes someterse a arbitraje.*

Esta característica esencial del arbitraje, donde la voluntad es quien lo origina, como una prerrogativa de acudir a un árbitro en lugar de un órgano jurisdiccional del Estado, consideramos que debe permanecer ya que al tratarse de un método alternativo puede haber con justa razón desconfianza inicial hacia este, además de que, a reserva de ampliar este tenor en su oportunidad, para ser eficiente desde el principio, será provechoso que ambas partes concurren directamente ante un árbitro, como mencionamos, suprimiendo la fase del emplazamiento y favoreciendo a la vez, las fases de mediación y conciliación.

Cabe destacar que una vez pactado el arbitraje, por cláusula compromisoria o contractual como hemos visto, ninguna de las partes puede cuestionar que la controversia sea sometida a la decisión del árbitro: ya resulta obligatorio para las partes. Al respecto cabe mencionar desde ahora el artículo 620, el cual prevé que el compromiso arbitral produce las excepciones de incompetencia y litispendencia, si alguna parte rebelde promueve ante un tribunal estatal.

Artículo 610.- *Tiempos idóneos para celebrar cláusula arbitral o contrato de compromiso.*

Esta es una muestra de flexibilidad del proceso arbitral, el cual puede sobreponerse incluso a un proceso judicial en curso, nuevamente haciendo hincapié en que la voluntad de las partes es requisito sine qua non de este método; máxima expresión de la voluntad según la Suprema Corte de Justicia de la Nación.⁵⁵ Solo cabe acotar que la ley no distingue entre el contrato de compromiso y la cláusula arbitral, pues ésta solo tiene lugar antes del juicio.

En cuanto al compromiso posterior a la sentencia irrevocable, es en verdad dudoso que tal hipótesis pueda reflejarse en la realidad, pues la parte que ha

⁵⁴ *Ídem*

⁵⁵ Semanario Judicial de la Federación. Octava Época. JUICIO ARBITRAL. SE CONSIENTEN EXPRESAMENTE LOS PRECEPTOS DE LA LEY QUE CONSIGNAN EL JUICIO ARBITRAL, SI EN UN CONTRATO LAS PARTES ACUERDAN, PARA EL CASO DE CONFLICTO, SOMETERSE AL MISMO. IUS: 806812

resultado favorecida en el fallo judicial difícilmente pondría nuevamente en litis lo que ya ha ganado, además de que visiblemente a nuestro parecer tropezaría con la defensa de cosa juzgada.

Artículo 611.- *Formalidad del compromiso.*

Dado que no encontramos ninguna referencia en el código sustantivo de la materia, al respecto bien cabe afirmar que el contrato compromisorio no requiere formalidad alguna, sin embargo, consideramos que la presencia de un fedatario público (notario, corredor público, un funcionario judicial con tal calidad) da mayor certeza jurídica a este cimiento del proceso arbitral; o bien, como lo exponremos en su oportunidad, la presencia de las dos partes ante un tribunal arbitral haciendo constar su voluntad de someterse a un arbitraje será suficiente para acreditar esta situación de Derecho.⁵⁶

Afirmado lo anterior, disentimos de las nociones de Uribarri Carpintero quien al respecto refiere: “si no importa la cuantía, el hecho que se establezca la posibilidad de la intervención de fedatario público o autoridad judicial resulta ocioso, aduciendo que tales exigencias pueden hacer perder tiempo y que el objeto del arbitraje es apresurar la solución de los conflictos”⁵⁷. Al respecto queremos hacer hincapié que mas vale lograr justicia de calidad y que tenga un origen sólido a una exagerada celeridad, que desde luego, como todo exceso resulta gravoso en la práctica, ya que el mismo autor reconoce que la buena fe en el foro es una expresión rara de observar, y por ende, un contrato privado usado como bastión para un arbitraje podría resultar contraproducente.

Artículo 612.- *Capacidad para someterse a arbitraje.*

El primer párrafo es recurrente del artículo 609, obviando la capacidad jurídica de ejercicio necesaria para ello pues desde luego, como parte de la formalidad de todo acto jurídico es necesario observar ese atributo de la personalidad.

Ahora, el hecho que los tutores no puedan comprometer en árbitros el patrimonio de incapacitados se debe a una noción eminentemente proteccionista de la ley, pues es fácil imaginar los abusos que existían anteriormente, abusándose del derecho en menoscabo del titular incapacitado, siendo el mismo tratamiento que reciben los gravámenes o transmisión de la propiedad sobre bienes de menores de edad: se requiere obtener licencia judicial vía jurisdicción voluntaria para que puedan ser gravados por quienes ejerzan la patria potestad sobre éstos; a lo que el juzgador deberá observar siempre la utilidad y el bienestar superior de los menores respecto del acto jurídico que se pretenda realizar.

⁵⁶ Nosotros lo hemos denominado “compromiso judicial de arbitraje”, *Infra.* p. 131

⁵⁷ URIBARRI CARPINTERO, Gonzalo. *El Arbitraje en México.* Oxford, 1ª edición, 2000, p. 66

Artículo 613.- *Capacidad en materia de sucesiones hereditarias.*

Tal importancia se confiere a la voluntad en materia del arbitraje, que en materia de sucesiones hereditarias se requerirá de la totalidad de votos favorables para que éste tenga efectos, cuando la mayoría de sus negocios suelen resolverse por simple mayoría. Nótese también que la voluntad del *de cuius* se respeta cabalmente, aún cuando no se ha nombrado árbitro, el arbitraje se realizará a través de la gestión del albacea, quien al caso, fungirá como representante legal del acervo hereditario. “Es pues, bien claro, que la defensa de la herencia en juicio y fuera de él corresponde al albacea, por lo cual es evidente que el ejercicio de los recursos y derechos correspondientes, inclusive el de garantías, es atribución propia del albacea”, según criterio jurisprudencial de nuestro máximo tribunal.⁵⁸ Nuevamente en caso de existir deficiencias en el acto jurídico que origine el arbitraje, sea cláusula o contractual, se observa la sumisión ante el juzgador requiriéndose de su intervención, con el objeto de nombrar árbitro, nuevamente en sentido proteccionista para el acervo hereditario respecto de herederos, legatarios o acreedores de la sucesión.

Artículo 614.- *Capacidad en concurso mercantil.*

Mutatis mutandi, podemos hacer la misma observación realizada con anterioridad, ahora en caso del juicio universal mercantil bajo el procedimiento concursal, pues para ocupar tal cargo, al igual que el albacea, el síndico deberá exhibir caución para garantizar el correcto desempeño de las funciones que le asisten, con relación a la administración del patrimonio del comerciante declarado en quiebra y ante los acreedores reconocidos de éste ya que incide en grado predominante o superior en los derechos de estos últimos, en la medida en que el monto de la correspondiente garantía respaldará la conservación su adecuado manejo en la liquidación, y los indicados acreedores están interesados en que su monto corresponda a los intereses puestos en juego y que, por lo tanto, se ajuste a las disposiciones legales que en el caso rigen la institución de la sindicatura; siendo el mismo efecto en cuanto al compromiso arbitral pues se entiende que por éste se arriesgan los derechos e intereses de los acreedores. Nuevamente observamos la figura de la unanimidad, dada la trascendencia que el compromiso encierra.

Artículo 615.- *Controversias no arbitrables.*

Lo anterior se debe a la naturaleza de los asuntos, donde prevalece el interés general o los intereses de los menores involucrados, por lo que recordando lo expuesto de manera introductoria, mientras el arbitraje no alcance el desarrollo y el refinamiento deseados, los asuntos donde solo se ventilen cuestiones entre particulares sin que sean sensibles al bienestar social, son idóneos para su practicar su perfeccionamiento legal sin que el interés común se inmiscuya de

⁵⁸ Semanario Judicial de la Federación. Octava Época. ALBACEAS, FACULTADES DE LOS. IUS: 227955

manera relevante; pero hecha esta aclaración no descartamos la posibilidad de que los alcances del arbitraje a mediano plazo le permitan tomar conocimiento sobre estas clases de pretensiones.

Artículo 616.- *Objeto del contrato de compromiso.*

Otro numeral de naturaleza sustantiva, señalando que debe contener el contrato de compromiso o la cláusula respectiva para su plena validez, señalando como elemento esencial el negocio que se someterá a arbitraje; esto es justo pues nuevamente haciendo alusión a la voluntad de las partes como primordial para este método, es menester hacerles saber los límites que tendrá el arbitraje, su objeto.

Consideramos que la designación de árbitro deba ser también un elemento esencial de validez del contrato o cláusula a saber: que de esta forma la figura puede conseguir mayor autonomía frente al juzgador convencional y por otra parte crea desde el momento de formalización un vínculo más estrecho entre ambas partes, quienes quedan conformes desde ese momento con el árbitro, pues en muchas ocasiones el árbitro designado judicialmente no cumple con las expectativas de las partes en perjuicio de la naturaleza del arbitraje.

Artículo 617.- *Ámbito temporal del arbitraje.*

Este numeral refleja un reconocimiento legal de la celeridad del proceso arbitral: limita a 60 días la actuación del árbitro para resolver la controversia, siendo también visible la causa de tal celeridad, en perspectiva del juzgador tradicional: que el árbitro conoce de un solo asunto a la vez, por lo que sería ilógico y por demás irracional que su proceso se dilatara más allá de 60 días. Y es aquí donde también venimos moldeando otra característica de nuestra propuesta: una disposición por razón de competencia, por razón de cuantía preferentemente, para limitar las cargas de trabajo del árbitro judicial, el cual deberá perseguir y descubrir ante todo la verdad histórica de los hechos y no limitarse a construir una verdad jurídica irreal; su verdad.

El maestro Torres Estrada comenta respecto de los tribunales tradicionales, “que si bien existen un sinnúmero de posibilidades y facultades que la ley adjetiva les permite para cumplir con su objetivo, lo cierto es que lo que menos les interesa es conocer la verdad; el interés del tribunal es resolver lo más pronto posible los asuntos, en detrimento de la justicia, de manera que con el afán simplista que les caracteriza hacen uso de cualquier tecnicismo legal a fin de evitar el desahogo de pruebas o su debida ampliación”⁵⁹ o cualquier otra fase procesal, agregamos, en perjuicio de las partes, o peor aún, de la justicia; pero claro, no perdamos el otro anverso de la moneda, pues sabemos que los juzgados adolecen de una saturación impresionante, por lo que tales ánimos de simplificar el proceso no siempre se debe

⁵⁹ TORRES ESTRADA, Alejandro. Op. Cit. p. 137

a un conformismo judicial, sino por la necesidad que tienen de rendir cuentas satisfactorias respecto del número de asuntos resueltos a sus superiores administrativos, lo anterior sin tomar en consideración las innumerables demandas que se promueven de mala fe, con pretensiones notoriamente infundadas y la actitud sin ética de muchos postulantes que utilizan sus habilidades para dilatar el proceso. Para concluir y no extendernos mas en este apartado, el doctor Fix-Zamudio señala: “la principal causa de que el proceso sea lento, son el número de impugnaciones que se tramitan”.⁶⁰

Artículo 618.- *Revocación del compromiso por consentimiento unánime de las partes.*

Como toda relación jurídica bilateral, el arbitraje no puede ser rescindido de manera unilateral, mucho menos cuando éste ha comenzado en forma de proceso por la incertidumbre jurídica que representaría, además de que resultaría completamente inútil sujetarse a un árbitro cuando la parte que vea sus intereses en grave riesgo pueda rescindirlo libremente en perjuicio de la otra.

Artículo 619.- *Substanciación del arbitraje y apelación del arbitraje.*

Este artículo resulta muy interesante: permite que la tramitación sea idéntica a la de un proceso común, o bien, faculta a las partes a someterse bajo sus propias reglas, ya que asesoradas por auténticos juristas, pueden crear términos y procedimientos mas adecuados que los tradicionales. Desde luego, como observamos en el primer capítulo, el legislador también quiso recordar a las partes que cualquiera que sea la forma que adopte su arbitraje, deben cumplirse las formalidades esenciales del procedimiento, por ello se obliga al árbitro a recibir pruebas observando el principio de contradicción, vital para la justa composición del litigio y permita la homologación del laudo arbitral.

Relacionado con lo expuesto en el artículo anterior, la apelación, como medio de impugnación que es, su agotamiento requeriría un tiempo extra para ambas partes para resolver su litigio. Así, al renunciar a ésta, las partes conforman al proceso arbitral como uninstancial, lo cual a nuestro parecer resulta no solo cómodo a las partes, sino al mismo árbitro. A reserva de estudiar con mayor profundidad este apartado en los capítulos posteriores, nos inclinamos desde ahora un proceso arbitral cuyo único medio de impugnación sea el Amparo Directo dado que el árbitro sería parte del poder judicial y por ello, una autoridad.

Finalmente, si el objeto del arbitraje es un negocio en segunda instancia, da fuerza de cosa juzgada al laudo, siendo el caso que resulta idéntico a una sentencia de apelación: únicamente resultaría atacable en juicio de garantías vía directa conforme a lo expuesto; pero en caso de arbitraje actual, efectivamente no existe ulterior recurso, pues el árbitro es, recordemos, un particular y sus actos no son materia de juicio de Amparo.

⁶⁰ FIX-ZAMUDIO, Héctor. Conferencia Magistral *Los juicios orales en México*. Aula Magna Jacinto Pallares, Facultad de Derecho, UNAM. 22 de Mayo del año 2007.

Artículo 620.- *Excepciones y Defensas que el compromiso produce.*

Lo anterior, de conformidad a lo enunciado en el artículo 609 evita que se tramiten dos procesos (judicial y arbitral) simultáneamente, pudiendo dar lugar a resoluciones contradictorias y la consiguiente incertidumbre jurídica para las partes, aunque quisiéramos agregar que el proceso arbitral bien debería admitir cualquier excepción de las contenidas en el artículo 35 del CPCDF estudiadas anteriormente, pues la ley en ello le reconoce un carácter procesal, si bien no pleno o con cierto recelo.

Artículo 621.- *Nombramiento de secretario.*

Nuevamente de manera análoga con el proceso judicial, se prevé la existencia de un secretario que auxilie al árbitro para la tramitación del proceso arbitral. Desde luego, este secretario arbitral no tiene la fe pública del secretario de acuerdos común. De acuerdo a nuestro proyecto, creemos que sea un funcionario análogo al secretario de Acuerdos actual quien deberá quedar investido de fe pública en la tramitación del proceso arbitral.

Dice Uribarri Carpintero que “el nombramiento del secretario también debe ser materia del convenio entre las partes”⁶¹. Por nuestra parte apuntamos que el secretario debe ser elegido por el árbitro, no por las partes ya que el árbitro puede determinar dentro de su pericia que persona puede auxiliarle con mayor presteza durante el desarrollo del proceso y además finalmente es el árbitro quien resolverá la controversia, no el secretario, por lo que éste tiene menor injerencia respecto a las partes. Sin embargo coincidimos en que la existencia de secretario puede suprimirse dependiendo de la complejidad del negocio, esto visto desde la perspectiva del arbitraje netamente privado. Conforme a nuestro proyecto, la existencia del secretario es indispensable pues a grandes rasgos, será el encargado de elaborar las constancias durante el proceso arbitral, a manera de autos, y será el servidor investido con fe pública.

Artículo 622.- *Causas de extinción del compromiso.*

- I. De nueva cuenta tenemos la sumisión arbitral ante el juzgador convencional, pues si el árbitro fue designado por éste, el compromiso no se extingue, cuando consideramos que debiera tener el mismo tratamiento en caso de la no intervención judicial. En todo caso, ante la muerte del árbitro, las partes si desean de cualquier manera someterse a un arbitraje, pueden formular nuevamente su contrato de compromiso.
- II. Una razón muy justa para el árbitro quien por motivos de salud estima que no tendrá las facultades necesarias para dirimir la controversia adecuadamente.
- III. Nos reservamos el estudio conforme al siguiente artículo.

⁶¹ URIBARRI CARPINTERO, Gonzalo. *Op. Cit.* p. 70

- IV. En esta fracción notamos el inminente choque de la figura del arbitraje con el juzgador convencional: en primer término parece correcto, pues obviamente un funcionario judicial descuidaría sus actividades cotidianas al atender un arbitraje, las otras razones que la ley aduce se refieren a que dada la naturaleza de la actividad que se pretende realizar y el contexto en que ha estado inmerso el posible árbitro, se afecta de manera relevante su imparcialidad. Lo anterior no nos parece del todo atinado, pues esas vivencias le otorgan mayor experiencia que se refleja en un fallo con mayor calidad jurídica.
- V. Conclusión del término para dictar laudo, ya que a diferencia del proceso judicial, el arbitraje no tiene una duración indefinida, a no ser que las partes pacten lo contrario.

Artículo 623.- *Recusación del árbitro.*

Como un juzgador convencional, el árbitro debe observar siempre completa imparcialidad hacia a las partes en atención al principio de igualdad procesal. Tales causas de recusación se encuentran contenidas en el artículo 170 del CPCDF y nos parece ocioso transcribirlas, consideramos mejor dejar en claro que son causas que por cuestiones emocionales, sentimentales y de facto afectan la imparcialidad del juzgador.

Antes de abandonar este apartado, queremos hacer mención que si el árbitro fue elegido por ambas partes, no podrá ser recusable, lo cual nos parece lógico pues no es adecuado, como lo vimos en el artículo 618, que unilateralmente, sin esbozar un razonamiento jurídico justo se controvierta el sometimiento al arbitraje, y máxime si ambas partes estuvieron de acuerdo con la persona que desempeñaría el papel de árbitro.

Artículo 624.- *Suspensión de término en caso de reemplazo de árbitro.*

Convenimos con el doctor Uribarri, quien sostiene que “para evitar la suspensión de los términos, o por lo menos ésta sea mínima, deben preverse sustitutos de los árbitros para ahorrar el mayor tiempo posible”⁶², e igualmente nos parece idóneo la suspensión de los términos en beneficio del suplente que ha de conocer el estado que guarda el proceso arbitral.

Artículo 625.- *Formalidad del laudo*

Los árbitros que hayan intervenido deberán firmar su laudo; si existe pluralidad bastará con que firme la mayoría, haciendo constar quienes se rehusaron a firmar.

De esta forma el árbitro disidente no puede impedir la eficacia del laudo, pues en caso contrario la resolución podría enfrascarse en la necesidad de llamar a un

⁶² *Ibidem*, p. 71

árbitro tercero en discordia como lo veremos, lo cual conlleva mayores gastos y tiempo.

Artículo 626 y 627.- *Características del árbitro tercero en discordia.*

Otro articulado con notoria sumisión al juzgador convencional, pues los árbitros en su pericia pueden sencillamente proponer a las partes al tercero en discordia, aunque al hacerlo nos encontramos ante una grave deficiencia en comparación al proceso judicial: un juez si encuentra dificultades para resolver una controversia jamás nombra un homólogo para auxiliarle; tiene diligencias para mejor proveer que le permiten dilucidar alguna cuestión que en su sentir las partes no hayan demostrado fehacientemente en el proceso y que estime conveniente desahogar para perfeccionar su fallo, pero no llama en auxilio a otro juzgador.

Es obvio, relacionado con la interrupción del término previsto en el artículo 624 que se otorgue un tiempo extra al sustituto para que pueda imponerse del estado que guarda el arbitraje y emitir su laudo con apego a las diligencias realizadas.

Artículo 628.- *Reglas del fallo arbitral.*

Otro artículo que otorga flexibilidad a la figura del arbitraje: el proceso jurisdiccional debe tener siempre indiscutiblemente derecho como fundamento de sus resoluciones. El arbitraje en cambio, permite la resolución de la controversia conforme a las máximas de la equidad; esto es, el fundamento del laudo no es el derecho propiamente, sino una interpretación muy amplia de éste, en el cual se pondera la voluntad del árbitro en arribar a una solución que sin estar prevista en ley, satisface a los intereses de ambas partes; pero sin ir en contra de ordenamientos de interés público o el bien común.

Este artículo a través de la disyuntiva o diferencia la amigable composición del fallo en conciencia, pero en realidad, se trata de la misma figura: el arbitraje de equidad frente al de estricto derecho, sea cual sea el nombre que adopte el primero, se contrapone al laudo fundamentado a manera de sentencia judicial. Esto, recordando a la mediación anteriormente estudiada, nos permite considerar un nuevo abanico de soluciones a las controversias planteadas, pues a pesar de que *dura lex, sed lex*⁶³ las partes pueden conseguir arreglos mas adecuados a sus intereses a través de la amigable composición que desemboque en un arbitraje de equidad. Desde luego, esta opción debe ser instaurada de mutuo acuerdo por las partes al someterse al arbitraje.

Artículo 629.- *Cosa juzgada respecto de las resoluciones de excusa y recusación.*

Con relación al artículo 623 ya estudiado, volvemos a notar sumisión arbitral frente al juzgador convencional, aunque al respecto bien puede argumentarse que

⁶³ La ley es dura, pero es la ley; haciendo referencia a su obligado cumplimiento.

no hay otro órgano idóneo para conocer de tales impedimentos procesales de los árbitros, y que ante tales resoluciones no es factible oponer medio de impugnación alguno.

Artículo 630.- *El tratamiento de los incidentes, excepciones, defensas y reconvencción en el proceso arbitral.*

Uribarri Carpintero⁶⁴ en cuanto a este numeral refiere que, dado que en su sentir el objetivo principal del arbitraje es optimizar el tiempo, no deberían existir incidentes dentro del proceso arbitral, dando el mismo tratamiento respecto a las excepciones y la reconvencción. No convenimos con esta idea.

Pero aún menos con la ley que permite sea opcional a las partes pactar el tratamiento que recibirán tales acontecimientos procesales. Nuestro sentir es que el campo de los incidentes, de las excepciones perentorias (defensas en nuestro criterio) y la reconvencción no puede su estudio quedar al arbitrio de las partes, con relación a la naturaleza misma del arbitraje, el cual debe observar las formalidades esenciales del procedimiento, y al negarse a una de las partes el derecho de hacer notar un posible vicio procesal que puede repercutir gravemente posteriormente, una defensa que puede dar por concluido el proceso arbitral, o una justa reconvencción ante la pretensión del actor, se está lesionando en todo caso el principio de contradicción, esencial de todo proceso. Y no solo ello, pues recordemos, se lesionará también la garantía constitucional consagrada en el artículo 14, de seguridad jurídica, pues se afectaría la esfera patrimonial de un gobernado mediante un proceso que no observó las formalidades esenciales del procedimiento.

Entonces, ¿que objeto tiene una celeridad exagerada, si el resultado en realidad será mas gravoso para ambas partes quienes deberán acudir ante instancias estatales para subsanar todos los vicios de su proceso arbitral? Bien es cierto que la voluntad de las partes es égida del arbitraje y éstas pueden pactar sus propias reglas. Pero también es cierto que la violación constitucional que se aduce ante tales omisiones resulta trascendente para la debida homologación del laudo, con relación a las nociones expuestas en el comentario del artículo 619 y en el capítulo anterior.⁶⁵

Artículo 631.- *Facultad de los árbitros de condenar en costas, daños, perjuicios e imponer multas.*

Si el árbitro quedara investido del *imperium* estatal, no sería necesario recurrir ante el juzgador convencional para hacer valer sus medidas de apremio, lo cual daría evidentemente mayor eficiencia y eficacia al arbitraje. La condena en

⁶⁴Cfr. URIBARRI CARPINTERO, Gonzalo. *Op Cit.* p. 72. El autor señalado estima que al igual que el artículo 628, es una norma que deben tener en cuenta las partes y que lo dicho por el legislador es reiterativo.

⁶⁵ *Supra*, p. 36

costas puede resultar útil para desanimar a los litigantes de mala fe que solo hacen valer su acción por motivos de estrategia que por perseguir auténtica justicia.

Artículo 632⁶⁶.- *Ejecución del laudo y resoluciones arbitrales. Apelación.*

Este artículo destaca los lineamientos de la homologación del laudo arbitral: tras ser notificado el laudo a las partes, el juzgador convencional procede a su estudio para poder ejecutar la resolución de manera coactiva; y reiterando que el árbitro carece de *imperium* para hacer valer sus determinaciones, le da el mismo tratamiento a los acuerdos y decretos.

En caso de existir apelación, la autoridad que conoce del recurso, el *Ad Quem* es el superior jerárquico, cuya tramitación se realizará como si se hubiere partido de un proceso judicial ordinario: bajo las reglas procesales comunes. Esto si constituye una dilatación al proceso arbitral, pues en lugar de optimizar el tiempo, lo alarga mas, pues es común que tras dictarse sentencia en segunda instancia, el vencido haga valer acción de garantías, alargando la resolución de la controversia.

Artículo 633 y 634.- *Auxilio judicial hacia el árbitro.*

Lo anterior resulta muy adecuado para la debida tramitación de las diversas vías de apremio o *coertio* que el árbitro pueda necesitar en el ejercicio de sus funciones; sin embargo nos parece errónea la frase “*el juez designado en el compromiso*” pues los jueces, dada su naturaleza jurisdiccional no son elegidos por las partes, sino que efectivamente como parece corregir enseguida la ley, conocen de la controversia o diligencia procesal solicitada por riguroso turno. Además, la persona que se elige en el compromiso es el árbitro, no un juez.⁶⁷ Éste sin embargo, tiene la obligación de despachar las solicitudes de un árbitro.

Artículo 635.- *Tramitación de la Apelación y Juicio de Garantías.*

Parece que el legislador revierte su error al menos en parte, al determinar que la segunda instancia deba tramitarse con todas las seguridades del proceso judicial convencional, para asegurar que se cumplan con todas las formalidades esenciales del procedimiento.

Sin embargo, parece existir una confusión en la segunda oración del numeral en cuestión, respecto a la definición de autoridad responsable. El árbitro actualmente no es una autoridad estatal, ni es funcionario público: no pertenece al Estado y por ende, sus actos no pueden ser atacados por el juicio de garantías, a pesar de que haya sido designado por un juez. En este caso consideramos que la autoridad responsable es en realidad el juzgador que haya designado al árbitro cuyos actos consideremos sean violatorios de garantías. Lo anterior debido a que la

⁶⁶ En los artículos 632 y 633 el legislador erró al denominar sentencia a la resolución definitiva del árbitro.

⁶⁷ *Supra*, p. 35 (cuadro 1.3)

autoridad responsable es el órgano de gobierno al que se le imputa la emisión o ejecución del acto reclamado.⁶⁸

Artículo 636.- *Vigilancia judicial sobre las actuaciones arbitrales.*

El último artículo de este título octavo refrenda la mayor jerarquía de los jueces respecto de los árbitros, pues aquellos pueden exigir a éstos de manera coactiva el cumplimiento de sus funciones frente a las partes que los nombraron, fincando una sutil imagen de responsabilidad sobre los árbitros, que en otras naciones se encuentra regulada de forma concisa, fomentando su eficiencia.⁶⁹

2.3 Legislación Civil Federal

En cuanto a materia federal, los códigos sustantivo y adjetivo civiles no contienen ninguna regulación en específico respecto al arbitraje, esto se debe a la multiplicidad de tratados internacionales que rigen la materia en la actualidad, los cuales al tener mayor jerarquía en el rango de su aplicación que la ley federal, ésta pierde sentido que regule esta figura; por ejemplo, el caso de las CIDIPS relacionadas con la materia, que por cuestiones temáticas no reproduciremos en esta investigación, relacionadas con la figura del arbitraje son:⁷⁰

- a) Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional
- b) Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros

A mayor abundamiento, como se señaló en su oportunidad, su uso es más usual en la materia mercantil, la cual es federal, por lo que procedemos a entrar al capítulo 3 de esta investigación para analizar al arbitraje en tal área jurídica, dejando a un lado las figuras existentes en materia internacional para no perder de vista la naturaleza del presente proyecto, además de no considerarlo pertinente en mérito de los lindes temáticos de éste.

⁶⁸ Puede consultarse al respecto DEL CASTILLO DEL VALLE, Alberto. *Guía para un examen de práctica forense de Amparo*. 1ª edición, Ediciones Jurídicas Alma, 2007. p. 11

⁶⁹ *Supra* p. 107. Es el caso del arbitraje en Italia.

⁷⁰ Pueden consultarse todas las CIDIPS en la dirección: http://www.oas.org/dil/esp/CIDIPI_home.htm

Capítulo 3. Marco jurídico del arbitraje en materia mercantil⁷¹

CUATRO CARACTERÍSTICAS CORRESPONDEN AL JUZGADOR: ESCUCHAR CORTÉSMENTE,
RESPONDER SABIAMENTE, PONDERAR PRUDENTEMENTE Y DECIDIR IMPARCIALMENTE.
-Sócrates

El arbitraje en materia mercantil ha tenido evidentemente un desarrollo superior frente al civilista, debido a que la materia internacional ha tenido una ingerencia muy importante, específicamente en la *Ley Modelo* sobre arbitraje comercial internacional de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Internacional, o UNCITRAL (*United Nations Commission on International Trade Law*) por sus siglas en inglés. Esta intromisión ha permitido establecer reglas uniformes y modernas en los arbitrajes entre personas de diferentes Estados o bien, entre comerciantes nacionales que deseen sujetarse a tal ordenamiento.

En el presente capítulo procedemos a estudiar las disposiciones sobre Arbitraje en el Código de Comercio, pues debido a la influencia internacional, se trata de un reflejo casi exacto de la legislación internacional señalada, y permite entonces dilucidar, aún bajo este nivel de perfeccionamiento frente a la legislación civil, sus eventuales desventajas. Desde luego, no olvidaremos como en el capítulo anterior darle un enfoque dirigido hacia nuestra investigación, pues si bien nosotros nos hemos de concentrar al ámbito interno, bien vale considerar los logros de la legislación internacional; asimismo, retomamos la metodología de usar epígrafes propios con el objeto de no transcribir los artículos del texto legal que podrían dificultar la lectura.

3.1 Regulación mercantil: El Código de Comercio

Como ha quedado apuntado, en la actualidad el Código de Comercio recoge casi en su totalidad el contenido de la referida Ley Modelo, siendo prácticamente copia fiel de ésta, salvo algunas sutiles diferencias, las cuales son:

- a) A falta de acuerdo entre las partes, el tribunal arbitral estará integrado por un solo miembro, en tanto que la Ley Modelo prevé que serán tres.

⁷¹ La doctrina en la actualidad denomina “procedimiento arbitral” a la práctica del arbitraje para la solución de controversias; nosotros independientemente del proyecto que proponemos de acuerdo a los argumentos enunciados anteriormente consideramos que tal acepción es errónea por el carácter contencioso inherente al arbitraje, proponiendo el término de “proceso arbitral”.

- b) A falta de acuerdo entre las partes, el tribunal arbitral determinará el derecho sustantivo a aplicar atendiendo la naturaleza de la controversia, y la Ley Modelo prevé que se sujetarán a las normas conflictuales.
- c) El Código de Comercio desarrolla el tema de costas y cómputo de plazos, efectos que no se observan en la Ley Modelo.
- d) El Código de Comercio en los incidentes de nulidad, reconocimiento y ejecución de sentencias establece como ordenamiento supletorio al código federal adjetivo civil y la Ley Modelo no tiene tal previsión de supletoriedad.

Como se observa, son diferencias de poco relieve que no trascienden al fondo de la figura heterocompositiva. Debido a lo anterior, a diferencia del código procesal civil, el Código de Comercio cuenta con varios capítulos en el título cuarto, regulando de manera sistematizada todos los aspectos concernientes a la figura.

TITULO CUARTO
Del Arbitraje Comercial
CAPITULO I
Disposiciones Generales

Artículo 1415.- *Ámbito de aplicación de estas disposiciones.*

Dispone los casos en que serán aplicables las presentes reglas de arbitraje, atendiendo al principio de jerarquía de leyes, éstas quedan supeditadas a tratados internacionales. Respecto de las excepciones de ámbito espacial de aplicación las trataremos en cada artículo respectivo (1424, 1425, 1461, 1462 y 1463)

Artículo 1416.- *Definiciones legales.*

Por técnica legislativa, se prevén los conceptos más usuales de la ley y que podrían generar alguna confusión; nosotros los omitimos ya que han sido constantemente señalados en esta tesis y no requieren mayor explicación. Tal vez solo podría mencionarse que el concepto de costas es bastante amplio y comprende todo gasto relacionado con el proceso arbitral, otorgándosele un capítulo completo (séptimo de este título) para determinar todos sus componentes y modalidades de pago.

Artículo 1417.- *Supuestos específicos contenidos en este título. (resumen de texto legal)*

Tales supuestos son:

- I. Cuando se permita a las partes decidir sobre un asunto, incluye autorizar a un tercero, incluso una institución, excepto respecto del pronunciamiento del laudo.

- II. En los acuerdos entre las partes se tienen por puestas las reglas de arbitraje a que dicho acuerdo remita.
- III. Lo aplicable a la demanda y contestación lo es a la reconvencción y a su contestación, excepto en los casos en que la demanda inicial no prospere, sin perjuicio del estudio de competencia para conocer de la reconvencción.

Artículo 1418 y 1419⁷².- *Notificación y cómputo de plazos.*

El primer artículo prevé la manera en que se tienen por hechas las notificaciones, atendiendo también a los criterios bajo los cuales se tendrá por hecha en caso de desconocer el domicilio actual tras “una indagación razonable”. No se hace mención de edictos al considerarlos justamente innecesarios en virtud de que se tienen por presentadas a ambas partes ante el tribunal arbitral, teniendo como antecedente el acuerdo de compromiso que hayan firmado.

Por lo que se reitera la noción de evitar el emplazamiento, al igual que en la materia civil. Las disposiciones del numeral 1418 no son aplicables en procedimiento judicial, en caso de requerir su intervención en virtud de las limitaciones inherentes al árbitro, dado que la autonomía de las partes las limita a su acuerdo de arbitraje y las reglas que en él quieran imponerse, no sobre disposiciones de orden público como lo son los códigos adjetivos y otras disposiciones legales con esa categoría.

Las notificaciones surten efectos el día en que son realizadas, por lo que sus plazos corren a partir del día siguiente en que fueron hechas; en cuanto a días inhábiles se atenderá a aquellos oficiales por disposición legal para el debido cómputo de los plazos.

Artículo 1420.- *Tácita reconducción procesal.*

Si bien no existe algún artículo en el presente título que contenga de manera expresa los principios procesales en materia de arbitraje, hay algunos numerales como el de referencia que prevén disposiciones que bajo interpretación, pueden sugerir alguno en concordancia con los señalados en el capítulo 1.

En este caso, las partes deben permanecer muy atentas a su proceso arbitral, pues toda omisión que no altere el fondo de su tramitación, que no sea impugnada en su oportunidad, se tendrá por convalidada y la parte que haya podido tener algún perjuicio o sufrir la preclusión de algún derecho, perderá de forma definitiva la posibilidad de impugnar. En nuestro sentir es una descripción del principio de economía procesal, procurando acortar los tiempos durante la tramitación en beneficio mismo de las partes y aún de forma indirecta para el órgano que conozca de la controversia.

⁷² En los numerales ulteriores, se tiene obviada la frase *salvo que las partes pacten algo en contrario* derivado del principio de autonomía de las partes que rige al arbitraje que ya ha sido estudiado.

Artículo 1421.- *Autonomía arbitral frente al juzgador convencional.*

A diferencia de la subordinación civilista que estudiamos en el capítulo precedente, el árbitro en materia mercantil goza de mayor independencia, ya que únicamente se requiere de intervención judicial cuando así expresamente lo determine la ley. (artículos 634 y 636 CPCDF)⁷³ Incluso comparando la redacción de los numerales citados y del artículo en referencia, encontramos que en materia mercantil el árbitro invoca mayores facultades que el regulado en la materia civil.

Artículo 1422.- *Juzgador competente para intervenir.*

Ya sea que la diligencia a realizar o acción a intentar sea en territorio nacional o fuera de éste, el juez competente será el de primera instancia federal o del orden común, de acuerdo al domicilio del ejecutado o la ubicación de los bienes.

CAPITULO II **Acuerdo de Arbitraje**

Artículo 1423.- *Formalidad del acuerdo de arbitraje.*

El acto jurídico que dé origen al arbitraje debe constar por cualquier medio de manera fehaciente, incluso si alguna parte afirma su existencia y la otra no lo niega. La calidad de acuerdo de arbitraje se hará extensiva a un contrato que contenga la cláusula respectiva, cuando conste por escrito. De cualquier forma reiteramos nuestra noción de pasar tal acuerdo ante la fe pública de algún funcionario que la detente para darle mayor solidez a lo que será el basamento del proceso arbitral.

Artículo 1424.- *Sumisión del proceso judicial ante el compromiso de arbitraje.*

Si un juez llega a conocer de un asunto sobre el cual exista un acuerdo de arbitraje, debe remitir las actuaciones al tribunal arbitral, a menos que se compruebe que el acuerdo está viciado de nulidad o es de ejecución imposible; entablado tal incidente ante el juzgador, se permite dar comienzo a las actuaciones arbitrales e incluso dictar un laudo correspondiente en tanto el juzgador no resuelva la cuestión; esto es, se acepta el incidente en un solo efecto o devolutivo. Esta regulación a favor del arbitraje nos parece muy acertada pues sigue de cerca la característica principal del arbitraje: celeridad que se refleja en que al pronunciar un fallo favorable, tal vez ya exista un laudo y con ello el ahorro de tiempo es invaluable, protegiendo a una parte de la impugnación, muy probablemente hecha de mala fe; desde luego no dejamos de mencionar el otro escenario en que el

⁷³ *Supra* p. 49 y 50

acuerdo arbitral sea ineficaz, por ello es que hemos insistido en la formalidad, tal vez excesiva, que deba observar un acuerdo de arbitraje.⁷⁴

Artículo 1425.- *Competencia del juzgador en materia de medidas cautelares.*

La existencia de un acuerdo de arbitraje no limita la competencia del juez para que éste pueda adoptar medidas cautelares provisionales, con anterioridad o durante el transcurso del proceso arbitral; sin embargo éstas pueden solicitarse directamente al tribunal arbitral conforme al artículo 1433, por lo que esta injerencia judicial no tiene razón de ser. Tal vez el legislador reflexionó con relación a todas las diligencias que se explican posteriormente, en las que el juez pueda tener participación relevante y con ello, pensó en auxiliarlo al no limitarlo en este sentido, con el fin de hacer eficaz y eficiente su participación, que en sentido estricto, no debiera producirse.

CAPITULO III **Composición del Tribunal Arbitral**

Artículos 1426 y 1427.- *Nombramiento de árbitros.*

Uno de los puntos medulares del proceso arbitral es el nombramiento de los árbitros, pues si existe desconfianza hacia un juzgador convencional, respaldado por las instituciones públicas, con mayor razón a un particular que provisionalmente queda investido por los poderes que le confieren las partes para dirimir una controversia: de aquí radica la importancia en que ambas partes tengan plena confianza en los árbitros que designan para darle mayor validez al proceso y puedan sujetarse con mayor facilidad al laudo que éstos dicten.

Los numerales en cuestión plantean diversas hipótesis respecto al número y nombramiento de árbitros, teniendo como nota común la injerencia del juzgador tradicional en caso de existir discrepancias; se hace notar que los nombramientos realizados por el juzgador son inapelables, marcando en este sentido remanentes de la supremacía judicial sobre los modelos de arbitraje. En realidad tales imposiciones no deberían existir dentro de un arbitraje pleno, pues entonces el árbitro designado por el juez sería completamente ajeno a las partes y transgrede el principio de autonomía de éstas; por lo que deben determinar con toda precaución la composición del tribunal arbitral para evitar caer en algún supuesto de estos artículos, donde la ley suple su voluntad.

Artículo 1428 y 1429.- *Recusación de los árbitros.*

Tras alguna reflexión, quizás estos artículos no tengan razón de ser: dice el artículo 1428 en su primer párrafo que el árbitro tiene obligación de comunicar a las

⁷⁴ *El exceso de formalidad no daña.* Adagio Profra. Judith Araceli Miramón Parra, cátedra Obligaciones.

partes cualquier circunstancia, entendida de hecho o de Derecho que le impida fungir como árbitro. Consideramos que durante la negociación para elegir árbitro, éste debe realizar tales manifestaciones, si las hubiere con el fin de dilatar el proceso después a través de una recusación.

Nuevamente la injerencia del juzgador parece determinante: su decisión sobre la recusación de un árbitro es inapelable, en el caso en que la recusación promovida ante el tribunal arbitral colegiado no prosperare (dilatando aún mas el proceso). Este incidente ante el juzgador se acepta en efecto devolutivo: el árbitro materia de la recusación puede dar seguimiento al proceso e incluso dictar laudo mientras no se determine su situación jurídica.

Artículo 1430.- *Impedimento arbitral diferente de la recusación.*

Atacamos la noción de recusación en el proceso arbitral por las razones expuestas, agregando únicamente que si bien al momento de la elección de árbitro se desconoce tal circunstancia que afecta su imparcialidad para después descubrirse de manera superviniente, sea el árbitro objeto de responsabilidad civil e incluso penal e inhabilitación, para asegurar la buena fe guardada de éstos.

Desde luego el presente numeral prevé otras circunstancias, ajenas a aquellas que sean motivo de recusación, que impiden a un árbitro ejercer sus funciones, haciendo notar que en este caso el impedimento no es derivado de una afectación a su imparcialidad, sino un hecho de fuerza mayor o fortuito que le impiden continuar realizando su labor, como pudiera ser una enfermedad. Ante tal hecho, él puede renunciar libremente, ambas partes solicitar al juez cesarlo y en caso de desacuerdo, nuevamente la resolución del juez será inapelable.

Artículo 1431.- *Del árbitro sustituto.*

Los árbitros que dejen su cargo por cualquier razón de las ya expuestas, serán sustituidos previo un proceso idéntico por el cual fueron nombrados los árbitros originales.

En este caso nos remitimos a los comentarios referidos en el artículo anterior, pues en aras de reducir tiempos, si resulta muy conveniente que desde el acuerdo arbitral se nombre un árbitro sustituto, con las precauciones que hemos mencionado.

CAPITULO IV

Competencia del Tribunal Arbitral

Artículo 1432.- *Competencia del Tribunal Arbitral.*

En interpretación, consideramos que el tribunal arbitral tiene como primer tarea revisar de oficio la validez del acuerdo de arbitraje, restándole la ley la calidad de accesoria a la cláusula compromisoria, haciéndola independiente por lo que la nulidad de un contrato no entrañará también la nulidad de aquella, como una excepción al principio jurídico de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal elevando su importancia en atención al principio de autonomía de la voluntad de las partes, égida de la actividad arbitral.

Respecto a las cuestiones de incompetencia del tribunal arbitral, éstas deben de oponerse hasta el escrito de contestación, sin que exista alguna restricción por la participación de alguna parte en la designación del árbitro, lo cual resulta obvio pues lo más idóneo es que ambas parten participen activamente en el desarrollo del compromiso arbitral, incluyendo la designación de árbitros, punto medular de la figura. Si las cuestiones de incompetencia surgen durante la tramitación del proceso, se ventilarán como incidentes, en atención al artículo 1420, pues recordemos que el interesado debe hacer notar a la brevedad estos probables vicios, de lo contrario se les tendrá por convalidados, lo que a la larga, en el procedimiento de homologación podría acarrear consecuencias graves como la nulidad del proceso arbitral al considerar que éste no ha cumplido con las formalidades esenciales del procedimiento, resultando completamente contraproducente. Así las cosas, el tribunal arbitral puede reconsiderar dar tramitación extemporánea a tales cuestiones si estima justificada la omisión en que haya incurrido el interesado.

Finalmente, se prevé la posibilidad que las cuestiones de incompetencia señaladas se resuelven de manera interlocutoria o en definitiva. En caso de que el laudo de fondo resuelva, tales incidentes tienen una tramitación en efecto devolutivo, permitiendo continuar con el proceso arbitral. Si el tribunal arbitral se declara incompetente antes de dictar el laudo definitivo, se podrá solicitar al juez que resuelva la controversia, cuyo fallo será inapelable.

Como se reitera en los artículos estudiados hasta ahora, la intervención judicial puede resultar dañosa a los intereses originales de las partes, por lo que deben ser cautelosas en sus actuaciones para no caer en algún supuesto de injerencia judicial; aunque bien cabe decir que los árbitros también llevan alguna responsabilidad al hacer notar a las partes mediante oportuna notificación si cualquiera de sus pretensiones no puede ser objeto del acuerdo de arbitraje que se haya pactado.

Artículo 1433.- *Adopción de providencias precautorias.*

Relacionado con el artículo 1425, permite que el tribunal arbitral adopte medidas precautorias de forma directa, respecto de la litis planteada. Como en el proceso judicial convencional, la parte que la solicita debe otorgar la garantía correspondiente para que la medida surta efectos plenamente.

CAPITULO V

Sustanciación de las Actuaciones Arbitrales

Artículo 1434.- *Principio de Igualdad.*

Principio indiscutible no solo para actuaciones procesales sino para el Derecho entero, en la especie conmina al tribunal arbitral a tratar equitativamente a las partes suprimiendo cualquier clase de discriminación hacia ellas y omitir cualquier conducta que pueda dejar en estado de indefensión a los justiciables.

Artículo 1435.- *Elección de reglas del proceso arbitral.*

Las partes pueden elegir libremente las reglas que regirán el proceso. A falta de este acuerdo es el tribunal arbitral quien con base a estos artículos, determinará las reglas mas convenientes, incluyendo en ello lo relacionado con el periodo probatorio y la valoración de los medios de convicción. El objetivo de esta limitante es recordar al tribunal que aún dentro de las amplias posibilidades del arbitraje, debe siempre constreñirse a las normas de orden público y dar observancias a las formalidades esenciales del procedimiento.

Artículo 1436.- *Sede del Arbitraje.*

Si las partes no determinan sede del arbitraje, lo hará en su lugar el tribunal arbitral, considerando las conveniencias de las partes; para reunirse a deliberar y practicar cualquier clase de diligencias, los árbitros pueden reunirse en cualquier lugar para tales efectos, a menos que las partes lo prohiban expresamente.

Artículo 1437.- *Inicio de las actuaciones arbitrales.*

Las actuaciones arbitrales se dan por iniciadas en la fecha en que el demandado haya recibido el requerimiento de someter esa controversia al arbitraje; acto que no se puede equiparar con la presentación de la demanda en el proceso convencional, pues en el supuesto de mérito el tribunal arbitral aún no se conforma, y tampoco puede equipararse al emplazamiento, pues únicamente se trata de una petición formal para dar inicio al proceso arbitral, sin que el promovente exponga sus pretensiones al demandado y a éste se le imponga la carga procesal de producir su respectiva contestación.

De esta forma se trata de un mero acto que antecede a las actuaciones arbitrales, sin que produzca efectos oponibles a terceros como el caso de la presentación de la demanda.

Artículo 1438.- Idioma de las actuaciones.

Es importante que se fije un solo idioma en caso que las partes no hablen la misma lengua; en nuestro caso muy peculiar donde nos estamos enfocando al arbitraje nacional este artículo queda obviado de nuestro estudio, resaltando únicamente que, como en el proceso civil común, todo documento en idioma extranjero deba estar acompañado de su respectiva traducción realizada por perito traductor, y tratándose de documentales públicas, su apostilla.

Artículo 1439.- Fijación de la litis.

Es cuestionable que el formato clásico de la demanda, y el de su contestación pudieran transformarse de fondo, ya que necesariamente todo escrito que da inicio a un proceso contiene una pretensión y toda contestación contiene excepciones o defensas; por ello tal canon jurídico no debiera ser objeto de modificación, pues, por ejemplo, si el actor no expone todas sus pretensiones, las omitidas quedarían fuera de litis y por tanto el tribunal arbitral no podría resolver sobre tales cuestiones, y el demandado si no se refiere a todos los hechos que haga constar el actor, puede repararle en ello un perjuicio procesal como lo son las presunciones en contra, aunque no sufre pérdida alguna en el supuesto de no formular contestación de la demanda interpuesta en su contra, criterio diverso de los procesos judiciales convencionales como se observa en el artículo 1441 fracción II.

Las nociones anteriores pueden quedar refutadas con lo previsto en el artículo 1451, el cual estipula que pueda ser dictado un laudo adicional con relación a las cuestiones que fueron formuladas en las actuaciones arbitrales pero omitidas en el laudo. A este punto nos referiremos en su oportunidad, pero dejamos esta constancia previa como argumento en contra del dictado de un laudo extra que evidentemente pone en riesgo la certeza jurídica que esta clase de procesos deben detentar siempre.

Existe también una confusión en la terminología del artículo el cual expresa el vocablo *alegatos* antes de pasar por el periodo probatorio. Relacionando e interpretando esta idea con el resto del artículo, se hace referencia a nuestras extintas figuras de *réplica* y *dúplica*, dentro del plazo inmediato posterior a la presentación de la contestación, cuyo objeto era de ambas figuras, “fijar definitivamente los puntos de hecho y de derecho objeto del debate” y aún se podían modificar o adicionar los puntos consignados con anterioridad. Sin embargo, en la práctica del foro judicial las partes se limitaban a pedir que se tuvieran por

reproducidos sus escritos de demanda y contestación a manera de réplica y dúplica, por lo que estos escritos fueron perdiendo su razón de ser.⁷⁵

En cuanto a la posibilidad de modificar tales puntos controvertidos con posterioridad a la contestación de la demanda, bajo la consideración de la mora del tribunal, consideramos que es inadecuada, pese a que las partes así lo hayan convenido, ya que evidentemente supone un estado de incertidumbre jurídica al no cerrarse la litis de manera definitiva y continuar las secuelas procesales bajo ese basamento. Desde luego, haciendo alusión al primer párrafo de este comentario, las partes deben anunciar las pruebas que presentarán, otra característica del formato “clásico” de demanda y contestación, lógico y sólido reflejo de la garantía de audiencia.

Artículo 1440.- *Generalidades del periodo probatorio.*

Aquí existe la interesante variante de optar por un proceso tendiente a la escritura o hacia la oralidad. Desde luego un proceso adecuado no puede inclinarse demasiado hacia una postura o la otra, ya que lo mejor será equilibrar ambas figuras con el objeto de estar en aptitud para desahogar las pruebas de forma que permitan su valoración de la mejor manera. Por ejemplo, para la recepción de confesionales y testimoniales invariablemente deben desahogarse oralmente, mientras que las documentales no requieren esa modalidad, salvo que algún documento sea cuestionado.

El término común procesal respecto de notificaciones procesales es de tres días, un periodo que puede reducirse dependiendo de las características especiales de cada controversia y partes, así como de la diligencia a realizarse. Finalmente, se prevé que se dé vista a la contraparte de cada elemento que se presente ante el tribunal arbitral, situación que podría reducirse en un proceso con mayor tendencia a la oralidad.

Artículo 1441.- *Supuestos y consecuencias de inactividad procesal.*

Cuadro 3.1 Supuestos y consecuencias inactividad procesal (arbitraje)

| Supuesto | Consecuencia |
|---|---|
| El actor no presenta su demanda conforme al artículo 1439. | El tribunal arbitral da por concluidas las actuaciones |
| El demandado no opone escrito de contestación conforme al artículo 1439 | El tribunal continúa actuaciones, sin que se tenga por contestada en sentido afirmativo la demanda del actor. |
| Una parte no comparece a audiencia o no presenta pruebas documentales. | El tribunal continúa las actuaciones y emitirá su fallo con las pruebas que disponga. |

⁷⁵ Cfr. OVALLE FAVELA, José. *Op. Cit.* p. 109

Al respecto solo cabe mencionar una crítica al supuesto de inactividad del demandado, que debiera ser sancionado con la contestación en sentido afirmativo respecto de las pretensiones que le exige el actor, reconociendo tales extremos como sanción procesal justa a su omisión. Esta situación se observa en materia mercantil y civil.

Artículo 1442.- *Pericial como prueba para mejor proveer.*

Si las partes no lo impiden en su acuerdo arbitral, el tribunal puede servirse de un perito de oficio con el objeto de allegarse de mayores elementos que le permita perfeccionar su fallo, solicitando a las partes proporcionen cualquier información y acceso a cualquier objeto que pudiera requerir para rendir su dictamen respectivo.

Artículo 1443.- *Perito en audiencia.*

Si se estima necesario, el perito debe ser parte de una audiencia en la cual partes y tribunal pueden formular preguntas, con ayuda de otros peritos a efecto de dilucidar con claridad el dictamen que se rindió y valorar con mayor exactitud su peso como medio de convicción al momento de dictar laudo.

Artículo 1444.- *Supletoriedad judicial en el desahogo de pruebas.*

Este artículo se asemeja al artículo 634 del CPCDF, ya que ambos tienen la misma naturaleza auxiliar del poder judicial en servicio del arbitraje, aunque el numeral citado lo plantea más como una obligación de los jueces y este artículo 1444 lo refiere como una potestad de las partes o del tribunal solicitar la asistencia del juzgador convencional.

En condiciones normales, no debiera ser necesario el auxilio del juzgador para el desahogo probatorio, salvo en aquellos casos excepcionales en los cuales se requiriera utilizar alguna facultad expresamente conferida a los juzgadores como lo es el giro de exhortos y cartas rogatorias o bien, aplicación de medidas de apremio a terceros quienes se nieguen a aportar elementos relevantes para conocer la verdad histórica de los hechos, estando en posibilidad de hacerlo.⁷⁶

⁷⁶ Artículo 90 Código Federal de Procedimientos Civiles, segundo párrafo: “*Los tribunales tienen la facultad y el deber de compeler a los terceros, por los medios de apremio más eficaces, para que cumplan con esta obligación; pero, en caso de oposición, oirán las razones en que la funden, y resolverán sin ulterior recurso.*”

CAPITULO VI

Pronunciamiento del Laudo y Terminación de las Actuaciones

Artículo 1445.- *Fundamentación del laudo.*

El fallo del tribunal debe fundamentarse en las reglas que se hayan fijado para tales efectos. En el caso de arbitraje de Derecho, se estará a lo previsto en las normas del Estado cuyas normas hayan sido elegidas para regular el proceso, a menos que se exprese que fueron observadas o se permite la observación de leyes conflictuales aplicables al caso concreto.

Si las partes no eligieron la ley que resolverá el fondo del asunto, lo hará el tribunal de acuerdo a las circunstancias específicas del caso. Respecto de resoluciones en conciencia, el tribunal solo podrá fallar bajo esa fundamentación si las partes expresamente lo convinieron, respetando el acuerdo arbitral que le dio origen al proceso, y considerando los usos mercantiles aplicables al caso.

Artículo 1446.- *Votaciones en tribunales arbitrales colegiados.*

Si no existe estipulación de las partes en contrario, las decisiones del tribunal arbitral se adoptan por mayoría simple, y si hay designado un árbitro presidente, este tendrá facultades para dirimir cuestiones de procedimiento, si es autorizado por todos los miembros del tribunal o por las partes.

Este puede ser un aspecto positivo del arbitraje al resolverse de manera unitaria y expedita los incidentes derivados del procedimiento, por lo que el árbitro presidente debe ser muy cuidadoso en vigilar el cumplimiento de las formalidades debidas para eludir conflictos posteriores que podrían terminar con la nulidad del laudo.

Artículo 1447.- *Posibilidad y efectos de la transacción.*

A manera de convenio judicial, las partes pueden celebrar transacción y solicitar, en este caso, se tenga por laudo definitivo su acuerdo, el tribunal lo examinará y tras su aprobación, se tendrá como tal, debiendo observar las formalidades del artículo sucesivo.

Artículo 1448.- *Formalidad del laudo.*

Por la importancia que conlleva, el laudo siempre se dicta por escrito, y contendrá las firmas de los árbitros o bien de la mayoría, dejando constancia la razón de la falta de firmas. El laudo debe contener motivación, salvo que se trate de convenio de transacción, constando además fecha y lugar, para después notificar a las partes con copias firmadas del mismo, con las características mencionadas.

Artículo 1449.- *Formas de terminación del proceso arbitral y excepciones. (resumen texto legal)*

Las formas en que concluyen las actuaciones arbitrales son:

- Laudo definitivo
- Si el actor retira su demanda y el demandado no se opone a ello.
- Las partes acuerdan dar por terminadas las actuaciones
- EL tribunal decide que la prosecución de las actuaciones es innecesaria o imposible.

Las excepciones a las razones expuestas son:

- Se solicita aclaración del laudo, art. 1450
- Se solicita dictar laudo adicional, art. 1451.
- Cuando exista posibilidad de convalidar alguna razón de nulidad del acuerdo de arbitraje, de sus actuaciones o del laudo, art. 1459.

Artículo 1450.- *Aclaración del laudo.*

Tras la notificación del laudo, las partes en 30 días y dando vista a su contraparte, tienen la posibilidad de:

- a) Errores de naturaleza indiferente⁷⁷ los cuales por su naturaleza no trascienden al fondo o sentido del fallo, por lo que el mismo tribunal al percatarse de tales, está en posibilidad de remediarlos de oficio.
- b) Si existe alguna oscuridad en el laudo, puede aclararse, siendo esta interpretación parte integral del laudo con posterioridad.

Artículo 1451.- *Dictado de laudo adicional.*

La posibilidad de dictar un laudo adicional vulnera la certeza jurídica de la parte que resultó favorecida por el fallo del tribunal arbitral, pues pese a que el artículo citado refiere que el objeto de este laudo adicional son las reclamaciones formuladas pero omitidas en el laudo, éstas pueden contravenir o ser incompatibles con el laudo original.

Por ello resulta incomprensible que el interesado que no hizo valer oportunamente sus derechos a través del proceso arbitral, o haya impugnado en su caso los actos que estime le hayan deparado en perjuicio, busque obtener un fallo favorable al término del proceso arbitral, lesionando los intereses de su contraparte.

⁷⁷ Cfr. ROJINA VILLEGAS, Rafael. *Derecho Civil Mexicano*, 8ª edición, volumen V Obligaciones tomo I, Porrúa, México 2003 p. 407. Entiéndase al respecto que el error como noción falsa de una cosa es relevante respecto del interés jurídico de alguna de las partes, pero lo hemos llamado “indiferente” ya que, como el autor citado, estimamos que no trasciende hacia la validez del acto jurídico.

Asimismo consideramos que en ello se transgrede el requisito sustancial para las sentencias de *exhaustividad*, que impone al juzgador el deber de resolver sobre todo lo pedido por las partes.⁷⁸ El artículo 81 del CPCDF establece que en la sentencia el juzgador debe decidir “todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto del debate”

Desde luego, en el caso hablamos de un laudo, sin embargo la analogía resulta útil ya que el proceso en su rigidez y formalismos provee, hasta ahora, de las mejores garantías y seguridades para los justiciables para la solución de una controversia, pese a los problemas por los cuales atraviesa en la actualidad en nuestro país. Por ello es que el laudo derivado del proceso arbitral pese a su flexibilidad debe evitar caer en tales situaciones de muy cuestionable legalidad y constitucionalidad.

CAPITULO VII **De las Costas**

Artículos 1452, 1453 y 1454.- *Importancia y regulación de costas.*

En materia mercantil las cuestiones pecuniarias siempre cobran una relevancia superior que en cualquier otra, y el arbitraje no es una excepción. Si las partes no determinan las reglas relativas a las costas del arbitraje, este artículo suplirá su voluntad.

El tribunal arbitral es competente de condenar el pago de costas, las cuales de acuerdo al artículo 1417 fracción IV comprende todo gasto erogado que guarde relación estrecha con el proceso arbitral, guardando cierto limite en respecto a los costos de representación y asistencia legal, cuyo monto debe ser razonable a discreción del tribunal.

Imposible soslayar el pago de honorarios para los árbitros, quienes los determinan de acuerdo a las características de la controversia en concreto, fijando con toda exactitud los montos para cada uno. En esta cuestión, el juez puede tener participación, pues a petición de parte y a su ruego (pues el juzgador puede no decidir no intervenir) está facultado para realizar las observaciones que estime convenientes respecto de los honorarios de los árbitros.

Huelga repetir los comentarios al respecto que fueron vertidos en el capítulo anterior respecto de esta “mercantilización” de la justicia, por lo que nos limitaremos a enfatizar que este arbitraje comercial debe ser visto como una figura contractual y no como actos jurisdiccionales.

⁷⁸ OVALLE FAVELA, José. *Op. Cit.* 208

Artículo 1455.- *Pago de costas.*

Pese a que es facultativo a los árbitros el fraccionar las costas del arbitraje entre las partes según las circunstancias del caso, nosotros estimamos que siempre será mejor que sea la parte vencida quien sufrague tales costos, como una justa compensación a la parte favorecida por la necesidad que tuvo ésta de tramitar un proceso cuando, en justo Derecho, no debió ser necesario derivado de la inobservancia de la ley o acto jurídico generalmente culposos, o dolosos. La misma regla se sigue respecto de los costos de representación y asistencia legal.

El monto de costas deberá fijarse con claridad en la última resolución que dé por concluido el proceso arbitral, sin que pueda aumentar por razones posteriores como lo es la rectificación o interpretación de ésta.

Artículo 1456.- *Pago de honorarios a los árbitros.*

Es potestativo al tribunal arbitral requerir a las partes un depósito previo a efecto de sufragar los gastos que se originen por el proceso arbitral, requiriendo más recursos en el transcurso de éste según resulte necesario.

Finalmente no se debe estigmatizar de manera negativa este aspecto del arbitraje comercial: reiterando las ideas anteriores, debe vérselo como una especie de contrato de prestación de servicios muy especial, y con ello es muy justo que el árbitro, como juzgador provisional, vele por sus intereses, suspendiendo o concluyendo incluso el proceso arbitral si las partes no aportan sus respectivas cantidades pecuniarias. Dictado el laudo, el tribunal arbitral efectuará rendición de cuentas a las partes y reembolsará todo el saldo no utilizado.

CAPITULO VIII
De la Nulidad del Laudo

Artículo 1457.- *Causas de nulidad del laudo.*

Estas causas son las siguientes, que conforme al artículo 1422 se promueven ante el juez de primera instancia:

Cuadro 3.2 Causas de nulidad del laudo

| | |
|----------------------|--|
| El actor pruebe... | <ul style="list-style-type: none">a) Falta de incapacidad de alguna parte al momento de celebrar acuerdo arbitralb) Vicios de notificación o estado de indefensiónc) Resoluciones <i>ultra petitas</i> en el laudo. En este caso pueden subsistir aquellas que se hayan previsto en el acuerdo arbitrald) Inobservancia de las reglas acordadas en el proceso arbitral o en su defecto, no se ajustó a este título. |
| El juez compruebe... | <ul style="list-style-type: none">a) El objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje o el laudo es contrario al orden público. |

Artículo 1458.- *Prescripción de la acción para nulidad.*

El plazo de prescripción es de tres meses, el cual se computa a partir de la notificación del laudo, o a partir de que la petición de aclaración o laudo adicional haya sido resuelta.

Artículos 1459 y 1460.- *Posibilidad de convalidar la nulidad.*

Cuando se promueva por las razones enunciadas previstas en el artículo 1457, el juez puede suspender sus actuaciones con el fin de dar oportunidad al tribunal arbitral de adoptar las medidas convenientes a efecto de remediar el motivo de nulidad interpuesto. La acción de nulidad se sustanciará de forma incidental según el artículo 360 del CFPC y la resolución es irrecurrible.

CAPITULO IX
Reconocimiento y Ejecución de Laudos

Artículo 1461.- *Fuerza vinculatoria del laudo y ejecución.*

Sin importar la sede del arbitraje, todo laudo será reconocido como vinculante y será ejecutado según lo previsto en este capítulo, para ello la parte interesada deberá presentar al juez original del laudo debidamente autenticado o copia certificada y original del acuerdo de arbitraje con relación al artículo 1423. En caso de idioma extranjero, la traducción debe presentarse por perito traductor.

Respecto del proceso de homologación, nos referiremos a él con posterioridad, ya que el Código de Comercio al respecto no presenta explicación del concepto.

Artículo 1462.- *Causas que impiden el reconocimiento o la ejecución del laudo.*

Las causas que impiden el reconocimiento o ejecución del laudo son las mismas previstas en el artículo 1457 (cuadro 3.2) adicionando además, respecto a la acción intentada por el interesado, que el laudo aún no haya causado estado o haya sido suspendido o anulado por el juez competente.

Artículo 1463.- *Caución para que la suspensión tenga efectos.*

Nuevamente se tramita vía incidental, irrecurrible, el procedimiento de reconocimiento o ejecución, siendo potestativo al juez de conocimiento aplazar su fallo, y a petición de la parte que se estime agraviada por tal suspensión, ordenar se exhiban garantías suficientes para sufragar los daños y perjuicios que tal aplazamiento podrían ocasionar.

Vistos los artículos en el Código de Comercio sobre el tratamiento del arbitraje en nuestro país, bien cabe hacer ahora un breve análisis sobre las clases de arbitrajes que existen en la actualidad.

3.2 Tipos de Arbitraje

De todas las clasificaciones que propone la doctrina actual, con una tendencia claramente internacionalista comercial, encontramos en el autor Carlos Rodríguez González-Valadez la clasificación mas exhaustiva que a continuación describimos, haciendo las acotaciones pertinentes, pero cabe hacer hincapié que para efectos de nuestra investigación haremos énfasis en la distinción del *estricto derecho* y *de equidad*, por ser las mas relevantes para entender nuestro proyecto. Así, pues, en perspectiva del citado autor el arbitraje puede ser:⁷⁹

a) Arbitraje en Equidad y en Derecho.

El arbitraje en equidad, es como en un principio se conoció a esta institución jurídica y es aquel tipo de arbitraje que resuelve la controversia bajo el principio de *ex aequo, ex bono*: lo que es equitativo, es bueno. Esto es, se resuelve la controversia de acuerdo a la conciencia, buena fe guardada y verdad sabida del tercero que está conociendo del asunto. La persona que resuelve la controversia es conocida como “amigable componedor” (de aquí que el término sea usado en sinonimia para esta clase de arbitraje). El fallo mediante el cual da a conocer su resolución al asunto, es conocido como “fallo en conciencia” (misma acotación realizada con anterioridad: es otro término con el cual se identifica esta clase de arbitraje).

Dice Rodríguez que este arbitraje es poco usado en la actualidad, y que se le considera como un medio distinto del arbitraje, siendo el caso que la doctrina actual le confiere la razón.

Al respecto consideramos que la resolución de conflictos en equidad, no solo en arbitraje, puede resultar en determinadas situaciones, más útil que el basado en derecho. Para ello, nos remitimos a las nociones de la conciliación, donde el conciliador, tras haber escuchado a las partes y sus intereses, puede proponer soluciones que no se encuentren previstas en la ley, sino que, en aras de equidad, puede proponer a las partes alguna solución que satisfaga a ambas; desde luego tal solución no podrá contravenir disposiciones de orden público o faltar a la moral, por lo que como referimos en su oportunidad, finalmente las resoluciones en equidad se basan en los principios fundamentales del Derecho, pero al ser éstos difusos, permiten una gama superior de posibilidades.⁸⁰

⁷⁹ Cfr. RODRÍGUEZ GONZÁLEZ-VALADEZ, CARLOS. *México ante el arbitraje comercial internacional*. 1ª edición, Porrúa, 1999, p. 70-81.

⁸⁰ Recuérdese al maestro de Estagira, para quien el concepto de Justicia es genérico y en cambio la Equidad es noción específica, pues desempeña un papel correctivo, actuando como un remedio para subsanar los defectos derivados de la generalidad de la ley. Aristóteles sentencia: “La ley no es por esto menos correcta, porque el yerro no radica en la ley, ni en el legislador, sino en la naturaleza misma de las cosas; porque es precisamente la condición de todas las cosas prácticas”

En contraposición tenemos el arbitraje en Derecho, o *stricto iure*, el cual como su nombre lo sugiere, compele a los árbitros a emitir su fallo fundamentándolo en reglas de Derecho. Por esta característica se considera que trae mayor seguridad jurídica a las partes, siendo que equipara en mayor medida al proceso arbitral con el proceso judicial convencional.

Las siguientes clasificaciones obedecen a un criterio más formalista y doctrinario, por lo que solo serán enunciadas de manera somera.

b) Arbitraje de derecho público y de derecho privado.

Hay arbitraje de derecho público si versa sobre el arreglo de los conflictos entre los Estados, teniendo como marco al derecho internacional. En la actualidad, esta clase de arbitraje es común para dilucidar la interpretación y aplicación de tratados bilaterales o multilaterales.

El arbitraje de derecho privado, como su nombre lo sugiere, se desarrolla entre sujetos o entidades de derecho privado: particulares. Es oportuno señalar que el Estado también puede actuar en calidad de particular, sin su *imperium*, como sucede en la celebración de contratos por parte de entidades de la administración pública descentralizada.

c) Arbitraje nacional e internacional

El arbitraje es nacional si todos los elementos que constituyan la contienda: el objeto del arbitraje, las partes y el derecho aplicable pertenecen a un mismo Estado; la problemática se plantea dentro de un sistema jurídico único.

El arbitraje es internacional si uno de los elementos se encuentran relacionados, regulados por dos o más países o por un ente supranacional, surgiendo cualquier conexión con otra legislación distinta a la local.

d) Arbitraje comercial, civil y mixto.

Estas distinciones hacen referencia a la materia sobre la cual versa el litigio planteado, y por ende, identifican la regulación jurídica más adecuada para resolver la controversia. El arbitraje comercial es aquel que surge de actos mercantiles, dando una interpretación amplia al término "comercial" para que abarque cuestiones contractuales y extracontractuales, en virtud de lo previsto por el artículo 1 de la Ley Modelo estudiada. De esta forma nosotros concluimos que el arbitraje comercial versará sobre cualquier contienda que tenga como origen un acto jurídico realizado por comerciantes –quedando obviado el fin de lucro o especulación característico–.

Disentimos de la noción de Rodríguez quien afirma que es arbitraje civil por simple excepción aquel que no es comercial, pues pese a que éstas son las materias más comunes del arbitraje, no se deben soslayar los arbitrajes en materia

administrativa y laboral, que han tenido avances significativos en los últimos años en países europeos como España e Italia. Sin embargo, la línea es tan sutil para definiciones doctrinales, que sin caer en términos redundantes, consideramos que será civil si sus controversias aparecen reguladas en los códigos sustantivos de la materia.

La noción “mixta” nos parece imprecisa. Sostienen una versión dicotómica, respecto al dúo civil-mercantil Oscar Cruz Barney y Rodolfo Cruz Miramontes,⁸¹ pues creemos que tal afirmación conduce a una incertidumbre jurídica respecto de la legislación y principios aplicables. Al respecto, nuestro legislador solucionó esta idea según el artículo 4 del Código de Comercio, el cual plantea:

Artículo 4o.- Las personas que accidentalmente, con o sin establecimiento fijo, hagan alguna operación de comercio, aunque no son en derecho comerciantes, quedan sin embargo, sujetas por ella a las leyes mercantiles. (...)

La misma ley en su Libro Quinto *De los Juicios Mercantiles* reitera esta sumisión del derecho civil ante el mercantil en materia litigiosa:

Artículo 1050.- Cuando conforme a las disposiciones mercantiles, para una de las partes que intervienen en un acto, éste tenga naturaleza comercial y para la otra tenga naturaleza civil la controversia que del mismo se derive se regirá conforme a las leyes mercantiles.

Desde luego, la misma ley en artículos posteriores hace algunas excepciones de actos que no se reputarán mercantiles, pero consideramos que es acertado evitar en nuestras legislaciones las nociones híbridas respecto de la naturaleza de algún acto en particular.

e) *Arbitraje de origen convencional y de origen legal*

Como hemos insistido en capítulos anteriores, la naturaleza del arbitraje es la de ser convencional: las partes interesadas de común acuerdo, por cláusula arbitral o contrato de compromiso, se obligan a someter alguna controversia presente o futura al arbitraje bajo las condiciones que determinan.

Es considerado de tipo legal, u oficial, cuando algún ente estatal invita a las partes a acudir al arbitraje para solucionar el conflicto surgido entre ellas, existiendo la posibilidad de no aceptar la invitación, en respeto a la autonomía de la voluntad de las partes para ejercitar las acciones ante los tribunales convencionales si se desea; finalmente se conserva el aspecto convencional.

f) *Arbitraje Institucional y Ad Hoc*

⁸¹ Véase CRUZ BARNEY, Oscar y CRUZ MIRAMONTES, Rodolfo. *El arbitraje. Los diversos mecanismos de solución de controversias: análisis y práctica en México*. 1ª edición, Porrúa, 2004, p. 36

Como se señaló desde la parte introductoria de este capítulo, el arbitraje institucional ha tenido mayor desarrollo en nuestro país por la solidez que representa la intervención de un órgano estatal en la controversia. Así, será institucional si es realizado ante una entidad que utiliza sus propias reglas para la sustanciación del proceso arbitral.

El arbitraje *ad hoc* es aquel que se conforma para un caso en específico y en ellos las partes determinan libremente los lineamientos sobre los cuales se ventilará la controversia, por lo que no tiene intervención de institución alguna. Las reglas, como se estudió en su momento, pueden ser creadas por las partes o bien, adoptar alguna legislación existente.

3.3 Fases del Arbitraje

Aunque pudiera estimarse ocioso enumerar las fases del arbitraje, las cuales se han venido comentando en múltiples ocasiones en líneas precedentes, consideramos conveniente concluir el capítulo describiendo el proceso arbitral de manera genérica y breve, que permita dilucidar comparaciones mas precisas ahora con el arbitraje de algunas instituciones nacionales, objeto del siguiente capítulo.

a) Acuerdo de Arbitraje

Establece José Luis Siqueiros que es “un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, sea o no contractual”⁸² Al respecto cabe únicamente acotar que el concepto dado por el autor es deliberadamente vago para abarcar tanto a la cláusula arbitral como al contrato de compromiso, que como hemos señalado resultan distintos.

Los elementos básicos del acuerdo de arbitraje son:⁸³

- a) La manifestación de someterse al arbitraje y aceptar el laudo que se dicte, renunciado a los recursos legales que pudieran interponerse.
- b) El número de árbitros, así como la forma en que se realizará su designación.
- c) Sede del arbitraje.
- d) Si las partes se expresan en distinto idioma, cual será el o los prevalentes u oficiales en el proceso.
- e) Cuáles serán las reglas aplicables tanto al procedimiento como al fondo del asunto, o bien si se trata de arbitraje en equidad.
- f) Cuales serán los puntos o temas a considerar sobre los que deberá pronunciarse el tribunal, y en su caso, cuáles quedarán excluidos: esto es, la

⁸² SIQUEIROS, JOSÉ LUIS. *El arbitraje en los negocios internacionales de naturaleza privada*. 1ª edición, México, Miguel Ángel Porrúa, p. 43

⁸³ *Cfr.* CRUZ BARNEY, Oscar y CRUZ MIRAMONTES, Rodolfo, *op. cit.* p.39

materia del arbitraje. Podrán, desde luego, ocuparse de todos los puntos que sean pertinentes para dictar la resolución del caso.

- g) Si no se acogen a un sistema preestablecido, deberá facultarse a los árbitros para que dispongan sobre las normas de procedimiento.
- h) El tipo de arbitraje que las partes hayan convenido: institucional o *ad hoc*.
- i) Cumplir con las consideraciones particulares que en el caso concreto se exijan.

b) Fijación de la controversia

Ésta se tiene por reproducida en el acuerdo por lo que hace a la materia del arbitraje, que en el proceso judicial convencional viene a ser la litis al conformarse con la demanda del actor y la contestación del demandado; es vital determinar los alcances que tendrá el tribunal arbitral para evitar conflictos ulteriores de competencia o que éste resuelva sobre aspectos que no se tenían previstos en el acuerdo de arbitraje, lo que daría un matiz de ilegalidad al laudo e ilegitimidad al proceso.

Nadie mejor que las partes conocen el alcance de sus compromisos y las pretensiones derivadas del acto jurídico base del conflicto y por ello deben plasmar con cautela los puntos de controversia para que el laudo venga a ser de igual forma, un medio de solución preciso y eficaz que se adecue a sus intereses.

c) Periodo Probatorio

Pese a la libertad que tienen las partes para decidir la forma en que se llevará el proceso, siempre es conveniente recordar que por encima de la voluntad de éstas, existen garantías de seguridad jurídica que deben observarse y como quedó anotado desde el primer capítulo, su omisión traería por consiguiente la nulidad de nuestro proceso arbitral. Entre ellas se encuentra la facultad de ofrecer medios de convicción que tras su preparación, desahogo y valoración, permitan al juzgador determinar que afirmación fue demostrada verazmente y por tanto, emitir su fallo con plena validez jurídica.

Los plazos quedarán delimitados por las partes o por el ordenamiento que hayan decidido adoptar, de manera análoga al proceso judicial común, siendo también asimilables los principios de libre valoración de la prueba y la búsqueda de la verdad material o histórica, los cuales como comentamos, han venido quedando como letra muerta o poesía jurídica en la práctica actual.

d) Fase Conclusiva

El doctor Ovalle Favela al respecto refiere que los alegatos son: “las argumentaciones que expresan las partes, una vez realizadas las fases expositiva y probatoria, para tratar de demostrar al juzgador que las pruebas practicadas han confirmado los hechos afirmados y que son aplicables los fundamentos de derecho

aducidos por cada una de ellas, con la finalidad de que aquél estime fundadas sus respectivas pretensiones y excepciones, al pronunciar la sentencia definitiva.”⁸⁴

En nuestro sentir, los alegatos son observaciones reiterativas que formulan las partes haciendo ver al juzgador que sus respectivas pretensiones han sido plenamente comprobadas por su actividad en el proceso. Así, se continúa con la similitud derivada del proceso judicial: las partes pueden formular alegatos ya sea de forma oral o escrita según las reglas establecidas. De aquí que se emplee el término *conclusiva*, por la naturaleza de conclusiones que presentan los alegatos, como afirmaciones finales entendiéndose como las últimas actuaciones de las partes ante el juzgador antes de que sea emitida la sentencia que *resolverá*, pondrá fin al proceso arbitral como adelante se explica.

Por último, aunque tal vez no sea el momento idóneo para comentarlo, pero sí para realizar un punto de comparación, quizás la costumbre forense actual, en la cual el secretario se limita a estampar la frase “*las partes alegaron lo que a su Derecho convino*” se encuentra justificada por las tesis jurisprudenciales⁸⁵ las cuales contravienen aquella que transcribimos en el primer capítulo,⁸⁶ siendo el caso que puede ser objeto de una discusión la importancia de los alegatos en el proceso. Para nosotros, pese a la devaluación por la que pasan en la actualidad, deben formularse siempre por escrito, procurando sean breves enfocándose en el punto medular que se estima sea clave para acreditar nuestra pretensión, sin que consideremos dañosos los *alegatos de oídas*, aunque, desde luego, lo mejor sería que tal acercamiento entre partes y juzgadores, acatando el principio de inmediación se produjese durante la mayor parte del proceso y no solo en un momento, en privado, en secreto de la otra parte cuestionándose de esta forma el principio de imparcialidad.

e) *Fase Resolutiva*

Como quedó escrito, es importante que el laudo debe sujetarse plenamente a las reglas establecidas en el acuerdo arbitral a efecto de no tener problemas posteriores, siendo el caso que los elementos que como mínimo debe consignar un laudo son:

⁸⁴ OVALLE FAVELA, José. *Op. Cit.* p.181

⁸⁵ Para efectos únicamente de ilustrar el desprecio procesal de los juzgadores y partes por valorar y formular alegatos, transcribimos los rubros de las ejecutorias en interés, como breve reflejo de la situación pues la cantidad que aparecen en busca con las palabras “alegatos” y “no” ascienden a 91 registros, al 6 de Julio del año 2008.

1) ALEGATOS. EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES DEL DISTRITO FEDERAL NO ESTABLECE LA OBLIGACIÓN DE TOMARLOS EN CONSIDERACIÓN, EN LAS RESOLUCIONES DE PRIMERA Y SEGUNDA INSTANCIA. IUS: 246541 2) ALEGATOS FORMULADOS POR LAS PARTES EN EL JUICIO DE AMPARO INDIRECTO, NO TIENE OBLIGACIÓN EL JUEZ A QUO DE ESTUDIAR LOS. IUS: 219251 3) ALEGATOS. NO DEJA EN ESTADO DE INDEFENSIÓN LA OMISIÓN DE ANALIZARLOS EN EL LAUDO. IUS: 213680 4) ALEGATOS. NO FORMAN PARTE DE LA LITIS, POR LO QUE SU INOBSERVANCIA NO ES VIOLATORIA DE GARANTÍAS. IUS: 208151.

⁸⁶ *Infra*, p. 36

1. "Ser por escrito, respetando el idioma oficial acordado.
2. Se harán constar los nombres de las partes, los de sus representantes legales y domicilio de los mismos.
3. El lugar sede del arbitraje y la fecha de la emisión del laudo
4. Los nombres de los árbitros.
5. Una relación de los hechos y de los datos de presentación en la audiencia y sobre todo de la presencia de las partes para que no haya duda que tuvieron oportunidad de defenderse.
6. La referencia al acuerdo, cláusula o compromiso arbitral.
7. La fijación de la litis.
8. Las leyes aplicables al fondo y al procedimiento
9. Una relación detallada de cada una de las pretensiones, de las defensas, ampliaciones y similares.
10. Una relación de los incidentes y su resolución si los hubo.
11. Una relación de pruebas desahogadas y su valoración.
12. Una argumentación de su procedencia o no, con los hechos que se pretenden acreditar.
13. Una motivación suficiente y la fundamentación legal, salvo que se trate de un arbitraje en equidad.
14. Puntos resolutivos
15. Condena en costas conforme a lo convenido o acorde a la ley aplicable.
16. La firma de los árbitros y de los votos en contrario, si fuere el caso."⁸⁷

Tal vez pudiera parecer excesiva la formalidad que debe guardar el laudo, cuando los aspectos anteriores han sido señalados de manera enunciativa y no limitativa, pero es menester recordar que el laudo debe ser sólido y ejecutable, pues suele ser materia de un proceso de homologación que permita su ejecución y es en esta fase cuando muchos de estos laudos enfrentan diversos problemas.

Exequatur y Homologación.

Como se precisó en el capítulo 1, es importante enfatizar las sutiles diferencias que se tienen en conceptos que están íntimamente relacionados entre sí, pero que no son sinónimos.

Por *exequátur* se entiende el o los procedimientos tendentes a obtener el reconocimiento del laudo extraño, para que una vez reconocido se ordene su ejecución. La ejecución consistirá en el o los procedimientos necesarios para hacer cumplir lo ordenado en el laudo.

La homologación es el reconocimiento mismo que se hace del laudo y sus efectos, resultado del procedimiento de *exequátur*.⁸⁸

⁸⁷ CRUZ MIRAMONTES, RODOLFO Y CRUZ BARNEY, OSCAR. *Op. Cit.* p. 48

⁸⁸ *Cfr. Ídem*

De esta forma, el doctor Jorge Alberto Silva afirma: “con la voz *exequátur* se refleja al procedimiento, en tanto que con la voz homologación del laudo se atiende al *reconocimiento*”.⁸⁹ Esto es: *exequátur* es el medio y la homologación, el fin.

Sin embargo, en opinión del maestro Siqueiros, no existe realmente diferencia alguna pues la ley no lo hace, y según el artículo 1461 estudiado, en principio existe la presunción de que el laudo dictado aún en el extranjero es vinculante y el juez debe ordenar su ejecución.

No deseamos dejar este apartado sin comentar que de acuerdo a la tesis referida a continuación, los jueces ordinarios pueden negar la ejecución del laudo cuando adviertan que “el arbitro se ha apartado ostensiblemente de los requisitos procesales estipulados en el respectivo compromiso, con evidente violación a las normas esenciales de todo juicio, que son de orden público”⁹⁰ Este estudio que realiza el juez, se hace de oficio.

Redunda la noción anterior la ejecutoria 186920 la cual por su contenido, nos permitimos transcribir en su totalidad:

LAUDO ARBITRAL. CUÁNDO EL JUEZ PUEDE NEGARSE A EJECUTARLO.

Los laudos nacionales no requieren de la aprobación judicial u homologación para que puedan ser ejecutados; los Jueces sólo pueden negarse a ejecutar un laudo cuando por no respetar formalidades esenciales, se vicia el laudo arbitral, como, entre otros supuestos, cuando: 1. El árbitro no se haya apegado al compromiso arbitral (artículo 616 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal); 2. Se trate de asuntos no comprometibles arbitrariamente; 3. La designación del árbitro se hubiera hecho por quien no esté en pleno ejercicio de sus derechos o no se haya realizado en la forma y con los requisitos que establece la ley (artículos 612 a 614 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal); 4. El árbitro designado sea incapaz, y en caso de que hayan ocurrido el fallecimiento, la recusación o la excusa de la persona prevista para el cargo, o de su designación como funcionario judicial, si además no existía, ni por convenio de las partes, ni por disposición legal, la posibilidad de nombrar un sustituto (artículos 222, 612, 613 y 622 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal); 5. Antes de pronunciarse el laudo, los árbitros hayan sido revocados por consentimiento expreso y unánime de las partes (artículo 618 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal); 6. El laudo se haya dictado una vez vencidos tanto los plazos y

⁸⁹ SILVA, Jorge Alberto. *Arbitraje Comercial en México*. México, Oxford 2001, p. 232

⁹⁰ LAUDO, LOS JUECES PUEDEN REHUSAR LA EJECUCIÓN DEL, CUANDO ADVIERTAN QUE EL ÁRBITRO NO CUMPLIÓ LAS FORMALIDADES PROCESALES PACTADAS POR LOS INTERESADOS, PUES TAL CUESTIÓN ES DE ORDEN PÚBLICO” IUS: 252781

prórrogas concedidos por los compromitentes, como los plazos que establece la ley (artículos 617, 622, 624 y 627 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal); 7. Se violen los derechos fundamentales de acción y de defensa; 8. Se declare la nulidad del convenio, ya sea por vicios formales, o porque siendo de derecho y no de amigable composición, no se cumpla con la garantía de audiencia.

A manera de conclusión de este capítulo, nos parece adecuado anotar, las dos características más importantes del laudo arbitral según Rodríguez González-Valadez⁹¹ son las siguientes:

- a) La definitividad: Por el simple hecho de haber acordado las partes someter la solución de la controversia a arbitraje, renuncian a cualquier recurso que pudieran utilizar, con excepción de reclamar la ilegalidad del proceso arbitral de acuerdo a las formalidades esenciales del procedimiento.
- b) La ejecutorialidad: Las partes se obligan a ejecutar o cumplir sin demora el laudo, esto es, a observar buena fe en su cumplimiento sin que sea necesario aplicar otras medidas o vías de apremio para tal efecto.

Se observa en ambos casos una sumisión completa de las partes hacia la figura arbitral: se comprometen a acatar llanamente el laudo y a hacerlo cumplir. Desde luego, tal comportamiento pleno de cultura jurídica aún está lejos de ser una práctica común, sin embargo, son plausibles los esfuerzos gubernamentales por incluir al arbitraje en las instituciones de servicio social de creación más reciente, objeto de estudio del siguiente capítulo con el objeto de dilucidar el estado que guarda el arbitraje en su sentido público en la actualidad en nuestro país; entendido éste como el de mayor acceso a la población en general y en el cual como se estudiará, es gratuito en todos los casos, noción completamente favorecedora hacia nuestra propuesta.

⁹¹ Cfr. RODRÍGUEZ GONZÁLEZ-VALADEZ, Carlos. *Op. Cit.* p. 132

Capítulo 4. Instituciones Públicas en México que contemplan la figura del Arbitraje

CUANDO HAYAS DE SENTENCIAR PROCURA OLVIDAR A LOS LITIGANTES Y
ACORDARTE SÓLO DE LA CAUSA.
-Víctor Hugo

En primer lugar, es deseable hacer notar que para efectos del presente trabajo, hemos señalado como “públicas” aquellas instituciones que por sus características, tienen mayor alcance entre la población y sus procedimientos resultan más accesibles, alejándonos en buena medida de los procesos arbitrales comerciales de las cámaras de comercio y del impartido por el Centro de Arbitraje de México (CAM), institución privada, entre otros, al tener nuestra propuesta una orientación eminentemente pública, hacia el servicio de cualquier justiciable y no de algunos pocos privilegiados, poquísimos en nuestra realidad actual.

Asimismo, en esta fase introductoria comentamos la metodología que será usada en este capítulo: en esta ocasión no nos detendremos a analizar cada artículo relacionado, sino que de acuerdo a las fases enunciadas del proceso arbitral, comentaremos las características más importantes en cada institución, para realizar una comparación final y concluir con los elementos más desfavorables que encontremos en común de las tres instituciones previstas.

4.1 Instituciones que contemplan el arbitraje como solución a conflictos en la actualidad.

En la actualidad hay diversos organismos en nuestro país que ya contemplan al arbitraje como un método eficaz para la solución de controversias, sin embargo, es necesario hacer notar que aún no se alcanza el nivel de eficacia necesario para que el arbitraje comience a ganar más espacios en otros ámbitos posibles de aplicación. Pese a ello no dejamos de apreciar este arbitraje extrajudicial que también en su modalidad previa de conciliación ha logrado obtener mejores resultados que los observados en el Poder Judicial en nuestro país, ello se debe a la especialización que observan estas áreas de controversias y al personal que en él interviene.

4.1.1 La CONDUSEF: Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de los Servicios Financieros.

La CONDUSEF es un Organismo Público Descentralizado, cuyo objeto es promover, asesorar, proteger y defender los derechos e intereses de las personas que utilizan o contratan un producto o servicio financiero ofrecido por las Instituciones Financieras que operen dentro del territorio nacional, así como

también crear y fomentar entre los usuarios una cultura adecuada respecto de las operaciones y servicios financieros.⁹²

De esta forma, la comisión esencialmente tiene facultades de dirimir controversias y proporcionar información sobre las siguientes cuestiones:⁹³

- Respecto de productos o servicios ofrecidos por las Instituciones Financieras⁹⁴ nacionales, con relación a sus características y formas de operación.
- Funcionamiento interno de la Comisión y sus alcances en la solución de los casos que cada usuario refiera.
- Presentación de reclamaciones en el ámbito de la interpretación de los servicios adquiridos, derivados de contratos de adhesión, así como del incumplimiento de éstos o de conductas indebidas que haya observado la Institución Financiera.

Asimismo, la Comisión tiene facultades de supervisión respecto la información publicitaria que presenten las Instituciones Financieras con el objeto de que ésta sea veraz, efectiva y no induzca a confusiones o interpretaciones erróneas.

El Procedimiento de Conciliación

Previsto en el título Quinto de la Ley de Protección y Defensa al usuario de servicios financieros (en lo sucesivo de este apartado simplemente “ley”), se practica antes del proceso arbitral, para que desde este punto se procure reducir el número de controversias que se ventilen de manera arbitral o judicial, sin embargo no se hace mención de la independencia de ambas figuras, lo que permite suponer que se da tratamiento consecutivo a la conciliación y arbitraje en ese orden.

Según el artículo 63, las reclamaciones de los usuarios, como promociones iniciales que dan comienzo a la fase conciliadora, deben contener los siguientes elementos:

⁹² http://www.condusef.gob.mx/conoce/que_es.html

⁹³ http://www.condusef.gob.mx/que_atiende/index.html

⁹⁴ De acuerdo al artículo 2, fracción IV de la Ley de Protección y Defensa al usuario de servicios financieros, Institución Financiera es en singular o plural, las sociedades controladoras, instituciones de crédito, sociedades financieras de objeto limitado, sociedades de información crediticia, casas de bolsa, especialistas bursátiles, sociedades de inversión, almacenes generales de depósito, uniones de crédito, arrendadoras financieras, empresas de factoraje financiero, sociedades de ahorro y préstamo, casas de cambio, instituciones de seguros, sociedades mutualistas de seguros, instituciones de fianzas, administradoras de fondos para el retiro, empresas operadoras de la base de datos nacional del sistema de ahorro para el retiro, y cualquiera otra sociedad que requiera de la autorización de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público o de cualesquiera de las Comisiones Nacionales para constituirse y funcionar como tales y ofrecer un producto o servicio financiero a los Usuarios.

- I. Nombre y domicilio del reclamante;
- II. Nombre y domicilio del representante o persona que promueve en su nombre, así como el documento en que conste dicha atribución;
- III. Descripción del servicio que se reclama, y relación sucinta de los hechos que motivan la reclamación;
- IV. Nombre de la Institución Financiera contra la que se formula la reclamación. La Comisión Nacional podrá solicitar a la Secretaría y a las Comisiones Nacionales los datos necesarios para proceder a la identificación de la Institución Financiera, cuando la información proporcionada por el Usuario sea insuficiente, y
- V. Documentación que ampare la contratación del servicio que origina la reclamación.

Si bien no se trata de una demanda genérica por las faltas de formalidad que ésta representa, recibe un tratamiento de escrito inicial en sentido lato pues en él se fijan los hechos que originan la reclamación, las pretensiones que se persiguen derivadas de tal incumplimiento o conducta inadecuada, las partes involucradas y los elementos probatorios que sostengan la afirmación del usuario o reclamante.

Dentro del tratamiento procesal que recibe la figura, en los artículos ulteriores al 63, se prevén diferentes hipótesis procesales comunes en los ordenamientos civiles y mercantiles como lo es la necesidad de conformar litisconsorcios activos en caso de los usuarios (con relación al artículo 53 del CPCDF y 1060 del Código de Comercio).

Recibida la reclamación, en la cual opera suplencia de la reclamación a favor del usuario,⁹⁵ la Comisión notificará a la Institución Financiera implicada para que formule respuesta a la reclamación en un plazo de ocho días hábiles, señalando además la fecha en que tendrá verificativo la audiencia de conciliación. Se tiene como plazo de prescripción para promover reclamaciones dos años a partir del hecho que les dio origen, siendo el caso que la presentación de la reclamación de acuerdo a los requisitos señalados interrumpirá la prescripción.

Es importante mencionar que la Comisión puede solicitar a la Institución Financiera objeto de la reclamación cualquier elemento que considere pertinente

⁹⁵ Por ello algunos autores consideran que esta nueva clase de instituciones protectoras tienen una esencia de derecho social al procurar beneficiar a la parte que por razones económicas se estima en desventaja (el usuario) frente a la otra (instituciones financieras) guardando cierta analogía con el binomio laboral trabajador – patrón. Sin embargo, sólo en el presente organismo de los estudiados opera tal suplencia.

para estar en mejores condiciones de lograr la conciliación, la cual de conformidad con el artículo 68 debe agotar las siguientes reglas:⁹⁶

Artículo 68.- La Comisión Nacional, deberá agotar el procedimiento de conciliación, conforme a las siguientes reglas:

I. La Comisión Nacional citará a las partes a una audiencia de conciliación que se realizará dentro de los veinte días hábiles siguientes contados a partir de la fecha en que se reciba la reclamación.

Como se mencionó, cuando se notifica a la Institución Financiera de la reclamación instaurada en su contra, se establece cuando se celebrará esta audiencia de conciliación, teniendo como plazo veinte días hábiles a la presentación de la reclamación, superior a los 9 días hábiles de la materia común respecto a la contestación de la demanda.

II. La Institución Financiera deberá, por conducto de un representante, rendir un informe por escrito que se presentará con anterioridad o hasta el momento de la celebración de la audiencia de conciliación a que se refiere la fracción anterior;

En este caso no estimamos adecuado que el informe a manera de contestación que rinda la Institución Financiera pueda ser presentado en el momento que se celebre la conciliación, pues sin duda resulta mas provechoso para ésta que el conciliador haya leído ambas posturas de manera previa y en la audiencia se limite a afinar los puntos en conflicto y pueda proponer con mayor atino soluciones, además que se evita la mala impresión que ocasiona: imagine al conciliador que comienza a leer en plena audiencia el escrito de la contraparte, presumiendo así su mala preparación, su desatención al problema y propiciando con ello la desconfianza del usuario, quien evidentemente se decepciona de no ser considerado con la importancia debida.

III. En el informe señalado en la fracción anterior, la Institución Financiera, deberá responder de manera razonada a todos y cada uno de los hechos a que se refiere la reclamación, en caso contrario, dicho informe se tendrá por no presentado para todos los efectos legales a que haya lugar;

La institución financiera deberá acompañar al informe, la documentación, información y todos los elementos que considere pertinentes para sustentarlo, no obstante, la Comisión Nacional podrá en todo momento, requerir a la institución financiera la entrega de cualquier información, documentación o medios electromagnéticos que requiera con motivo de la reclamación y del informe;

⁹⁶ Dada la importancia de este artículo, el cual contiene los lineamientos de la conciliación ante la Comisión, se transcribe literalmente con las anotaciones respectivas, en contraposición a lo enunciado de forma introductoria.

A mejor razón de lo dicho, la contestación por la importancia que conlleva debe ser estudiada con cuidado y no fugazmente como se faculta en la misma audiencia. En caso de su no presentación “todos los efectos legales a que haya lugar” parece una frase desatinada, sin embargo tales efectos son descritos en los artículos procedentes.

Respecto a los elementos de “mejor proveer” con que puede allegarse la Comisión, es una medida muy adecuada pues siempre la información permite estar en condiciones de lograr una conciliación que satisfaga los intereses de ambas partes o con posterioridad, permitir dilucidar cuestiones necesarias que las partes no hayan dejado entrever por cualquier razón.

IV. La falta de presentación del informe, no podrá ser causa para suspender o diferir la audiencia referida y ésta deberá darse por concluida el día señalado para su celebración, salvo que por cualquier circunstancia, a juicio de la Comisión Nacional no pueda celebrarse en la fecha indicada, caso en el cual se deberá verificar dentro de los cinco días hábiles siguientes;

Dar continuidad a la audiencia, a pesar de la falta de presentación del informe, es otro de los efectos legales; en cuando a la celeridad prevista en la audiencia para que no se prolongue por mas de un día es otro punto a favor de la Comisión, pues si algo desean las partes, especialmente el usuario, es tener un procedimiento ágil.

V. La falta de presentación del informe a que se refiere el párrafo anterior dará lugar a que la Comisión Nacional valore la procedencia de las pretensiones del usuario con base en los elementos con que cuente, y para los efectos de la emisión del dictamen técnico en su caso a que se refiere la fracción VII siguiente;

Segundo efecto legal de no presentación de la contestación: la Comisión valorará la procedencia de las pretensiones del usuario, con base a los elementos de convicción que existan; una visión mesurada y correcta del tratamiento de la reclamación, pues si bien la ley debe favorecer en lo posible al usuario, también lo es que generalmente éste no es perito en Derecho ni se encuentra asesorado debidamente, por lo que tal vez sus pretensiones no se apeguen a lo pactado entre las partes o resulte contradictorias, y teniéndolo por ciertas de forma llana como en la materia civil o mercantil afectaría los intereses de la Institución Financiera, sin contar que toda pretensión que formule deba ser probada eficazmente con la documentación que acompañe.

VI. La Comisión Nacional cuando así lo considere o a petición del Usuario, en la audiencia de conciliación correspondiente o dentro de los diez días hábiles anteriores a la celebración de la misma, podrá requerir información adicional a la Institución Financiera, y en su caso, diferirá la audiencia requiriendo a la Institución Financiera para que en la nueva fecha presente el informe adicional;

Aquí se faculta a petición de parte a la Comisión para allegarse de mas elementos idóneos que permitan llevar la conciliación a mejores términos, aunque estando facultada para ello desde el artículo 67, esta fracción resulta innecesaria.

VII. En la audiencia respectiva se exhortará a las partes a conciliar sus intereses, para tal efecto, el conciliador formulará propuestas de solución y procurará que la audiencia se desarrolle en forma ordenada y congruente. Si las partes no llegan a una conciliación, la Comisión Nacional las invitará a que, de común acuerdo, designen como árbitro para resolver su controversia a la propia Comisión Nacional o a alguno o algunos de los árbitros que ésta les proponga, quedando a elección de las mismas que el juicio arbitral sea en amigable composición o de estricto derecho. El compromiso correspondiente se hará constar en el acta que al efecto se firme ante la Comisión Nacional. En caso de no someterse al arbitraje se dejarán a salvo sus derechos para que los hagan valer ante los tribunales competentes o en la vía que proceda.

Si concluidas las negociaciones de conciliación no es posible llegar a un acuerdo, se invitará a las partes a someterse a arbitraje de acuerdo a las reglas del capítulo siguiente, celebrando el acuerdo de arbitraje ante la Comisión. Si no se someten a arbitraje, sus derechos quedan a salvo para que puedan hacerlos valer ante la vía procedente.

En el evento de que la Institución Financiera no asista a la junta de conciliación o las partes rechacen el arbitraje, y siempre que del expediente se desprendan elementos que a juicio de la Comisión Nacional permitan suponer la procedencia de lo reclamado, ésta podrá emitir, previa solicitud por escrito del Usuario, un dictamen técnico que contenga su opinión. Para la elaboración del dictamen, la Comisión Nacional podrá allegarse todos los elementos que juzgue necesarios.

La Comisión Nacional entregará al reclamante, contra pago de su costo, copia certificada del dictamen técnico, a efecto de que lo pueda hacer valer ante los tribunales competentes, quienes deberán tomarlo en cuenta en el procedimiento respectivo;

La solicitud se hará del conocimiento de la Institución Financiera para que ésta manifieste lo que a su derecho convenga y aporte los elementos y pruebas que estime convenientes en un plazo que no excederá de diez días hábiles.

Si la Institución Financiera no hace manifestación alguna dentro de dicho plazo, la Comisión emitirá el dictamen con los elementos que posea.

El dictamen contendrá una valoración técnico-jurídica elaborada con base en la información, documentación o elementos que existan en el expediente, así como en los elementos adicionales que el organismo se hubiere allegado.

La Comisión contará con un término de noventa días hábiles para expedir el dictamen correspondiente. El servidor público que incumpla con dicha obligación,

será sancionado en términos de la Ley de Responsabilidades de los Servidores Públicos.

El resto de la fracción nos habla sobre el “dictamen técnico” el cual es una valoración técnico-jurídica elaborado con base a los medios que existan en el expediente, dando incluso una oportunidad más a la Institución Financiera en cuestión de aportar elementos que permitan crear una perspectiva mas favorecedora a sus intereses en tal dictamen, para que después a costa del usuario, la Comisión le proporcione copia certificada de éste el cual servirá como un elemento probatorio ante los tribunales competentes.

Sin embargo, el último párrafo de la fracción es desesperanzador: hasta 90 días hábiles –casi 4 meses– tiene la comisión para rendir el susodicho informe. Un plazo, sinceramente, exagerado.

VIII. En caso de que las partes lleguen a un acuerdo para la resolución de la reclamación, el mismo se hará constar en el acta circunstanciada que al efecto se levante. En todo momento, la Comisión Nacional deberá explicar al Usuario los efectos y alcances de dicho acuerdo; si después de escuchar explicación el Usuario decide aceptar el acuerdo, éste se firmará por ambas partes y por la Comisión Nacional, fijándose un término para acreditar su cumplimiento. El convenio firmado por las partes tiene fuerza de cosa juzgada y trae aparejada ejecución;

Si se alcanza un convenio conciliatorio, éste tiene fuerza de cosa juzgada y es título ejecutivo; para ello la Comisión tiene la obligación de explicar detalladamente los alcances del mismo y fijar un plazo para su cumplimiento.

IX. La carga de la prueba respecto del cumplimiento del convenio corresponde a la Institución Financiera y, en caso de omisión, se hará acreedora de la sanción que proceda conforme a la presente Ley, y

Otro punto a favor de la Comisión: le corresponde a la Institución Financiera demostrar que ha cumplido el convenio so pena de sanción de prevé la Ley.

La ultima fracción X la hemos omitido dado que su contenido se refiere al tratamiento del pasivo contingente (sobre todo en afianzadoras) respecto de las reclamaciones, lo cual evidentemente no tiene relación con la presente investigación.

Por último, si el usuario no acude a la audiencia de conciliación y no rinde justificación dentro de diez días, se le tendrá por desistido y no podrá presentar de nuevo la reclamación ante la Comisión. Los artículos 72 Bis y 72 Ter al parecer se encuentran desfasados pues no se refieren a la conciliación, sino al arbitraje del cual hablamos enseguida.

El compromiso arbitral y su proceso

Antes de entrar plenamente al capítulo II en su artículo 73 sobre arbitraje formalmente, referimos brevemente que los artículos 72 Bis y Ter prevén lo relacionado a las reglas de procedimiento de la Comisión las cuales pueden utilizar las partes y la excusación de los árbitros que tramitará conforme al artículo 39 del Código Federal de Procedimientos Civiles; y los requisitos para ser propuesto como árbitro de la Comisión, respectivamente.

Ahora bien, retomando las nociones de la fracción VII del artículo 68, y con todos los elementos que han sido estudiados, el acuerdo de arbitraje deberá contener:

- Si se trata de Arbitraje en amigable composición o estricto derecho.
- Se fijarán las cuestiones en controversia (objeto del arbitraje)
- Se establecen las reglas del proceso arbitral, teniendo como supletorio al Código de Comercio.

Si se trata de arbitraje en estricto derecho, se está a lo previsto en el artículo 75 el cual contiene los lineamientos mínimos a observar para asegurar las formalidades del proceso siendo, bajo esta óptica, un cuasi proceso. Sin embargo hay algunos elementos que no aparecen en la legislación ni en la mercantil, los cuales son como diferencias notables destacamos:

- El periodo probatorio se divide en 5 días para atacar las pruebas del demandado y 10 en común.
- La “prueba”⁹⁷ de instrumental de actuaciones se tiene por presentada de manera oficiosa.
- La gestión en el despacho de oficios y exhortos corre a costa del interesado.
- Si a juicio del árbitro no se desahoga alguna prueba por causas imputables al oferente, se le tendrá por desistido de tal probanza.
- Los términos son improrrogables, salvo el probatorio el cual podrá ser prorrogado en una sola ocasión, y no es necesario acusar rebeldía.
- Se aplica supletoriamente en primer grado el Código de Comercio y en segundo grado el CPCDF salvo por los artículos 1235 y 617, respectivamente; el 1235 prevé que es necesaria la confesión ante la autoridad judicial para perfeccionarse cuando se origina de la contestación o cualquier otro acto en juicio, y el 617 prevé una duración máxima de 60 días

⁹⁷ No consideramos que la “instrumental de actuaciones” sea un medio de prueba. Al respecto puede consultarse de forma muy convincente al maestro Néstor de Buen en su *Derecho Procesal del Trabajo*.

del proceso arbitral, siendo que en ambos casos por excepción no se aplican en el proceso arbitral ante la Comisión.

- La caducidad de la instancia se produce por inactividad procesal en un plazo de 60 días a partir de la última actuación.
- Al igual que en la fase conciliatoria, la Comisión puede allegarse de cualquier elemento que estime conveniente obteniendo el auxilio de cualquier autoridad judicial o administrativa.
- En cuanto al laudo, éste y las resoluciones que pongan fin a los incidentes de ejecución solo admiten como medio de defensa el juicio de Amparo, pues las demás resoluciones dictadas por el árbitro que admitan recurso serán resueltas por él en un plazo no mayor de 48 horas.
- Al igual que el convenio conciliatorio, el laudo requiere que su cumplimiento sea notificado dentro de las 72 horas siguientes a su dictado, teniendo a su alcance como medios de apremio multas y el auxilio de la fuerza pública.
- De no darse cumplimiento al laudo en tal plazo, se turna el expediente al juez competente para su ejecución judicial⁹⁸ resultando aplicables las disposiciones relativas al desacato de una orden judicial.

Reflejo Práctico: Algunas cifras.

Es imperioso referir en este apartado, cuya intención es hacer notar la situación actual de cada institución respecto de las controversias que cada una ventila, que vía correo electrónico respecto de la CONDUSEF únicamente se obtuvo una tibia respuesta donde se establece que las estadísticas disponibles son aquellas que aparecen en su portal de internet, y que para solicitar otras, mas actuales, era necesario enviar la solicitud al IFAI – Instituto Federal de Acceso a la Información. Pese a que se envió la solicitud el día 10 de Junio del año 2008 y han transcurrido ya mas de 2 meses, plazo de respuesta que indica la misma, no se ha obtenido ninguna información relacionada que permita dilucidar en fechas mas recientes el estado de la conciliación y el arbitraje ante este organismo.⁹⁹

⁹⁸ En el caso de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros e Instituciones de Fianzas, la vía de apremio consiste en el remate de valores invertidos en Bolsa, medida muy efectiva que debiera hacerse extensiva a todas las Instituciones Financieras.

⁹⁹ http://www.condusef.gob.mx/informacion_estadistica/archivos/estadisticas_enero_octubre_2007.swf (consultada el día 20 de Agosto de 2008)



Acuse de Recibo

10/06/2008 17:16:23

Solicitud de Información Pública o de Acceso a Datos Personales

Número de Folio 0637000014508

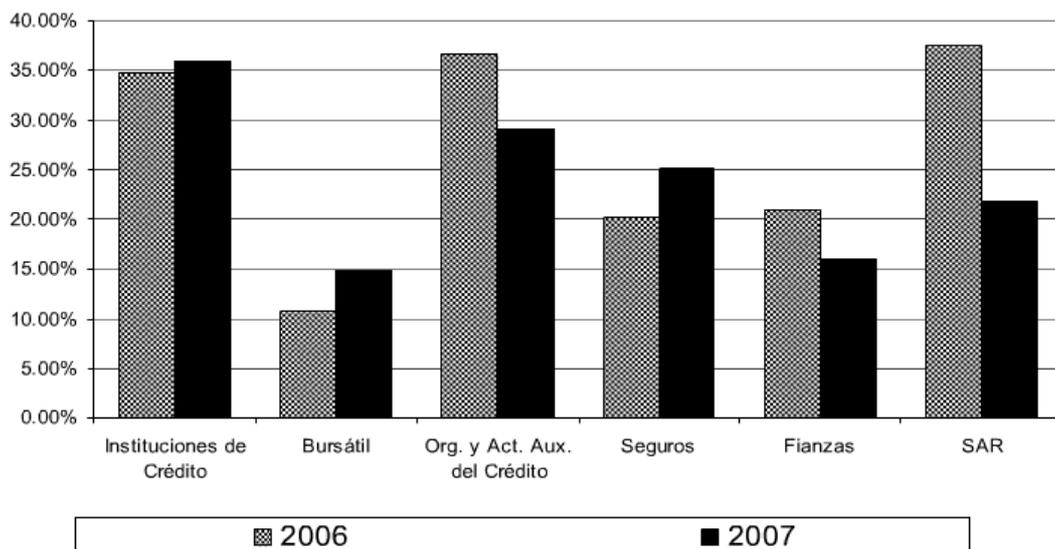
Solicitante:

Nombre o Razón Social: Marco Antonio Sandoval López
RFC:
Representante:
Domicilio: Rosarios Castellanos, 320, 201, Maza de Juárez. C.P. 09330; IZTAPALAPA, DISTRITO FEDERAL

Unidad de enlace:

Dependencia o entidad: COMISIÓN NACIONAL PARA LA PROTECCIÓN Y DEFENSA DE LOS USUARIOS DE SERVICIOS FINANCIEROS

Porcentaje de conciliación según sector



El porcentaje de asuntos conciliados ha disminuido en el sector Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito pasando de 37 asuntos conciliados de cada 100 atendidos en el periodo enero-agosto de 2006 a 29 en el mismo periodo de 2007.

Mientras que el sector del SAR presenta el mayor decremento en asuntos conciliados al pasar de 37 asuntos de cada 100 atendidos en 2006 a 22 en 2007. Por lo que toca a los sectores que tuvieron incrementos se destacan el de bursátil al pasar de 11 a 15 asuntos conciliados de cada 100 atendidos y el de seguros de 20 a 25. De cualquier forma, se observa un incremento notable en el aspecto conciliatorio entre los rubros señalados.

**Estadísticas globales de las acciones de atención a usuarios en CONDUSEF,
Enero – Octubre 2007 (cifras estimadas)**

| Acciones de Atención | Asist. Técnicas y Jurídicas ¹ | Reclamaciones | Arbitrajes | Solicitudes de Dictámenes Técnicos | Solicitudes de Defensoría Legal ² | Defensorías | Total | % |
|---|---|----------------------|-------------------|---|---|--------------------|----------------|---------------|
| Sector | | | | | | | | |
| Instituciones de Crédito | 125,085 | 16,551 | 1 | 949 | 1,578 | 571 | 144,735 | 39.8% |
| Bursátil | 282 | 32 | 0 | 3 | 0 | 0 | 317 | 0.1% |
| Org. Aux. de Crédito | 840 | 144 | 0 | 42 | 18 | 0 | 1,044 | 0.3% |
| Entidades de Ahorro y Crédito Popular | 890 | 27 | 0 | 0 | 0 | 0 | 917 | 0.3% |
| Sociedades Financieras de Objeto Múltiple | 215 | 63 | 0 | 0 | 0 | 0 | 278 | 0.1% |
| Seguros | 24,902 | 7,003 | 1 | 660 | 590 | 104 | 33,260 | 9.2% |
| Fianzas | 373 | 132 | 1 | 21 | 0 | 0 | 527 | 0.1% |
| SAR | 157,884 | 3,131 | 0 | 54 | 206 | 62 | 161,337 | 44.4% |
| No Financiero ³ | 20,761 | 76 | - | - | - | - | 20,837 | 5.7% |
| SUBTOTAL | 331,232 | 27,159 | 3 | 1,729 | 2,392 | 737 | 363,252 | 100.0% |
| IVR ⁴ | 539,828 | | | | | | | |
| TOTAL | 871,060 | 27,159 | 3 | 1,729 | 2,392 | 737 | 903,080 | - |

1 Incluye consultas jurídicas.

2 Se refiere a las peticiones de los usuarios para que se les otorgue una defensoría legal gratuita u orientación jurídica, de acuerdo con lo establecido en los artículos 86 y 87 de la Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros.

3 Se refiere a consultas generales que corresponden a empresas que no pertenecen a algún sector financiero en particular. Sin embargo, significó una atención en el sentido de informar adecuadamente a la persona y orientarla hacia la entidad u organismo que pudiera atender sus inquietudes, lo que queda enmarcado en los conceptos de difusión de la cultura financiera y atención ciudadana.

4 Se refiere a llamadas recibidas por el Interactive Voice Response.

El número ínfimo de arbitrajes tramitados en el periodo señalado permite suponer dos cuestiones: la negativa recurrente de las Instituciones a someterse ante tal proceso, o bien, la desconfianza del usuario ante el arbitraje; ambas razones reflejo de una cultura jurídica escasa o inexistente que en todo caso debe imputarse en mayor medida a la Institución Financiera, pues de procurar mejorar su atención hacia los usuarios, se sometería al arbitraje de buena fe y en mayor medida, siendo ésta finalmente quien posee la mejor capacidad para acatar los laudos, y promover su uso entre la población.

4.1.2 La CONAMED: Comisión Nacional de Arbitraje Médico.¹⁰⁰

En junio de 1996 se publicó en Decreto Presidencial de creación de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico¹⁰¹ que la estructura como un órgano desconcentrado de la Secretaría de Salud y la define como una instancia para resolver los conflictos entre usuarios y prestadores de servicio médico, teniendo como principios generales:

- Imparcialidad
- Confidencialidad
- Economía procesal
- Buena Fe
- Discusión
- Igualdad de las partes
- Participación directa de los interesados
- Honestidad
- Gratuidad
- Avances tecnológicos y especialización

Si bien el patrimonio, en su perspectiva pecuniaria resulta elemental al hombre para satisfacer sus necesidades, también lo es que en importancia la vida lo supera como bien jurídico tutelado y así parece confirmarlo este ordenamiento, el cual a nuestro parecer, refleja el mejor tratamiento de arbitraje de las tres instituciones en estudio¹⁰², pues si bien se detecta alguna esencia proteccionista hacia el usuario de los servicios médicos, también es evidente el alto sentido de justicia social que posee la ley, procurando la equidad entre las partes procesalmente, sin que la balanza se incline de forma reiterada hacia alguna parte, sin dejar de mencionar la técnica jurídica exacta, de herencia civil, con la cual se redactaron las reglas de conciliación y arbitraje.

Lo anterior también puede deberse al grado de especialización con que cuenta la Comisión, situación que se hace notar de manera recurrente en el texto legal, lo cual ha contribuido de manera relevante a su fortalecimiento y a demostrar en el plano práctico otra ventaja mas del arbitraje sobre el proceso judicial: especialización.

¹⁰⁰ Hacemos un grato agradecimiento al Lic. Raúl Moctezuma Carrillo, Director Jurídico de la Dirección de Conciliación de la CONAMED, por su amable atención al permitirnos haberle realizado una entrevista el día 13 de Agosto del año 2008, en las Instalaciones de la Comisión.

¹⁰¹ *Diario Oficial de la Federación del 3 de Junio de 1966*, págs. 78-81, sección primera.

¹⁰² No dejamos de mencionar que es la única institución cuya ley manifiesta de forma expresa, en su artículo 6: “Los procedimientos ante la CONAMED *invariablemente* serán gratuitos”.

*El Procedimiento de Conciliación*¹⁰³.

Éste se encuentra contenida en los artículos 55 al 69 del reglamento aunque antes es conveniente sentar las bases de la queja, como escrito inicial que da inicio a la conciliación. Como puede preverse, de manera análoga a una demanda ordinaria, debe contener el nombre y datos del promovente, hechos que dan motivo a su queja, pretensiones, pruebas que ofrezca y firma, siendo todo estos necesarios para la admisión de la queja (art. 49). Respecto del contenido de la queja, destacamos:

- Cuando se presentan documentos originales, la comisión agrega copias al expediente de tales y devuelve los originales a los interesados, excepto en el caso de estudios imagenológicos (como el caso de radiografías o fotografías tomas con ayuda de instrumental especializado como colonoscopías).

Este es un factor muy positivo para las partes al realizarse de oficio, ya que muy posiblemente las partes necesiten tales documentos para otros trámites, o simplemente, por la importancia que conllevan, puede resultar peligroso dejarlos glosados simplemente al expediente, pues al caso no existe la figura del “seguro del juzgado” donde tales documentos supuestamente gozan de mayor seguridad. Pese a lo anterior, es muy común que en juicios ejecutivos y otros cuyo documento base de la acción corra riesgo por su naturaleza, los promoventes glosen copia certificada del mismo y mantengan en su poder los originales, respecto al proceso judicial tradicional.

- Las pretensiones deben ser puramente civiles: la comisión no tiene injerencia alguna en cuestiones laborales o penales; asimismo no será procedente la queja cuando verse exclusivamente sobre el monto de servicios derivados o bien, la queja no se refiera a la negativa o irregularidad en la prestación de servicios médicos.

En este caso se limita la actuación de la Comisión atendiendo a su especialización y por su carácter protectivo, la ley refiere que en caso de actualizar alguna hipótesis en que no sea competente, orientará al quejoso para que acuda en la instancia correspondiente. Asimismo, en caso de queja irregular, se previene al quejoso a efecto de que la rectifique y darle debido trámite.

- De igual forma que en la CONDUSEF, se prevé la conformación de litisconsorcios activos con el objeto de acordar el trámite en un solo expediente, nombrando representante común.

¹⁰³ En lo sucesivo del apartado, al mencionar “reglamento” se hace referencia al Reglamento de Procedimientos para la atención de quejas médicas y atención pericial de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico.

Ahora bien, entrando ya al tema que nos ocupa, exponemos las nociones mas representativas de la conciliación las cuales a nuestro parecer son:

- Dado el aspecto volutivo esencial de estos procedimientos (el cual también puede tender a ser una desventaja, según se vea) es necesario que presentada la queja el prestador del servicio médico acepte someterse a los procedimientos y en su caso al arbitraje de la comisión. En caso contrario, éste no puede operar.
- A diferencia de CONDUSEF, se practica una *diligencia explicativa* (art.56) la cual resulta de gran utilidad, pues debido a la desinformación jurídica generalizada, así como los constantes mitos y correrías populares respecto al Derecho, con ella se permite establecer la naturaleza y alcances de los procedimientos y proceso arbitral ante la comisión.
- Si el prestador del servicio no acepta someterse ante los procedimientos y proceso arbitral de la comisión, ésta le solicitará un informe médico y en caso de instituciones, copia del expediente clínico, para que sea entregado en 10 días a la comisión. La falta de tal documentación da lugar a emitir una opinión técnica al respecto.¹⁰⁴
- El prestador del servicio médico al realizar la contestación de la queja puede precisar las propuestas de arreglo que estime convenientes; desde este primer contacto jurídico se prevé la posibilidad de llegar a un arreglo. Si no presenta este escrito, habiendo aceptado someterse al procedimiento, se tendrán por presuntivamente ciertos los hechos de la queja, salvo prueba en contrario.
- La audiencia conciliatoria, que es notificada con al menos 5 días previos a su celebración, permite al funcionario que la presida requerir de cualquier elemento que estime necesario para conseguir la conciliación, así como realizar las atribuciones de la comisión.
- En caso de inasistencia injustificada, se otorga un plazo de 5 días para justificarla; sin embargo al no hacerlo, se acordará como asunto concluido, siendo el caso que la ley prevé que si la hipótesis es actualizada por el quejoso, no podrá presentar una queja ulterior por los mismos hechos, sin que imponga consecuencia alguna al prestador de servicios médicos inasistente. Esta situación obliga a la reflexión pues si éste no asiste, cómodamente el procedimiento concluirá y la controversia continuará, en

¹⁰⁴ Según el artículo 2 en su fracción XI, *la opinión técnica* se define como el análisis emitido por la CONAMED, a través del cual establecerá apreciaciones y recomendaciones necesarias para el mejoramiento de la calidad en la atención médica, especialmente en asuntos de interés general. Pueden estar dirigidas a las autoridades, corporaciones médicas y prestadores de servicio médico; no son emitidas a petición de parte ni resuelven cuestiones litigiosas. Esta función es un reflejo de las nociones del *ombudsman* en materia de servicios médicos por la utilidad social que conlleva.

perjuicio del quejoso, quien ha perdido recursos y tiempo ante la comisión al no obtener ningún resultado satisfactorio o útil de su gestión.¹⁰⁵

- En caso de arribar a una conciliación exitosa, el instrumento sobre el cual se haga constar ésta produce los efectos de cosa juzgada, teniendo siempre en consideración los siguientes principios bajo esta jerarquía:
 1. Protección a la salud de los usuarios.
 2. En conflictos de derechos, se busca proteger a quien deba evitársele perjuicios respecto de quien pretenda obtener lucro.
 3. En conflictos de derechos de la misma naturaleza, se buscará la resolución observando la mayor igualdad entre las partes.

Parece que estos preceptos del artículo 68 refieren mas nociones de un arbitraje en equidad que los de una transacción, siendo éste otro reflejo del sentido social de la ley en armonía con la formalidad del derecho civil, previendo la ley en el mismo numeral las cuestiones relacionadas con la nulidad absoluta y relativa, recordando con buena razón que finalmente la transacción es un contrato, figura más usual por la cual la conciliación termina con éxito.¹⁰⁶

El Compromiso Arbitral y su proceso

En este apartado notamos influencias mercantiles respecto a la formalidad del compromiso arbitral, pues es el compromiso estudiado que requiere mas elementos para su debida conformación, además de permitir que tal compromiso, así como las actuaciones arbitrales ulteriores, puedan otorgarse y tramitarse por cualquier medio; esto de conformidad al artículo 3 del reglamento con relación al artículo 1423 del Código de Comercio¹⁰⁷ dejando en ello entrever la previsión respecto de los avances tecnológicos que permitan también un mejoramiento en la calidad de administración de justicia y solución de conflictos.¹⁰⁸

De esta forma, el compromiso arbitral ante la CONAMED cuando es otorgado por un instrumento especial de la institución, deberá contener: (art. 71)

¹⁰⁵ Al respecto el Lic. Moctezuma hace énfasis en que la voluntad rige este procedimiento, sin embargo tras haber celebrado el compromiso de someterse a tal procedimiento, es posible acudir al auxilio de un juez para realizar las medidas de apremio convenientes. De cualquier forma, este hecho puede resultar tedioso al quejoso y preferir optar por otras vías. Sin embargo, el escenario es poco común, pues la mayoría de los médicos prefiere acudir al procedimiento conciliatorio por la calidad de especialización de la Comisión.

¹⁰⁶ La causa de la nulidad absoluta es la *ilicitud*: es imprescriptible, no puede ser ratificada, no produce efectos y la acción compete a todo interesado; a contrario sensu de la nulidad relativa que se origina por vicios internos, puede ser convalidada, prescribe, produce efectos y la acción solo le corresponde a la parte perjudicada. En cambio, la inexistencia no admite grados y es única. Rojina Villegas distingue: “En la inexistencia falta ala acto un elemento esencial. En la nulidad, el acto jurídico existe, por cuanto que tiene todos sus elementos esenciales, pero alguno de ellos padece de un vicio que le resta validez.” *Derecho Civil Mexicano*, Volumen V (Obligaciones), tomo I, p. 127.

¹⁰⁷ *Supra* p. 54

¹⁰⁸ Es el caso de PROFECO como se estudiará más adelante, a través de su programa de Concilianet.

1. Los datos generales de las partes
2. El negocio o negocios que se sujeten a proceso arbitral
3. El termino fijado para el procedimiento arbitral, si se modifica el previsto en el reglamento. (se comienza a contar a partir de que la comisión acepte el nombramiento de ambas partes)
4. La aceptación de las reglas del reglamento y mención de las reglas especiales si las hubiere.
5. Determinación de las partes si renuncian a la apelación
6. Constancia de las partes de ser sabedores que el proceso arbitral produce excepciones ante la jurisdicción ordinaria de incompetencia y litispendencia.
7. Constancia de las partes que no existe controversia pendiente de trámite, conexidad de causa o cosa juzgada respecto al objeto del arbitraje.
8. Constancia del juez que haya de ser competente para todos los actos del proceso arbitral en que la comisión no tenga facultades.
9. Las demás que convengan las partes.

Respecto del proceso arbitral ya instaurado, hacemos las siguientes observaciones:

- En ningún caso la Comisión puede fungir como perito, aún en el supuesto de que sea propuesto como tercero en discordia. (art. 75) Esta hipótesis resulta útil para enfatizar la imparcialidad de la institución, pues si fuere perito en el proceso arbitral contravendría el principio jurídico de la imposibilidad de actuar como juez y parte al mismo tiempo; aclarando esta idea, ya que bien es sabido que un perito no es parte, la comisión tiene a bien conservar su posición de juzgador, quien dirime la controversia y bajo ese concepto funge como perito general del fondo de la controversia y no como perito de una cuestión específica dentro del proceso mismo, gracias a su nivel de especialización. (art. 79)
- La comisión puede determinar elementos de convicción para mejor proveer, y tiene la libertad de solicitar a las partes la información que estime necesaria para dilucidar los hechos; se convierte en un auténtico director del proceso quien está facultado para determinar las mejores pruebas que prueben las pretensiones de cada parte, evitando en ello enfrascarse en pruebas inútiles, ofrecidas generalmente de mala fe.
- Relacionando los numerales 77 y 85, encontramos al caso una marcada protección hacia el personal médico: el primer precepto prohíbe el ofrecimiento de la prueba confesional, salvo que se relacionen con las

manifestaciones que ya obren en autos¹⁰⁹ y por su parte el artículo 85 prevé que esta *“estrictamente prohibida y se desechará de plano, la propuesta de las partes para citar indiscriminadamente al personal médico que haya tenido relación con la atención del quejoso...”*¹¹⁰ siendo tal situación en primera impresión una desventaja para el quejoso, cuando en realidad no resulta de ese modo.

- La preclusión procesal se realiza de manera oficiosa, sin que sea necesario acusar la rebeldía atendiendo a la prontitud que debe ser característica de todo proceso arbitral. (art. 32 y 48 fracción VII)
- Se permite en cualquier parte del proceso o procedimiento según se trate, celebrar transacción parcial respecto del objeto del arbitraje o de la controversia, por lo que los puntos que no se resuelvan contractualmente tendrán fallo con el laudo definitivo. (art. 46)
- Cualquiera que fuere el pacto de las partes, la Comisión está obligada a recibir pruebas y alegatos, en atención a las formalidades esenciales del procedimiento. (art. 47)
- Todas las cuestiones litigiosas serán resueltas en el laudo definitivo; no existe tal figura de “laudo complementario” que hemos criticado con anterioridad que prevé la CONDUSEF, siendo a nuestro parecer, una deficiencia grave en tal ordenamiento arbitral. (art. 48, fracción V)
- Las audiencias, por la naturaleza de los temas médicos que aborda la institución, son privadas (art. 48 fracción 6ª) y el laudo solo se da a conocer públicamente cuando resulta adverso al prestador de servicios médicos¹¹¹

¹⁰⁹ Encontramos también una disposición similar en la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo en su artículo 40 párrafo segundo, el cual a la letra prevé: “En los juicios que se tramiten ante el Tribunal, serán admisibles toda clase de pruebas, excepto la de confesión de las autoridades mediante absoluciones de posiciones y la petición de informes, salvo que los informes se limiten a hechos que consten en documentos que obren en poder de las autoridades;” en el entendido que se trata de una posición procesal privilegiada considerando el cúmulo de actividades que desempeñan los funcionarios públicos, además de su limitada eficacia en la los procesos de la especie, pudiendo resultar con mayor peso valorativo otras probanzas.

¹¹⁰ Más que una protección, explica el Lic. Moctezuma, es una forma de delinear el proceso, seleccionando únicamente a aquellos servidores que estén relacionados de forma directa con los hechos relatados; lo anterior porque los quejosos en general suelen solicitar la comparecencia de demasiados servidores sin que tengan injerencia real con los hechos.

¹¹¹ El Lic. Moctezuma al respecto refiere que se trata en realidad de una medida de apremio informal, ya que la parte vencida puede ver afectada su reputación médica si no cumple con el laudo; la finalidad de la Comisión no es desprestigiar el gremio médico, sino procurar siempre la solución pacífica y eficiente de los conflictos generados por tales servicios médicos, los cuales muchas veces son provocados por “una mala comunicación entre médico-paciente”

- Marcada tendencia hacia la oralidad y simplificación: no se requiere la presentación de promociones escritas; las alegaciones se harán verbalmente y las pruebas pueden desahogarse sin formalidades especiales, asentando la comisión las actuaciones en las actas correspondientes, por lo que la audiencia conciliatoria, así como la de pruebas y alegatos deben concluir en el mismo día en que se inicien. (art. 48 fracciones 9ª y 10ª)
- La comisión esta facultada para intentar la conciliación de las partes en todo tiempo antes de dictar el laudo definitivo; por lo que la etapa de conciliación en sentido estricto no se cierra al terminar su respectiva audiencia. (art. 48)
- La cumplimentación del laudo debe verificarse en un plazo de 30 días hábiles contados a partir de su notificación, y en caso de requerir ejecución, la Comisión brinda asesoría al quejoso para realizar el trámite respectivo.

Reflejo práctico: algunas cifras.

De acuerdo al portal de Internet de la comisión, estas son algunas cifras que reflejan la operatividad de los procedimientos enunciados, durante el año 2008:¹¹²

MODALIDAD DE CONCLUSION DE LOS ASUNTOS RESUELTOS

| MODALIDAD DE CONCLUSION | | Junio | ENE - JUN | % |
|-------------------------------------|---|-------|-----------|--------|
| GESTION INMEDIATA | | 51 | 235 | 21.74 |
| CONCILIACION | | 61 | 406 | 37.56 |
| LAUDO | DERIVADO DE LA ACEPTACION DEL ARBITRAJE | 5 | 37 | 3.42 |
| | DERIVADO DE LA ACEPTACION DEL ARBITRAJE POST - PROPUESTA DE ARREGLO | - | - | 0.00 |
| NO CONCILIACION | | 43 | 276 | 25.53 |
| FALTA DE INTERES PROCESAL | | 25 | 114 | 10.55 |
| IRRESOLUBLES | | 3 | 13 | 1.20 |
| ENVIADAS A LAS COMISIONES ESTATALES | | - | - | 0.00 |
| TOTAL | | 188 | 1,081 | 100.00 |

Inmediatamente salta a la vista el número superior de Arbitrajes realizados, sin duda alguna por la perspectiva superior del personal que labora en la comisión, subrayando nuevamente la reglamentación, exacta, que recibe el proceso arbitral y la conciliación en el Reglamento respectivo de la comisión, teniendo así un marco jurídico cómodo e idóneo para desempeñar tales funciones. Únicamente le restaría a la Comisión procurar tener mayor penetración entre la población y el personal

¹¹² <http://www.conamed.gob.mx/estadistica/pdf/ce002.pdf> (consultada al día 20 de Octubre de 2008) La estadística corresponde al año actual, 2008.

médico para incrementar su influencia y ser parte fundamental en este reto que representa la popularización de estos métodos alternativos de justicia.

4.1.3 La PROFECO: Procuraduría Federal del Consumidor

Creada en 1976 como organismo descentralizado de servicio social, personalidad jurídica y patrimonio propio con funciones de autoridad administrativa, su objeto es ser una institución efectiva en la promoción de una cultura de consumo inteligente y en la aplicación de la ley. Así, la comisión tiene facultades de solución de controversias entre proveedores¹¹³ y consumidores a través de la conciliación y el arbitraje, y de vigilancia y verificación con base en la Ley de Metrología y Normalización, así como con los ordenamientos secundarios aplicables y revisión de los contratos de adhesión y otros actos de proveedores susceptibles de daño en la esfera jurídica del consumidor.

Tal vez por metodología hubiese sido más conveniente dejar a la CONAMED en el último lugar para su estudio, al considerarla desde una visión personal, la comisión con mejores reglas de conciliación y arbitraje, sin embargo, hemos decidido dejar a la PROFECO en este tercer lugar porque sus características bien sirven para concluir el presente apartado.

Decimos lo anterior porque sin duda alguna, es la institución más reconocida entre las referidas, la que tiene mayor penetración entre toda la población, con un rango de aceptabilidad y confianza amplio que le ha permitido acercarse al público consumidor a través de todos los medios de comunicación, innovando bajo el concepto denominado *ConciliaNet*, del cual hablaremos a continuación, pues sin duda alguna es un proyecto que puede dar respuesta a varias problemáticas en la actualidad, aunque, se admite, también aún deja muchas preguntas, que solo podrán ser resueltas con la experiencia que el tiempo nos permita obtener.

El procedimiento de Conciliación

Éste se inicia con la reclamación del consumidor (art. 99 Ley Federal de Protección al Consumidor, en lo sucesivo “ley”) la cual puede ser presentada por cualquier medio calificado como idóneo por la ley incluyendo la oralidad y los medios electrónicos; los elementos mínimos que requiere para su procedibilidad son los siguientes:

- a) Nombre y domicilio del reclamante
- b) Descripción del bien o servicio que se reclama
- c) Relación de los hechos

¹¹³ Según el artículo 2 fracción II de la ley, se entiende por proveedor: “la persona física o moral que habitual o periódicamente ofrece, distribuye, vende, arrienda o concede el uso o disfrute de bienes, productos y servicios”

- d) Nombre y domicilio del proveedor
- e) Recibo o documento que ampare la operación materia de la reclamación.
- f) Señalar el lugar o forma en que solicita se desahogue su reclamación.

Respecto a la reclamación, las reflexiones son éstas:

- A diferencia de las otras instituciones, la procuraduría tiene competencia en materia de cuantía: únicamente será competente respecto de controversias cuyo valor no exceda de \$345,580.08¹¹⁴. Si el objeto del litigio excede tal cantidad, deberá substanciarse ante los tribunales convencionales.
- En caso de que no sea posible determinar con exactitud el domicilio del proveedor, la procuraduría puede solicitar a las autoridades idóneas la información necesaria para ubicarlo.
- La reclamación, de acuerdo al inciso f) del artículo 99, podrá desahogarse a elección del reclamante, en el lugar en que se haya originado el hecho motivo de la reclamación; en el del domicilio del reclamante, en el del proveedor, o en cualquier otro que se justifique, tal como el del lugar donde el consumidor desarrolla su actividad habitual o en el de su residencia. (art. 100)

Este es un aspecto muy positivo, ya que esta prórroga de competencia por territorio acerca una posible solución al consumidor, observando muy de cerca el artículo 17 constitucional y los objetos de la misma institución al favorecer en lo posible al consumidor.

Una vez que se ha declarada procedente la reclamación, la procuraduría tiene un plazo de 15 días para notificar al proveedor requiriéndole un informe por escrito (pierde la flexibilidad que disfruta el consumidor para la presentación de la reclamación); y presentado este informe se fijará fecha para que tenga verificativo la audiencia de conciliación, por lo menos cuatro días después de haber sido notificado el proveedor.

La audiencia de conciliación ante esta procuraduría tiene las siguientes características:¹¹⁵

- El plazo de cuatro días por lo mínimo solo resulta razonable si se computan solo días hábiles. Sin embargo, conforme al artículo 108 de la ley, todos los cómputos que plantea la ley son en días naturales, dejando en un escenario

¹¹⁴ Cantidad actualizada al 21 de Diciembre del año 2007. Solo aplica en caso de proveedores que fungen como intermediarios y por ende, se les puede considerar consumidores respecto de otro comerciante.

¹¹⁵ Pese a que no se encuentra actualizada, la obra del Dr. José Ovalle Favela, *Comentarios a la Ley Federal de Protección al Consumidor, Doctrina y Jurisprudencia*, 1ª edición, Mc Graw Hill, 1995, resulta una magnífica referencia para aquellos aspectos que no han sido modificados. Desde luego, pese a la siempre sólida opinión del autor de referencia, hacemos las acotaciones personales que estimamos pertinentes.

desfavorable, con solo dos días hábiles para preparar los elementos de la audiencia. Como hemos señalado en capítulos anteriores, la celeridad procesal no debe quedar en contradicción con su eficacia; de nada sirve terminar un proceso en un día si nos percatamos al final de todos sus vicios e irregularidades que irremediablemente resultarán en su reposición y desprestigio.

- Si bien se permite que el procedimiento de conciliación se utilice cualquier clase de comunicaciones, según el artículo 111 de la ley, por razones de seguridad jurídica el resultado debe formalizarse por escrito.

Ante este punto muy en particular, bien cabe hacer un paréntesis al momento para hacer mención del programa *ConciliaNet*¹¹⁶, cuyos rasgos esenciales son:

- a) *ConciliaNet* es un programa de PROFECO de muy reciente creación, cuyo objeto primordial es permitir la tramitación de quejas a través de medios electrónicos, facilitando su resolución ya que sin necesidad de apersonarse físicamente ante la Institución y la otra parte, es posible dejar constancia de tales audiencias a través de la grabación de estas videoconferencias.
- b) La necesidad de crear un programa como Concilianet radica en la realidad de la población en general, la cual por sus actividades cotidianas, no tiene posibilidades de acudir de manera recurrente ante la Procuraduría con el fin de darle el debido seguimiento a su queja, o bien, de contratar a un profesionista que le represente. Concilianet es la posibilidad de poder acudir, de manera virtual, sin importar donde se encuentre el interesado y la otra parte, bajo la tutela de la Institución y con mayor certidumbre que las reclamaciones realizadas vía telefónica, además que la posibilidad de solución es mayor por las características de la empresas que se encuentran inscritas en el programa.
- c) A la fecha, 15 de Agosto del año 2008, únicamente se encuentran disponibles en el portal Aeroméxico y Hewlet-Packard. Estas empresas no reciben estímulo fiscal o de cualquier otra clase al ingresar a este programa. Aunque la Procuraduría lo promueve, en palabras de la Lic. Carrillo Alduenda, únicamente a la institución le interesa integrar al programa aquellas empresas que se encuentren comprometidas con el público consumidor; el objetivo no es incrementar el número de empresas en el programa como sea posible,

¹¹⁶ Hacemos un grato agradecimiento a la Lic. Martha Carrillo Alduenda, Subdirectora del Programa Concilianet, por su amable atención al permitirnos haberle realizado una entrevista el día 25 de Junio del año 2008, en las Instalaciones de la Procuraduría.

sino garantizar que por la calidad y estándares de la empresa en cuestión, el procedimiento conciliatorio resulte siempre lo mas satisfactorio posible para ambas partes. Es, finalmente, un reflejo de cultura jurídica y de consumo responsable.

- d) Al recibir la reclamación vía electrónica por el portal de Internet del programa Concilianet, la Procuraduría fijará fecha para tenga verificativo audiencia virtual, la cual se asemeja a un chat. En éste intervienen el reclamante, el representante de la empresa y un representante de PROFECO, quien funge como conciliador. A efecto de dar mayor certeza a este procedimiento, se utiliza firma electrónica avanzada, y se imprime constancia de las afirmaciones vertidas.
- e) En caso de llegar a un acuerdo, éste se hace constar en la misma audiencia y se fija el plazo para su cumplimiento, tras el cual el proveedor deberá notificar a la Procuraduría del cumplimiento de tal acuerdo.

El acuerdo conciliatorio logrado en el presente programa recibe posteriormente el mismo tratamiento que el logrado en una audiencia común; la mayor inquietud que el programa representa es la fiabilidad de las partes hacia los medios en que se almacenan las constancias, pues es notorio que tales constancias pueden ser modificadas con mayor sencillez que un medio escrito ordinario.

Asimismo el hecho que solo dos empresas a la fecha hayan ingresado al programa, es un reflejo fiel de la cultura jurídica en nuestro país, que en la especie, resulta en el poco o nulo compromiso de proveedores de garantizar los bienes o servicios que adquieren los consumidores, pese a que es su obligación responsabilizarse en los términos que se hayan adquirido tales. Desde luego, saben que al ser demandados en las vías comunes, aún bajo las que prevé la Procuraduría, la mayoría de los consumidores desertará.

Sin duda, es un programa cuyo éxito en gran medida dependerá de la disposición real que muestren las empresas afiliadas y el interés de los consumidores por un lado; y del otro la pericia de la Procuraduría para lograr conciliar en los términos mas favorables, y bajo ese escenario favorable, lograr su cumplimiento en el menor tiempo posible. Como se observa, es finalmente un círculo virtuoso donde todos sus elementos están concientes del rol que desempeñan. Ampliar esta actitud a todos los sectores de la sociedad es todo un reto, y éste puede ser un inicio. Aún fuera del presente trabajo de investigación seguiremos muy de cerca los avances que tenga *Concilianet*.

Hecho el paréntesis anterior, continuamos comentando el procedimiento de conciliación, ya que las reglas contenidas en la ley también son aplicables al programa de *Concilianet*, con las observaciones referidas.

- En caso de inasistencia del proveedor, se le podrán aplicar medidas de apremio y se tendrá por cierto lo manifestado por el reclamante; en caso de inasistencia de éste se le tendrá por desistido y no podrá presentar nueva reclamación por los mismos hechos. Ambos cuentan con una prórroga de 10 días para presentar justificación fehaciente de su inasistencia.
- El conciliador expondrá a las partes en la audiencia los siguientes temas:
 - a) Resumen de la reclamación e informe presentados.
 - b) Puntos de acuerdo de las partes
 - c) Puntos en controversia
 - d) Propuestas de solución

Se hace notar que solo la CONDUSEF tolera que la reclamación sea estudiada en la misma audiencia, ya que la presente ley no contempla tal posibilidad, considerando inapropiada la posibilidad de la CONDUSEF por las razones esgrimidas.

- Como en las comisiones mencionadas, el conciliador puede requerir a las partes los medios de prueba que estime necesarios para sustanciar el procedimiento conciliatorio, con independencia de que las partes pueden probar los hechos que hayan afirmado.
- El conciliador está facultado para requerir la elaboración de un dictamen que cuantifique de manera líquida el monto de la obligación contractual, considerando los montos pactados originalmente y el grado de cumplimiento que hayan alcanzado las partes.

De esta manera se permite mejorar la conciliación al versar sobre cantidades exactas, cuya negociación permite encontrar un punto de equilibrio con mayor facilidad.

El dictamen asimismo se constituye como título ejecutivo, con prescripción de un año. Este dictamen contiene:

- I.** Lugar y fecha de emisión;
- II.** Identificación de quien emite el dictamen;
- III.** Nombre y domicilio del proveedor y del consumidor;
- IV.** La obligación contractual y tipo de bien o servicio de que se trate;
- V.** El monto original de la operación y materia de la reclamación;
- VI.** La determinación del importe de las obligaciones a cargo del proveedor, y
- VII.** La cuantificación líquida de la bonificación al consumidor.

- Si se consigue celebrar transacción¹¹⁷, ésta será aprobada por la Procuraduría cuando no vayan en contra de la ley, el acuerdo que los apruebe no admitirá recurso alguno y tiene calidad de cosa juzgada.
- Si no se consigue conciliar, se exhorta a las partes para que designen árbitro, y en caso contrario se dejarán a salvo sus derechos para demandarlos ante las autoridades judiciales competentes.

El compromiso Arbitral y su proceso

Los rasgos mas distintivos del arbitraje ante la Procuraduría son los siguientes:

- El arbitraje es independiente de la conciliación, pudiendo existir uno sin el otro; las comisiones no hacen alusión a esta circunstancia. A nuestro parecer, de acuerdo a nuestra propuesta, se debe procurar comenzar por la conciliación, pues bien sirve de antecedente al proceso arbitral.
- La designación de árbitro se hace constar en acta ante la Procuraduría, señalando los puntos esenciales de la controversia y si el arbitraje es en derecho o amigable composición.

En este caso, la procuraduría tiene la menor formalidad en cuanto a compromiso arbitral se refiere, aunque de forma atinada pues tras reflexionar la naturaleza de su arbitraje, tales elementos son los mínimos indispensables para su debida configuración. Este reflejo de simplicidad exacta es uno de los motivos del éxito de este arbitraje.

- En la amigable composición, la ley prevé que el árbitro no tenga sujeción a reglas legales, pero deberá observar las formalidades esenciales del procedimiento; no habrá términos ni incidentes.

A juicio del doctor Ovalle¹¹⁸, no parece adecuada esta extensión de la equidad al procedimiento, pues por razones de seguridad jurídica es necesario que las partes conozcan de antemano como se va a desarrollar dicho procedimiento. Así, un arbitraje sin procedimiento previo o dejado a “la conciencia y buena fe guardada” del árbitro sería, por sí solo, violatorio precisamente de las formalidades esenciales del procedimiento que exige el párrafo segundo del artículo 14 constitucional, precepto al que no puede

¹¹⁷ La ley contempla el término “convenio”, sin embargo, nosotros consideramos, por su naturaleza, más conveniente utilizar el término “transacción”.

¹¹⁸ Cfr. OVALLE FAVELA, José. *Derechos del Consumidor*, 1ª edición, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2000, p. 95

sustraerse el árbitro de equidad, pues es evidente que los derechos otorgados por la Constitución no son renunciables.

Sin embargo, nosotros no consideramos que el arbitraje en equidad sea, “por sí solo” como plantea el citado autor, violatorio de garantías. Lo que supone tal violación en nuestro concepto es la falta de reglamentación previa del proceso arbitral: esto es, que los plazos y modalidades de éste se vayan fijando de forma apresurada o tropezada a través de su substanciación lo cual evidentemente si supone tal violación. En cambio, si se han reglamentado esas normas y el fallo se realiza en equidad, no debe suponer por sí solo ese laudo una violación de garantías. Como enunciamos en su oportunidad, la ventaja que ofrece el fallo en equidad es la flexibilidad jurídica en su máxima expresión, oportunidad que en las circunstancias precisas puede suponer ventaja al derecho escrito y permitir un arreglo mas conveniente para las partes, recordando al respecto los principios exactos y adecuados a que hace alusión la CONAMED respecto a las conciliaciones que se alcancen.

- En cuanto al arbitraje en estricto Derecho, se está a las reglas que las partes establezcan aplicándose de manera supletoria el Código de Comercio y en segundo lugar el ordenamiento civil local aplicable.

La referencia al ordenamiento procesal civil local como texto supletorio es innecesaria, ya que el artículo 1054 del Código de Comercio ya lo previene. Por ello, la ley no contempla mas aspectos procesales como lo es lo concerniente a periodo probatorio y alegatos.

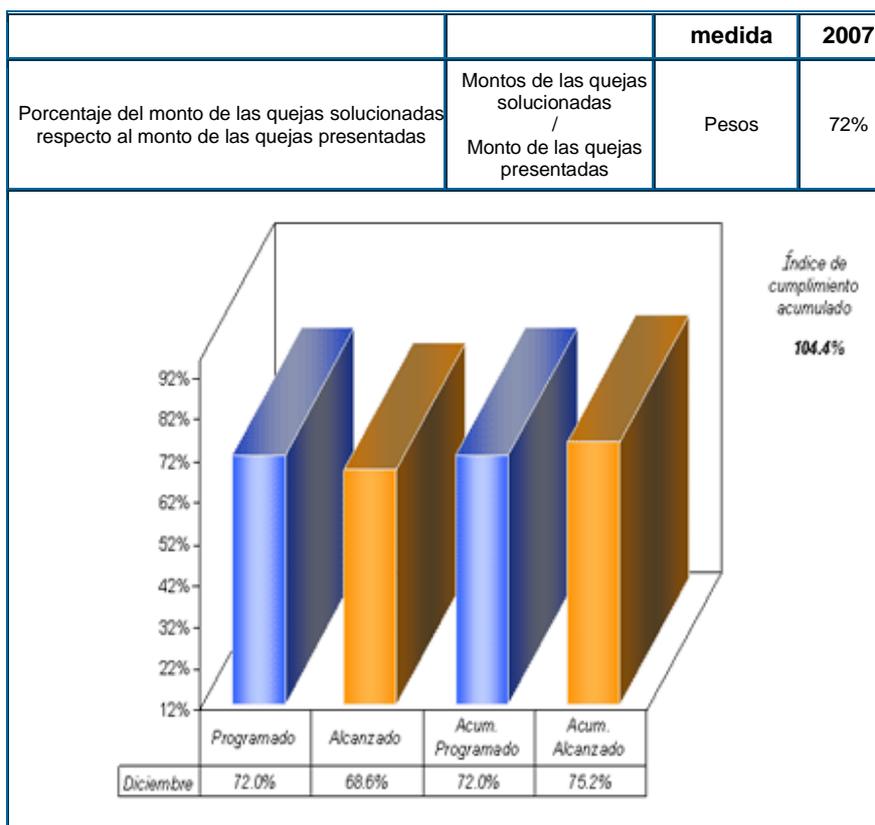
- El laudo deberá cumplirse dentro de 15 días siguientes a la fecha de su notificación salvo pacto en contrario.
- Las resoluciones que se dicten durante el proceso arbitral admiten como único recurso el de revocación, que deberá resolverse por el árbitro designado en 48 horas. El laudo arbitral solo esta sujeto a aclaración dentro de los dos días siguientes a la fecha de su notificación.

Reflejo práctico: algunas cifras

Porcentaje del monto de las quejas solucionadas respecto al monto de las quejas presentadas¹¹⁹

| Nombre | Fórmula | Unidad de | Meta |
|--------|---------|-----------|------|
|--------|---------|-----------|------|

¹¹⁹ <http://www.profeco.gob.mx/cifras/cifras5.asp> (consulta al día 25 de Junio de 2008)



A través de los resultados obtenidos en este indicador se observa el porcentaje de los montos con los cuales se solucionaron las diferencias entre consumidores y proveedores originadas en las relaciones comerciales. Destaca el hecho de que mediante la conciliación, mecanismo privilegiado para la solución de controversias, se logra resolver la problemática del consumidor de manera pronta y expedita, subsanando en su beneficio un monto importante de lo que da origen a sus reclamaciones.

En cuanto al arbitraje se refiere, dado que no aparecen datos en el portal de internet de la procuraduría, se intentó en diversas ocasiones y ante diferentes departamentos, obtener información estadística, sin haber obtenido resultados favorables, pues en un último intento la persona que nos atendió nos respondió finalmente que lo mejor era solicitar tal información al IFAI; y en mérito de la mala experiencia a que hemos hechos referencia líneas arriba, decidimos desistimos de la búsqueda de tales estadísticas.

4.2 Proceso Arbitral: Rasgos en común

En el cuadro que se anexa al final de este capítulo, hacemos resumen de las instituciones analizadas para observar con mayor claridad sus similitudes y diferencias:

Cuadro 4.4 Comparativos de Conciliación y Arbitraje

| Elemento |  |  |  |
|--------------------------------------|--|--|--|
| Alcances Queja | Según lo previsto en el contrato, exceptuando lo relativo a variaciones de tasas de interés no imputables a la institución; no se hace mención especial sobre daños y perjuicios. Sin monto máximo de litigio. | Cuestiones estrictamente civiles (responsabilidad civil, daños y perjuicios); sin ingerencia laboral o penal. Sin monto máximo de litigio. | Cuestiones de cumplimiento contractual, incluye daños y perjuicios. Monto máximo del litigio: \$345, 580.08 (en caso de proveedores que actúan como intermediarios) |
| Elementos de Queja | <ul style="list-style-type: none"> Nombre y domicilio del reclamante Nombre, domicilio e instrumento que faculta al representante si lo hay Servicio que se reclama Relación de hechos Nombre de la Institución contra la cual se formula la reclamación Documentación que ampare la contratación del servicio que se reclama <p>Hay suplencia de la queja; no hay prevención.</p> | <ul style="list-style-type: none"> Nombre, domicilio y número telefónico del quejoso y prestador del servicio médico Relación de hechos Número de afiliación o registro si la queja se interpone en contra de institución pública Pretensiones que deduzca del prestador del servicio Si existe representación, la documentación que la acredite. Firma o huella digital del quejoso. <p>No hay suplencia de la queja y se previene al promovente si hay deficiencias en su queja para que las convalide en un plazo menor de 10 días.</p> | <ul style="list-style-type: none"> Señalar nombre y domicilio del reclamante Descripción del bien o servicio que se reclama y relación sucinta de los hechos y Señalar nombre y domicilio del proveedor que se contenga en el comprobante o recibo que ampare la operación materia de la reclamación o, en su defecto, el proporcione el reclamante, y Señalar el lugar o forma en que solicita se desahogue su reclamación. <p>No hay suplencia de la queja. No hay prevención. La Procuraduría puede allegarse de elementos para identificar plenamente el domicilio del proveedor</p> |
| Contestación de la Queja | Se corre traslado a la Institución Financiera dentro de los ocho días hábiles siguientes a la fecha de recepción de la reclamación; puede presentarse hasta el día en que tenga verificativo la audiencia de conciliación. | Dentro de los 10 días hábiles siguientes a la admisión de la queja se invita al prestador de servicios médicos para aceptar el trámite ante la Institución, en caso afirmativo se le otorgan 9 días hábiles para que produzca su contestación. | Se notifica al proveedor dentro de los 15 días siguientes a la fecha de recepción y registro de la reclamación, requiriéndole un informe por escrito de los hechos. |
| Plazo para iniciar conciliación | Dentro de los ocho días hábiles siguientes a la fecha de recepción de la reclamación (en el mismo documento se fija fecha para audiencia de conciliación, y debe ser dentro de los veinte días hábiles contados a partir de la presentación de la reclamación) | Se celebra la audiencia de conciliación al fenecer el plazo de 9 días para que el prestador de servicios médicos rinda su contestación; la audiencia es notificada al menos 5 días antes de su celebración | Tiene lugar, por lo menos, 4 días después de la fecha de notificación de la reclamación al proveedor. |
| Notas distintivas de la conciliación | <p>El conciliador puede requerir de información a la Institución Financiera de oficio o a petición de parte. No se hace mención respecto de la independencia de la etapa conciliatoria y el arbitraje</p> <p>El convenio alcanzado tiene calidad de cosa juzgada y es título ejecutivo</p> | <p>El prestador de servicio médico desde su contestación puede ofrecer soluciones a la controversia; hasta que se dicte laudo pueden las partes conciliar con ayuda de la Comisión; el conciliador puede allegarse de cualquier elemento que considere idóneo para favorecer sus funciones. Se estima que la conciliación es previa al arbitraje</p> <p>El convenio tiene efectos de cosa juzgada y título ejecutivo con las siguientes directrices:</p> <ol style="list-style-type: none"> Protección a la salud de los usuarios. En conflictos de derechos, se busca proteger a quien deba evitarsele perjuicios respecto de quien pretenda obtener lucro. En conflictos de derechos de la misma naturaleza, se buscará la resolución observando la mayor igualdad entre las partes. <p>En caso de incumplimiento del acuerdo, la Comisión brinda asesoría al quejoso para lograr su ejecución.</p> | <p>Existe la posibilidad de elegir lugar donde tendrá lugar el procedimiento y el arbitraje a juicio del reclamante. Existencia de Concilianet como medio alterno. El conciliador puede requerir a las partes los elementos de prueba que considere idóneos. Se elabora un dictamen que cuantifica en cantidad líquida la obligación contractual. Este dictamen tiene calidad de título ejecutivo. Supletoriedad del Código Federal de Procedimientos Civiles en conciliación.</p> <p>El convenio alcanzado tiene calidad de cosa juzgada y es título ejecutivo.</p> <p>Se distingue que conciliación y arbitraje son autónomos.</p> |

| Elemento |  |  |  |
|---------------------------|--|--|--|
| Cláusula compromisoria | <ul style="list-style-type: none"> • Determina si es de estricto derecho o amigable composición • Nombre del árbitro • Cuestiones objeto del arbitraje • Reglas del arbitraje <p>En arbitraje de estricto derecho la ley materia establece condiciones mínimas a seguir; supletoriedad del Código de Comercio.</p> | <ul style="list-style-type: none"> • Los datos generales de las partes • El negocio o negocios que se sujeten a proceso arbitral • El termino fijado para el procedimiento arbitral, si se modifica el previsto en el reglamento. (se comienza a contar a partir de que la comisión acepte el nombramiento de ambas partes) • La aceptación de las reglas del reglamento y mención de las reglas especiales si las hubiere. • Determinación de las partes si renuncian a la apelación • Constancia de las partes de ser sabedores que el proceso arbitral produce excepciones ante la jurisdicción ordinaria de incompetencia y litispendencia. • Constancia de las partes que no existe controversia pendiente de trámite, conexidad de causa o cosa juzgada respecto al objeto del arbitraje. • Constancia del juez que haya de ser competente para todos los actos del proceso arbitral en que la comisión no tenga facultades. • Las demás que convengan las partes. <p>Supletoriedad del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal</p> | <ul style="list-style-type: none"> • Designación de Arbitro • Puntos esenciales de la controversia • Determina si el arbitraje es de estricto derecho o amigable composición <p>En Arbitraje de Equidad no hay sujeción formal a reglas legales, pero deben observarse las formalidades esenciales del procedimiento.</p> <p>En Arbitraje de Estricto Derecho las partes formulan sus reglas, y en todo lo no previsto se aplica supletoriamente el Código de Comercio.</p> |
| Detalles proceso arbitral | División del periodo probatorio para las partes; el árbitro puede allegarse cualquier elemento que estime conveniente para la substanciación del proceso, términos improrrogables. Respecto al laudo, la Comisión esta facultada para dictar uno de naturaleza "complementaria" | La Comisión no puede fungir como perito, se permite la transacción parcial de la litis para su completa solución en el laudo, marcada tendencia hacia la oralidad y simplicidad en cuanto a recepción de pruebas y alegatos. | Constitucionalidad cuestionable del Arbitraje en Equidad al no prever términos ni incidentes. |
| Plazo para cumplimiento | 15 días hábiles a partir de la notificación del laudo; le corresponde a la Institución Financiera acreditar su cumplimiento | 30 días hábiles a partir de la notificación del laudo, salvo pacto en contrario; el cumplimiento se realiza a través de cheque certificado en las oficinas de la Comisión, compareciendo las partes. | 15 días naturales a partir de la notificación del laudo, salvo pacto en contrario |
| Ejecución del laudo | Si la Institución no cumple en el plazo señalado, se envía al juez competente para su ejecución; la Comisión también esta facultada para imponer multas, llamar a la fuerza pública o rematar valores invertidos en caso de Instituciones de Seguros o Fianzas. | En caso de incumplimiento, la Comisión brinda asesoría para su ejecución ante tribunales convencionales. | El Laudo no requiere homologación para su ejecución. . El laudo arbitral sólo estará sujeto a aclaración dentro de los dos días siguientes a la fecha de su notificación. |
| Apelación | Aquellas resoluciones que admitan apelación o revocación se impugnan a través de recurso de revisión, a resolverse en plazo no mayor de 48 horas. | Puede determinarse su renuncia desde el compromiso arbitral, en su caso se está lo previsto por el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal | Las resoluciones que se dicten durante el procedimiento arbitral admitirán como único recurso el de revocación, que deberá resolverse por el árbitro designado en un plazo no mayor de tres días |
| Juicio de Amparo | El laudo, así como las resoluciones que pongan fin a los incidentes de ejecución, sólo admitirán como medio de defensa el juicio de amparo via directa. | El laudo admite tramitación del Amparo Directo | El laudo admite tramitación del Amparo Directo |

4.3 Causas que ocasionan la ineficacia arbitral

Con ayuda del cuadro anterior, relacionando las ideas en torno a nuestra propuesta y con enfoque práctico, nos permitimos concluir el presente capítulo subrayando las desventajas de esta clase de procedimientos y proceso arbitral de la siguiente forma:

1. Falta de confianza o credibilidad sobre estos métodos alternativos de solución de controversias.

Aún pese a los avances que se han tenido en la materia, siendo los de la PROFECO y CONAMED los mas relevantes, en la actualidad aún existe una marcada desconfianza hacia esta clase de métodos, propiciada también, lamentablemente, por algunos abogados, los cuales por las razones referidas, prefieren ventilar las controversias en tribunales convencionales. Realmente no deben ser objeto de crítica en un primer plano, pues al igual que nuestros juzgadores, esta clase de métodos pueden resultar hasta cierto punto desconocidos para ellos, y aún mas para nosotros profesionistas jóvenes, quienes solamente los hemos conocido desde un plano muy teórico y no hemos recibido la formación idónea para hacer frente a estas nuevas modalidades y necesidades que nuestro sistema judicial e instituciones requieren.

Dicho sea de paso, ocurre una situación similar con la *oralidad* que fue un tema de actualidad hace algunos meses; bien señaló en su oportunidad el doctor Fix-Zamudio que ésta no podía ser implantada de manera abrupta, pues tanto abogados como jueces no tenían la formación adecuada para satisfacer sus respectivas obligaciones frente a la población. Por ello, el cambio debe ser gradual, pero debe ser continuo, persistente y debe incluir a la población informándola, sensibilizándola sobre la utilidad y beneficios que reportan el uso de esta clase de métodos alternativos de solución de controversias.

2. Falta de *imperium* del árbitro.

Sin duda habrá quien piense que al darle *imperium* estatal al árbitro, éste se convierte en juez, pues es ésta la diferencia esencial entre ambos: uno es un particular, sin jurisdicción, que resuelve la controversia porque es la voluntad de las partes involucradas, siendo evidentemente privado. Al contrario, el juzgador convencional no es elegido por las partes y resuelve la controversia ya que, como órgano del Estado que es, entre sus funciones está la de resolver controversias de los particulares, favoreciendo la estabilidad social y fortalecimiento de nuestro Estado de Derecho.

Así las cosas, el árbitro, aún dentro de las instituciones que hemos revisado no cuenta con las facultades coercitivas que aumentarían sus alcances y eficiencia respecto de las controversias que conoce, cayendo de este modo en un inconveniente propio de la figura, teniendo que recurrir constantemente al juzgador convencional.

Nuestro modelo arbitral, formando parte del poder judicial, quedaría revestido de tal y con ello se aumentaría su eficiencia para hacer frente a las eventualidades del proceso, así como su independencia y autonomía respecto a otros órganos del Estado, sin que se convierta en una figura análoga al proceso jurisdiccional, conservando a la voluntad de las partes como eje de la figura.

A reserva de esgrimir mayores argumentos en el capítulo 6, queremos hacer notar desde ahora que el objetivo no es crear mas juzgados o reformar el proceso actual: repetir la misma fórmula que estamos observando se va quedando obsoleta no debe ser una solución. El arbitraje con esas posibles modificaciones y lineamientos en concreto, puede ser una solución; y respecto a probables reformas, estamos convencidos que siempre será mejor realizar algunas pruebas previas antes de imponer un nuevo sistema que por muy eficiente que pueda parecer, siempre el terreno práctico será el que marque la pauta del éxito o fracaso de una nueva figura jurídica.

3. Falta de cultura jurídica en la población

En la actualidad la desinformación que existe al respecto de temas jurídicos entre la población resulta alarmante. Incluso las famosas novelas televisivas, que tristemente tienen un impacto relevante en la población plantean constantemente situaciones irreales e ilógicas que de ninguna manera tienen cabida dentro de nuestro sistema jurídico.

A lo anterior se agregan los mitos que abundan, pues todos conocemos a un familiar o alguna persona que, ante una situación jurídica, plantean y afirman soluciones y perspectivas, sin que tales sean aseveradas de forma inocente. Que quede claro: no solo las personas que tengan algún conocimiento en Derecho pueden opinar, pues afirmar lo contrario sería absurdo, pero si sería recomendable hacer notar a la población que no todo lo que se oiga o se dice, es real o posible. Esto es, forjar un pensamiento crítico respecto a lo jurídico que tiene siempre una injerencia diaria y persistente en nuestra realidad actual, únicamente superada en la actualidad por la economía. Desde luego, en esta circunstancia los abogados también debemos asumir este compromiso que se resume en el título de aquella obra mural de Siqueiros: *“El pueblo a la Universidad, y la Universidad al pueblo”*.

De esta forma, el panorama actual refleja todo un reto para procurar acercar a la población estos novedosos métodos de solución de conflictos; pues como quedó apuntado en el primer argumento de este apartado, la desconfianza actual es

originada por la desinformación, la cual a su vez es provocada por la apatía estimulada por la situación social y política del país, donde el Derecho como tal difícilmente es visto y acatado como una herramienta indispensable para la debida institucionalización de los valores de la democracia. Este reto ya comienza a ser superado con ayuda del arbitraje en algunos países como observaremos en el siguiente capítulo.

Capítulo 5. Breve estudio comparado de la figura del Arbitraje¹²⁰

UNA CUALIDAD DE LA JUSTICIA ES HACERLA PRONTO Y SIN DILACIONES;
HACERLA ESPERAR ES INJUSTICIA.
-Jean de la Bruyere

El uso del Derecho comparado en una investigación siempre resulta de gran utilidad, toda vez que nos permite apreciar y aprender de la experiencia de otros Estados, instituciones jurídicas que, con las adecuaciones pertinentes, pueden constituir una base sobre la cual podamos vislumbrar una posible reforma, un posible cambio, sin perder de vista nuestra idiosincrasia y costumbres como nación.

En este caso hemos elegido a Italia y España, países que han tenido avances significativos en materia de arbitraje público, como método de justicia alternativa. Sus ejemplos bien pueden servirnos para una reflexión mas precisa de lo que pretendemos, siendo una justa ventana de comparación una vez que hemos reflexionado lo conducente en nuestro ámbito interno en capítulos anteriores.

5.1 Italia¹²¹

Italia es uno de los países europeos que ha tenido mas avances en el aspecto procesal gracias a la herencia jurídica de Carnelutti, Chiovenda y Cappelletti, y de forma mas reciente por las aportaciones de Michele Taruffo. Al respecto, Cappelletti insistió en que la oralidad y la escritura deben ser complementarias: el exceso de una o de la otra son dañinas para el proceso; y Taruffo sostiene que las tendencias procesalistas modernas tienden a darle mayores facultades a los juzgadores para intervenir en el proceso sobre las partes, sobre todo en el aspecto probatorio. Considerando estos pensamientos como directrices, Italia ha conseguido desarrollar un modelo de arbitraje eficiente, con una buena aceptación entre su población.

Asimismo, cabe mencionar otro aspecto llamativo del país itálico: Pese a las marcadas diferencias sociales, culturales y económicas que existen entre las diversas regiones, siendo el norte la que ha alcanzado mayor desarrollo industrial y económico, la legislación se encuentra unificada, únicamente respetando los usos y costumbres particulares de cada región, que se ven reflejados en la práctica forense y no de forma marcada en el texto legal.

¹²⁰ Como fuente esencial del presente apartado, debido a la didáctica que maneja de pregunta-respuesta con relación a los aspectos más relevantes del arbitraje en cada Estado, consideramos a STORME, Marcel y GÓMEZ-LARA, Cipriano. *XII Congreso Mundial de Derecho Procesal*, Volumen II: El Arbitraje. Primera Edición, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2005.

¹²¹ *Ibidem*, Págs. 179 – 248. Los comentarios vertidos en tal congreso son de Antonio Briguglio y Giuseppe Ruffini.

No es tema a tratar la ventaja o desventaja que trae consigo la unificación de la legislación en tales términos, pero si lo mencionamos porque nos parece una medida adecuada para difundir una figura novedosa entre la población, de forma que la información que ésta obtenga sea uniforme en todo el país.

Antes de comentar el arbitraje en sentido estricto, es interesante traer a colación la reflexión de Piero Calamandrei respecto a la conciliación, la cual también ha tenido un desarrollo importante en el país itálico.

Citado por la autora Márquez Algara, Calamandrei refiere “la conciliación tiene carácter de jurisdicción voluntaria, pues el juez se coloca con carácter de pacificador entre las partes y trata de arreglar las controversias entre ellas, ya surgidas o que estén por surgir; el Estado, considerando que prevenir y disminuir las *litis* puede ser una ventaja pública, ha creído oportuno favorecer la conclusión de las controversias confiando a los órganos públicos el oficio de interponerse entre los litigantes para inducirlos a ponerse de acuerdo, y asumir así una posición muy similar a la del mediador, que hace de comunicación entre las partes para intentar aproximar sus voluntades para hacerlas coincidir en un contrato.”¹²²

El catedrático de la Universidad de Florencia concluye con elocuencia: “El impulso dado a la conciliación por nuestra legislación (la italiana) no debe ser interpretado como una escasa confianza en la justicia o en la desvalorización de la lucha por el Derecho, por el contrario debe considerarse como un complemento útil de la legalidad en cuanto la obra del autorizado intermediario, que debe servir para eliminar entre las partes aquellos malentendidos y aquellos rozamientos que son muy a menudo la causa del litigio. Aparece entonces el concepto fundamental del sistema de la legalidad, según el cual el Estado, considera como normal y deseable que los mismos ciudadanos sepan entender por sí solos el Derecho que regula sus relaciones; la función conciliadora debe, pues, ayudar a los particulares no a prescindir del Derecho, sino a encontrar por sí solos el propio Derecho.”¹²³

Hecho el paréntesis anterior, entrando en materia arbitral, en el derecho italiano se hace la diferencia entre el denominado arbitraje formal o *arbitragio – arbitrato rituale* y el arbitraje informal, *irrituale o libero*. Este último se basa exclusivamente en la ley del contrato. La principal diferencia es que la decisión que se dicte en este último no puede ser ejecutada como una sentencia arbitral, sino solamente por intermedio de una acción *ex contractus*. No puede ser ejecutada por la Pretura o la Corte de Apelación como a continuación se expone, pues debe iniciarse una acción contractual ordinaria, lo que puede dar lugar a una revisión judicial total. Sin embargo, por la flexibilidad que este tipo de arbitraje ha adquirido,

¹²² MÁRQUEZ ALGARA, MARÍA GUADALUPE. *Mediación y Administración de Justicia*. 1ª Edición, Universidad Autónoma de Aguascalientes, México 2004, p. 78

¹²³ *Idem*.

por las bondades procesales que representa, los laudos son acatados usualmente sin necesidad de recurrir a medidas de apremio.

Sin embargo, el arbitraje italiano al cual nos referimos en el presente estudio es el arbitraje formal (ya que se encuentra mas apegado a nuestra propuesta, con una base normativa propuesta por el Estado), regulado en el *Codice di Procedura Civile* (Código de Procedimientos Civiles) en el libro IV, de procedimientos especiales. Esto también resulta llamativo, pues el legislador italiano ha preponderado el carácter civil sobre el mercantil en el arbitraje, toda vez que por razones estratégicas comerciales en la Unión Europea, el arbitraje comercial se encuentra reglado por legislación comunitaria, dejando al interno las cuestiones civiles siendo éstas un común denominador de la población.

Así, el código procesal italiano prevé los siguientes capítulos en su libro IV, por lo que al efecto comentamos los aspectos más relevantes¹²⁴:

I. Del compromiso y de la cláusula compromisoria

De manera muy similar a nuestro código civil, se prevé en primer término la posibilidad que tienen las partes en conflicto de someterse al arbitraje, ratificando así la importancia del consentimiento de las partes de tal proceso, señalando las controversias que no pueden ser objeto de arbitraje, siendo éstas propias del derecho familiar, al igual que en nuestra legislación.

Respecto a la formalidad del compromiso, sus elementos esenciales son éstos:

- Debe expresarse siempre por escrito.
- Visto como un contrato, se rige por la teoría de las nulidades inherente.
- El estudio de validez del compromiso si se estipula dentro de un contrato, debe ser valorado de manera independiente respecto del contrato al cual haga referencia.
- El número de árbitros debe ser siempre impar. Pueden ser nombrados conjuntamente por las partes o permitir que los árbitros elegidos nombren a quien será el impar. Generalmente son 3 árbitros, siendo uno de ellos el presidente.

¹²⁴ *Codice di Procedura Civile*: http://www.studiocelentano.it/codici/cpc/codicedpc004_2.htm (consultado al día 2 de Septiembre de 2008)

II. De los árbitros

La legislación italiana hace un énfasis especial en que la elección de los árbitros debe ser siempre a elección de las partes, por lo que si una parte ha elegido árbitro y la otra no lo hace, se le requiere judicialmente para haga su designación en 20 días; de no hacerlo, el presidente del tribunal del distrito judicial lo designará y esta resolución es inapelable, por lo que se procederá a rendir su aceptación.

En el caso de existir imposibilidad de alguno de los árbitros, la sustitución se hace de mutuo acuerdo, y en caso de no llegar a un acuerdo, el presidente del tribunal del distrito judicial del lugar del arbitraje será quien lo designe, cuya resolución es inatacable. En cuanto a los requerimientos para ser árbitro, únicamente se contempla tener capacidad de ejercicio sin restricciones administrativas o judiciales; entendidas en sentido lato que no pueden fungir como árbitros funcionarios públicos.

La responsabilidad de los árbitros es otro factor clave contemplado en la legislación común italiana, siendo los árbitros responsables de resarcir daños y perjuicios en los siguientes supuestos:

- Si no dictan laudo de fondo dentro del término establecido por las partes; a falta de éste dentro del término legal, que es de 180 días hábiles contados a partir de la aceptación de los árbitros que intervendrán. Desde luego, por ello existe la figura de la aceptación: dado que se tiene por un contrato, el árbitro puede entonces negociar el término para resolver o en caso de parecer irracional, simplemente negarse a formar parte del arbitraje.

Este precepto puede ser cuestionable, toda vez que un plazo demasiado corto podría afectar garantías procesales, o bien, en exagerada celeridad, pronunciar fallos endebles. Sin embargo, es una cuestión procesal que no se plantea aún en nuestro Código de Comercio –haciendo alusión a la Ley Modelo de Arbitraje de UNCITRAL– ni en alguna de las instituciones estudiadas, y sí tiene regulación en el artículo 617 del Código Civil para el Distrito Federal, limitando el proceso arbitral a 60 días hábiles, sin hacer mención de daños y perjuicios; y por ello hemos estimado relevante comentarlo, pues retomando nociones anteriores, el arbitraje en manos adecuadas puede resultar superior al proceso. En la especie, el fijar un plazo para la solución permite brindar mayor certeza a las partes y para el árbitro le permite agendar otros asuntos para su solución y tener mejor control sobre ellos. Es pues, un punto controversial por los diversos imprevistos que pueden surgir a lo largo de la tramitación del proceso arbitral, pero ante tales, bien pudiera darse algún plazo extraordinario por causas no imputables a los árbitros ni a las partes.

- Si después de haber firmado su aceptación, renuncian sin causa justificada, reiterando el compromiso que asumen los árbitros al dirigir un proceso arbitral.
- Si el árbitro omite o retarda sin causa justificada alguna fase procesal. Dentro de las nuevas nociones procesalistas esto se encuentra claramente justificado al considerar al juzgador, entendido en su género como el tercero que conoce y resuelve la controversia, como un director del proceso, llevando la tutela en el aspecto probatorio proponiendo los elementos de convicción idóneos, exigiendo a las partes y autoridades pruebas que estime pertinentes para dilucidar la verdad histórica de los hechos y finalmente, declarando abiertas y cerradas cada fase procesal actualizando hipótesis de preclusión siempre de oficio y no a petición de parte.
- Si el proceso arbitral adolece de alguna violación procedimental, se presume la responsabilidad del árbitro salvo prueba en contrario; estando legitimadas cualquiera de las partes a denunciar tal vicio ante el tribunal judicial competente.

Actualizada alguna de las hipótesis señaladas, las partes además de exigir los daños y perjuicios que correspondan, pueden solicitar la remoción del árbitro conforme a las nociones escritas.

Como toda dualidad presente en los contratos sinalagmáticos, el arbitraje no es su excepción y ante las obligaciones referidas, los árbitros tienen derecho a recibir los honorarios convenidos y gastos efectuados con motivo de las actuaciones arbitrales.

Siendo otra nota distintiva del arbitraje, los honorarios de los árbitros son cubiertos solidariamente por ambas partes, salvo pacto en contrario. Desde luego, suele estipularse que sea la parte vencida quien sufrague los costos, de manera análoga a nuestro proceso judicial convencional cuando se solicita la condena de pagos y costas. En caso de omisión de pago, los árbitros afectados pueden recurrir ante el presidente del tribunal del distrito judicial del lugar del arbitraje, quien dictará un título ejecutivo cuantificando los gastos a pagar por las partes, documento base de la acción para los árbitros afectados.

Finalmente, los árbitros pueden ser objeto de recusación; si bien el código plantea que cada parte puede recusar al árbitro que no haya nombrado, la existencia de un árbitro presidente hace innecesaria tal regulación ya que, recordemos, cada parte elige un árbitro y por ende, resulta natural que el árbitro elegido por cada una simpatice con la causa del litigante que lo propone, como sucede en la actualidad respecto de la prueba pericial, pues ningún perito rinde dictamen contrario a los intereses de su anfitrión. A mayor abundamiento si los árbitros fueron elegidos conjuntamente, es que las partes conocían a las personas

designadas y por ello no es adecuado que después aleguen deficiencias respecto a la imparcialidad de éstas.

III. Del procedimiento

Las notas distintivas del arbitraje italiano en cuanto a la sustanciación son las siguientes:

- Las partes determinarán libremente la sede del arbitraje.
- Las partes prevén la legislación con la cual se sustanciará el arbitraje, a falta de convenio expreso será el árbitro quien determine libremente las reglas mas adecuadas según el caso del que conoce, retomando la noción de director del proceso.
- Un aspecto muy positivo, es que el árbitro tiene facultades para sugerir a las partes que pruebas deben ofrecer con el fin de acreditar sus respectivas pretensiones y las exhorta a ofrecer solo éstas; si alguna parte desea ofrecer algún otro medio de prueba que el árbitro no ha contemplado, deberá especificar que es lo que pretende probar, y si el árbitro considera que tal punto no tiene relación alguna con la litis, o bien puede comprobarse con otro medio de convicción, no admitirá tal prueba.
- Las resoluciones que el árbitro decida durante el proceso a manera de autos (*lodi di rito*) no son recurribles de ninguna forma, salvo el laudo definitivo (*lodo di merito*).
- Hay imposibilidad de traslación de proceso judicial al arbitral. Una vez que se ha elegido alguna alternativa, la otra se hace incompetente y viceversa, a diferencia de nuestros ordenamientos que sí lo permiten.
- Los árbitros no pueden aplicar medidas cautelares o providencias precautorias. Estas únicamente corresponden a los jueces de Estado. Sin embargo, si han sido obsequiadas por un juez, los árbitros pueden actuar sobre ellas.
- El arbitraje de equidad es admitido en el artículo 822, esto es, impondrá sus resoluciones a verdad sabida y de buena fe, sin embargo si las partes no hicieron señalización alguna al respecto, se tendrá el fallo con reglas de Derecho, dándole mayor prioridad de forma tácita a éste; pues como se hizo notar en caso de que las partes convengan que el arbitraje será sustanciado

bajo reglas de equidad, el matiz contractual se le imprime con mayor intensidad y sus formas de ejecución, si fuera necesario, son diferentes.

IV. *Del laudo. (Dictado y Ejecución)*

Los aspectos más trascendentes del fallo arbitral contenidos en ley son:

- Se retoma la noción del plazo legal para fallar de 180 días haciendo las siguientes acotaciones: debe computarse el plazo desde la última aceptación arbitral, suspendiéndose en caso de recusación; los árbitros tienen la facultad de prorrogar el término legal señalado por una sola vez para dictar laudo definitivo.
- El laudo debe ser dictado con los mismos elementos de una sentencia judicial tradicional, incluyendo además la firma de las partes y otorgan un tanto original a cada parte. Un tanto más se envía a la *Cancelleria di Pretura*¹²⁵, un organismo, encargado de revisar el laudo y sus actuaciones, y certificar que no hayan existido vicios procesales. Asimismo revisa la claridad del laudo, notificando al árbitro en caso de errores de cálculo, omisiones o errores materiales, pero sin que ello altere el fondo del asunto o modifique el sentido del laudo.
- Si se encuentra alguna irregularidad, el *Pretore* notifica a las partes, a efecto de que éstas procedan conforme a sus intereses, pues el árbitro resulta responsable en primera apreciación de tales vicios, teniendo la carga probatoria de demostrar que la responsabilidad recayó en alguna de las partes. En caso contrario, se declara firme por decreto y se otorga un plazo máximo de 5 días para que el vencido cumpla el laudo. En caso contrario, la *Pretura* remitirá de oficio el laudo a un tribunal de primera instancia para su ejecución.

V. *De las impugnaciones*

Con relación a los medios de impugnación al laudo, destacamos:

- Pese a la revisión que hace la *Pretura* previa declaración de firmeza del laudo, la ley faculta a las partes para promover recursos de nulidad por revocación o bien, oposición de terceros que resienten alguna afectación por el laudo y no fueron llamados al proceso arbitral.

¹²⁵ La *Pretura* es un organismo del sistema judicial italiano que *mutatis mutandi* resulta ser un Ministerio Público con atribuciones más amplias, pues también conoce de infracciones cívicas y administrativas; es presidida por un funcionario denominado *Pretore*.

- La impugnación puede promoverse en un plazo de 90 días contados a partir de la notificación del laudo; en este caso consideramos que se trata de un plazo muy largo que deja en estado de incertidumbre a la parte vencedora. Al respecto cabe aclarar los comentarios anteriores, en el sentido que “firmeza” no debe entenderse como cosa juzgada, sino como término de la instancia, pues como se observa, tal resolución puede ser impugnada en las formas escritas.
- El órgano competente de conocer el juicio de nulidad de un laudo arbitral es una *Corte d’Appello*, una corte de apelación la cual de manera similar a nuestro juicio de Amparo Directo, no admite otras pruebas y se limitará únicamente a estudiar el expediente arbitral con el fin de determinar si la causa de apelación es procedente o no; por lo que sus resoluciones únicamente versan en confirmar, revocar o modificar el laudo arbitral.
- La resolución de la *Corte d’Appello* es inatacable, y dando también 5 días para que el vencido haga cumplir el laudo, se vuelve autoridad ejecutora en caso de desacato.

En resumen, pese al prolongado plazo que se otorga para promover apelación, y su costo con relación al objeto del litigio, los aspectos más favorables del arbitraje italiano civil son:

1. Ratificación de la naturaleza contractual del arbitraje.
2. Poca injerencia judicial.
3. Se fija un plazo para resolver
4. Marcada responsabilidad del árbitro hacia las partes.
5. El árbitro propone los medios de prueba.
6. Resoluciones de trámite irrecurribles.
7. Una sola instancia de apelación respecto del laudo.

5.2 España¹²⁶

El arbitraje en este país ibérico ha estado presente desde tiempos de Alfonso X el Sabio¹²⁷, siendo el caso que es hasta 1988 cuando esta institución alcanza una verdadera reglamentación en la Ley de Arbitraje¹²⁸, la cual ha sido complementada en el año 2000 con la adopción de medidas cautelares y en materia de ejecución

¹²⁶ STORME, Marcel y GÓMEZ-LARA, Cipriano. *XII Congreso Mundial de Derecho Procesal*, Volumen II: El Arbitraje. Primera Edición, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2005. Págs. 65 – 119. Los comentarios son de Silvia Barona Vilar.

¹²⁷ Dicho sea de paso, es magnífica la concepción de Derecho del citado monarca ibérico: *El Derecho es el instrumento de los hombres buenos para convivir con los hombres malos*.

¹²⁸ <http://civil.udg.es/normacivil/estatal/contract/Larbr-03.htm> (consultada al día 14 de Septiembre de 2008)

del laudo arbitral, con relación a la Ley de Enjuiciamiento Civil, siendo ésta la materia común en España; de igual forma que en Italia estos avances se deben en buena medida a la oportuna intervención de doctrinarios nacionales como lo es Jordi Ferrer Beltrán. En su virtud, la Ley de Arbitraje española “apuesta decididamente por un árbitro dirigente y activo acorde con la misión que debe desempeñar, sin que esto conlleve suplantar a las partes en su actividad.”¹²⁹

Respecto a ese tenor nos permitimos citar fragmentos de la exposición de motivos de la Ley de Arbitraje citada:

España se ha mostrado siempre sensible a los requerimientos de armonización del régimen jurídico del arbitraje, en particular del comercial internacional, para favorecer la difusión de su práctica y promover la unidad de criterios en su aplicación, en la convicción de que una mayor uniformidad en las leyes reguladoras del arbitraje ha de propiciar su mayor eficacia como medio de solución de controversias.

Con relación a la Ley Modelo, bien cabe considerar la experiencia española quien dedicó un estudio con mayor temática nacional de dicho ordenamiento y no se limitó simplemente a transcribirlo casi en su integridad como en el caso mexicano. La exposición de motivos expresa tales nociones en los siguientes términos:

La Ley Modelo responde a un sutil compromiso entre las tradiciones jurídicas europeo-continental y anglosajona producto de un cuidadoso estudio del derecho comparado. Su redacción no responde, por ello, plenamente a los cánones tradicionales de nuestro ordenamiento, pero facilita su difusión entre operadores pertenecientes a áreas económicas con las que España mantiene activas y crecientes relaciones comerciales.

Si bien la reglamentación del arbitraje es distinta conforme a cada materia adquiriendo particularidades, como lo son la Ley del Sistema Arbitral de Consumo (similar a PROFECO en nuestro país), la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados (similar a la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas en nuestro país, con relación a la CONDUSEF), la Comisión de Mediación y Arbitraje de la Propiedad Intelectual (traducido en nuestro país como el IMPI bajo ciertos alcances) y otras más; al caso nosotros haremos alusión al arbitraje contenido en la Ley de Arbitraje referida, pues es el ordenamiento toral del cual se desprenden las otras materias señaladas.

De esta forma tenemos un criterio uniforme, un solo ordenamiento que únicamente se adecua de manera muy específica a cada materia, y que como ha

¹²⁹ CHOCRÓN GIRALDEZ, Ana María. *Los principios procesales en el Arbitraje*. 2ª edición, Barcelona, España, 2000. p. 102

quedado escrito, es aplicable incluso en materia internacional. La exposición de motivos de la ley en cita sentencia:

El arbitraje es una institución que, sobre todo en su vertiente comercial internacional, ha de evolucionar al mismo ritmo que el tráfico jurídico, so pena de quedarse desfasada. La legislación interna de un país en materia de arbitraje ha de ofrecer ventajas o incentivos a las personas físicas y jurídicas para que opten por esta vía de resolución de conflictos y porque el arbitraje se desarrolle en el territorio de ese Estado y con arreglo a sus normas. Por consiguiente, tanto las necesidades de mejora y seguimiento de la evolución del arbitraje como la acomodación a la Ley Modelo hacen necesaria la promulgación de esta ley.

En este caso abordamos el estudio de una ley en su integridad y no de algunos artículos, por lo que hemos estimado más conveniente comentar los aspectos más relevantes de la misma a través de epígrafes.

Generalidades de la Ley de Arbitraje española.- Esta ley opta claramente por una regulación unitaria del arbitraje internacional y el arbitraje nacional. Aun con la conciencia de que el arbitraje internacional responde en muchas ocasiones a exigencias distintas, esta ley parte de la base —corroborada por la tendencia actual en la materia— de que una buena regulación del arbitraje internacional ha de serlo también para el arbitraje interno, y viceversa.

Cuestiones Arbitrales.- En principio, son cuestiones arbitrables las cuestiones disponibles¹³⁰. Por razones de política jurídica hay cuestiones que son disponibles para las partes y respecto de las cuales se quiera excluir o limitar su carácter arbitrable, pero ante ello se excede del ámbito de la regulación general del arbitraje en comento, y tales excepciones o limitantes se encuentran previstas en las disposiciones específicas de otros textos legales, según la materia de que se trate.

Reglas de Interpretación.- Refrendando la naturaleza del arbitraje, esta ley prevé en la mayoría de sus reglas la supremacía de la autonomía de las partes. Esa voluntad se entiende integrada por las decisiones que pueda adoptar, en su caso, la institución administradora del arbitraje, en virtud de sus normas, o las que puedan adoptar los árbitros, en virtud del reglamento arbitral al que las partes se hayan sometido. Se produce, por tanto, una suerte de integración del contenido del contrato de arbitraje, que pasa a ser en tales casos un *contrato normativo*. De este modo, la autonomía privada en materia de arbitraje se puede manifestar tanto directamente, a través de declaraciones de voluntad de las partes, como indirectamente, mediante la declaración de voluntad de que el arbitraje sea administrado por una institución arbitral o se rija por un reglamento arbitral.

En este sentido, la expresión institución arbitral hace referencia a cualquier entidad, centro u organización de las características previstas que tenga un

¹³⁰ Todas aquellas que no se excluyen de manera expresa por ley.

reglamento de arbitraje y, conforme a él, se dedique a la administración de arbitrajes.

No intervención judicial.- El artículo 7, sobre intervención judicial en el arbitraje, es un corolario del denominado efecto negativo del convenio arbitral, que impide a los tribunales conocer de las controversias sometidas a arbitraje. De este modo, la intervención judicial en los asuntos sometidos a arbitraje ha de limitarse a los procedimientos de apoyo y control, expresamente previstos por la ley.

Requisitos y Efectos del Compromiso Arbitral.- La ley contiene un criterio *antiformalista*. Aunque se contemplan las diversas modalidades de constancia escrita, se extiende el cumplimiento de este requisito a los convenios arbitrales pactados en soportes que dejen constancia, no necesariamente escrita, de su contenido y que permitan su consulta posterior. Se da así cabida y se reconoce la validez al uso de nuevos medios de comunicación y nuevas tecnologías.

Se consagra también la validez de la llamada cláusula arbitral por referencia, es decir, la que no consta en el documento contractual principal, sino en un documento separado, pero se entiende incorporada al contenido del primero por la referencia que en él se hace al segundo.¹³¹ Asimismo, la voluntad de las partes sobre la existencia del convenio arbitral se superpone a sus requisitos de forma.

En lo que respecta a la ley aplicable a la interpretación del convenio arbitral, se opta por una solución inspirada en un principio de conservación o criterio más favorable a la validez del convenio arbitral. De este modo, basta que el convenio arbitral sea válido con arreglo a cualquiera de los tres regímenes jurídicos señalados en ley: las normas elegidas por las partes, las aplicables al fondo de la controversia o el derecho español. El autor Cerdón Moreno concluye, de manera análoga a las ideas que hemos expresado con anterioridad, “la ley establece garantías constitucionales mínimas que deben respetarse necesariamente en el procedimiento arbitral. En lo demás, las partes gozan de autonomía, con ausencia si lo desean, de normas legales y formalismos. Por lo demás, lo importante es la justicia material.”¹³²

La figura del árbitro.- La ley prefiere las expresiones árbitro o árbitros a la de tribunal arbitral, que puede causar confusión con los tribunales judiciales. Además, en la mayor parte de los preceptos la referencia a los árbitros incluye tanto los supuestos en que hay un colegio arbitral como aquellos en los que el árbitro es único.

La ley opta por establecer que a falta de acuerdo de las partes se designará un solo árbitro. Ésta es una opción guiada por razones de economía. En cuanto a la capacidad para ser árbitro, se opta por el criterio de la mayor libertad de las partes,

¹³¹ Contrato de Compromiso formalmente dicho. *Supra* p. 34

¹³² CORDÓN MORENO, Faustino. *El Arbitraje de Derecho Privado*. 1ª edición, Editorial Thomson-Civitas, España 2005 p. 56

como es hoy la regla general en materia de arbitraje: nada impone la ley, salvo que se trate de personas naturales con capacidad jurídica plena.

Sólo para los casos en que resulte necesario suplir la voluntad de las partes, la ley prevé y regula las situaciones que pueden presentarse en la designación de los árbitros, para evitar la paralización del arbitraje. En estos casos es necesaria la actuación judicial, bajo lineamientos de celeridad: la ley contempla la remisión al juicio verbal y la no recurribilidad separada de las resoluciones interlocutorias que el Juzgado dicte en este procedimiento, así como de la que proceda a la designación.

Debe destacarse, además, que el juez no está llamado en este procedimiento a realizar, ni de oficio ni a instancia de parte, un control de validez del convenio arbitral o una verificación de la arbitrabilidad de la controversia, lo que, de permitirse, entorpecería indebidamente la designación y vaciaría de contenido la regla de que son los árbitros los llamados a pronunciarse, en primer término, sobre su propia competencia. Por ello, el juez sólo debe desestimar la petición de nombramiento de árbitros en el caso excepcional de inexistencia de convenio arbitral, esto es, cuando *prima facie* pueda estimar que realmente no existe un convenio arbitral; pero el juez no está llamado en este procedimiento a realizar un control de los requisitos de validez del convenio.

Responsabilidad arbitral.- Se establece el deber de todos los árbitros, al margen de quien los haya designado, de guardar la debida imparcialidad e independencia frente a las partes en el arbitraje. Garantía de ello es su deber de revelar a las partes cualquier hecho o circunstancia susceptible de poner en duda su imparcialidad o independencia. La ley elimina el reenvío a los motivos de abstención y recusación de jueces y magistrados, por considerar que no siempre son adecuados en materia de arbitraje ni cubren todos los supuestos, y se prefiere una cláusula general, con un matiz de introspectiva para los mismos árbitros.

Respecto del procedimiento de recusación, la premisa es una vez más la libertad de las partes, ya sea por acuerdo directo o por remisión a un reglamento arbitral. En su defecto, se establece que sean el árbitro o los árbitros quienes decidan sobre la recusación, sin perjuicio de poder hacer valer los motivos de recusación como causa de anulación del laudo. La ley se ocupa igualmente de otros supuestos que pueden conducir al cese de alguno de los árbitros en sus funciones y al nombramiento de sustituto. Se prevé la posibilidad de que en tales casos haya que repetir actuaciones ya practicadas, pero no se obliga a ello.

Adopción arbitral de medidas cautelares.- El artículo 23 incorpora una de las principales características de la ley: la potestad de los árbitros para adoptar medidas cautelares. Dicha potestad puede ser excluida por las partes, directamente o por remisión a un reglamento arbitral; pero en otro caso se considera que la aceptan. La ley ha considerado preferible no entrar a determinar el ámbito de esta potestad cautelar, ampliándose en términos de interpretación, pues a la letra dispone:

Artículo 23. Potestad de los árbitros de adoptar medidas cautelares.

1. Salvo acuerdo en contrario de las partes, los árbitros podrán, a instancia de cualquiera de ellas, adoptar las medidas cautelares que estimen necesarias respecto del objeto del litigio. Los árbitros podrán exigir caución suficiente al solicitante.

Obviamente, los árbitros carecen de potestad ejecutiva, por lo que para la ejecución de las medidas cautelares será necesario recurrir a la autoridad judicial, en los mismos términos que si se tratara de un laudo. Sin embargo, si dentro de la actividad cautelar cabe distinguir entre una vertiente declarativa y otra ejecutiva, esta ley les reconoce a los árbitros la primera, salvo acuerdo en contrario de las partes. Esta norma no deroga ni restringe la posibilidad, prevista en los artículos 8 y 11 de esta ley y en la Ley de Enjuiciamiento Civil, de que la parte interesada solicite de la autoridad judicial la adopción de medidas cautelares. Las potestades arbitral y judicial en materia cautelar son alternativas y concurrentes, sin perjuicio de la observancia del principio de buena fe procesal.

Generalidades de Actuaciones Arbitrales. - La ley vuelve a partir del principio de autonomía de la voluntad y establece como únicos límites al mismo y a la actuación de los árbitros el derecho de defensa de las partes y el principio de igualdad¹³³, que se erigen en valores fundamentales del arbitraje como proceso que es. Garantizado el respeto a estas normas básicas, las reglas que sobre el procedimiento arbitral se establecen son dispositivas y resultan, por tanto, aplicables sólo si las partes nada han acordado directamente o por su aceptación de un arbitraje institucional o de un reglamento arbitral. De este modo, las opciones de política jurídica que subyacen a estos preceptos quedan subordinadas siempre a la voluntad de las partes.

En lo que respecta al lugar del arbitraje, hay que destacar que se permite la celebración de audiencias y de actuaciones en sede distinta de la del arbitraje. La determinación del lugar o sede del arbitraje es jurídicamente relevante en muchos aspectos, pero su fijación no debe suponer rigidez para el desarrollo del procedimiento.

La función de la demanda y de la contestación a que se refiere el artículo 29 es la de ilustrar a los árbitros sobre el objeto de la controversia, sin perjuicio de alegaciones ulteriores, sin que entren en juego las reglas propias de los procesos judiciales en cuanto a requisitos de demanda y contestación, documentos a acompañar o preclusión. El procedimiento arbitral, incluso en defecto de acuerdo de las partes, se configura con gran flexibilidad, acorde con las exigencias de la caso en particular. Así el árbitro tiene mayor interacción con las partes y su guía por el proceso se intensifica, interrogando, delineando, ordenando.

Esa flexibilidad se da también en el desarrollo ulterior del procedimiento. Cabe que el procedimiento sea en ciertos casos predominantemente escrito, si las

¹³³ Tales elementos son traducidos al sistema jurídico mexicano como las formalidades esenciales del procedimiento, ya analizadas.

circunstancias del caso no exigen la celebración de audiencias. Sin embargo, la regla es la celebración de audiencias para la práctica de pruebas. La ley trata de evitar, además, que la inactividad de las partes pueda paralizar el arbitraje o comprometer la validez del laudo.

La fase probatoria del arbitraje está también presidida por la máxima libertad de las partes y de los árbitros —siempre que se respeten el derecho de defensa y el principio de igualdad— y por la máxima flexibilidad. La ley establece únicamente normas sobre la prueba pericial, de singular importancia en el arbitraje contemporáneo, aplicables en defecto de voluntad de las partes. Estas normas están encaminadas a permitir tanto los dictámenes emitidos por peritos designados directamente por las partes como los emitidos por peritos designados, de oficio o a instancia de parte, por los árbitros, y a garantizar la debida contradicción respecto de la pericia.

Se regula igualmente la asistencia judicial para la práctica de pruebas, que es una de las tradicionales funciones de apoyo judicial al arbitraje. La asistencia no tiene que consistir necesariamente en que el tribunal practique determinadas pruebas; en ciertos casos, bastará con otras medidas que permitan a los árbitros practicarlas por sí mismos, como, por ejemplo, medidas de aseguramiento o requerimientos de exhibición de documentos.

Elementos del Laudo.- El laudo debe dictarse sobre la base de los siguientes criterios:

1. La premisa es, una vez más, la libertad de las partes.

2. Se tendrá preferencia por el arbitraje de Derecho. La preferencia por el arbitraje de derecho en defecto de acuerdo de las partes es la orientación más generalizada en el panorama comparado. Resulta, además, muy discutible que la voluntad de las partes de someterse a arbitraje, sin más especificaciones, pueda presumirse que incluya la de que la controversia sea resuelta en equidad y no sobre la base de los mismos criterios jurídicos que si hubiere de resolver un tribunal. El arbitraje de equidad queda limitado a los casos en que las partes lo hayan pactado expresamente, ya sea a través de una remisión literal a la “equidad”, o a términos similares como decisión “en conciencia”, “ex aequo et bono”, o que el árbitro actuará como “amigable componedor”. No obstante, si las partes autorizan la decisión en equidad y al tiempo señalan normas jurídicas aplicables, los árbitros no pueden ignorar esta última indicación.

3. En la adopción de decisiones, cuando se trata de un colegio arbitral, y sin perjuicio de las reglas que directa o indirectamente puedan fijar las partes, se mantiene la lógica regla de la mayoría y la de que a falta de decisión mayoritaria decide el presidente. Se habilita al presidente para decidir cuestiones de procedimiento, entendiéndose por tales, cualquier distinta al fondo de la controversia, *id est* las relativas a la mera tramitación o impulso procesales.

4. Se prevé la posibilidad de que los árbitros dicten un laudo sobre la base del contenido de un previo acuerdo alcanzado por las partes. Esta previsión, que podría reputarse innecesaria —dado que las partes tienen poder de disposición sobre el objeto de la controversia—, no lo es, porque a través de su incorporación a un laudo el contenido del acuerdo adquiere la eficacia jurídica de aquél. Los árbitros no pueden rechazar esta petición discrecionalmente, sino sólo por una causa jurídica fundada. La ley no hace sino dar cobertura legal a algo ya frecuente en la práctica y que no merece objeción alguna.

En cuanto al contenido del laudo, ha de destacarse el reconocimiento legal de la posibilidad de dictar laudos parciales, (interlocutorios) que pueden versar sobre alguna parte del fondo de la controversia o sobre otras cuestiones, como la competencia de los árbitros o medidas cautelares. La ley pretende dar cabida a fórmulas flexibles de resolución de los litigios que son comunes en la práctica arbitral. Por ejemplo, que primero se decida acerca de si existe responsabilidad del demandado y sólo después se decida, si es el caso, la cuantía de la condena. El laudo parcial tiene el mismo valor que el laudo definitivo y, respecto de la cuestión que resuelve, su contenido es invariable.

Respecto de la forma del laudo, debe destacarse que —análogamente a lo dispuesto para el convenio arbitral— la ley permite no sólo que el laudo conste por escrito en soportes electrónicos, ópticos o de otro tipo, sino también que no conste en forma escrita, siempre que en todo caso quede constancia de su contenido y sea accesible para su ulterior consulta. Tanto en la regulación de los requisitos de forma del convenio arbitral como en el laudo, la ley considera necesario admitir la utilización de cualquier tecnología que cumpla los requisitos señalados. Pueden desarrollarse arbitrajes en que se utilicen tan sólo soportes informáticos, electrónicos o digitales, si las partes así lo consideran conveniente.

La ley prevé que el plazo para emitir el laudo, en defecto de acuerdo de las partes, se compute desde la presentación de la contestación o desde la expiración del plazo para presentarla. Esta característica responde a la necesidad de que la celeridad propia del arbitraje sea adecuada a las exigencias prácticas. Al respecto el artículo 37 de la ley refiere:

Artículo 37. Plazo, forma, contenido y notificación del laudo.

1. (...)

2. Si las partes no hubieren dispuesto otra cosa, los árbitros deberán decidir la controversia **dentro de los seis meses siguientes** a la fecha de presentación de la contestación a que se refiere el artículo 29 o de expiración del plazo para presentarla. Salvo acuerdo en contrario de las partes, este plazo podrá ser prorrogado por los árbitros, por un plazo no superior a dos meses, mediante decisión motivada

El plazo de arbitraje español a primera vista resulta idéntico al italiano (180 días son 6 meses), sin embargo el arbitraje italiano puede ser prorrogado por un lapso idéntico, mientras que el español solo permite una ampliación por dos meses,

resultando un total de ocho meses, acortando el tiempo de un proceso jurisdiccional promedio de un año.

Anulación y revisión del laudo. Respecto de la anulación, se evita la expresión «recurso», por resultar técnicamente incorrecta. Lo que se inicia con la acción de anulación es un proceso de impugnación de la validez del laudo. No se permite, como objeto primordial de la pretensión, la revisión del fondo de la decisión de los árbitros. El elenco de los motivos y su apreciabilidad de oficio o sólo a instancia de parte se inspiran en la Ley Modelo, contenidos en el artículo 41 de ley en comento:

Artículo 41. Motivos.

1. El laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe:
 - a) Que el convenio arbitral no existe o no es válido.
 - b) Que no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos.
 - c) Que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no sometidas a su decisión.
 - d) Que la designación de los árbitros o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo fuera contrario a una norma imperativa de esta Ley, o, a falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a esta ley.
 - e) Que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje.
 - f) Que el laudo es contrario al orden público.

Se amplía el plazo para el ejercicio de la acción de anulación a dos meses, sin embargo ello no perjudica a la parte que haya obtenido pronunciamientos de condena a su favor, porque el laudo, aun impugnado, tiene fuerza ejecutiva.

El procedimiento para el ejercicio de la acción de anulación trata de conjugar las exigencias de rapidez y de mejor defensa de las partes. Tras una demanda y una contestación escritas, se siguen los trámites del juicio verbal.

Ejecución del laudo. En realidad, la Ley de Enjuiciamiento Civil¹³⁴ contiene todas las normas, tanto generales como específicas, sobre esta materia. La ley de Arbitraje se ocupa únicamente de la posibilidad de ejecución forzosa del laudo durante la pendencia del procedimiento en que se ejercite la acción de anulación. La ley opta por atribuir fuerza ejecutiva al laudo aunque sea objeto de impugnación. Ningún sentido tendría que la ejecutividad del laudo dependiera de su firmeza en un ordenamiento que permite ampliamente la ejecución provisional de sentencias. La ejecutividad del laudo no firme se ve matizada por la facultad del ejecutado de

¹³⁴ <http://procuradores-alicante.com/LEC-2000.htm> Ley de Enjuiciamiento Civil, Artículo 517 y siguientes. (consultado al día 18 de Septiembre de 2008)

obtener la suspensión de la ejecución mediante la prestación de caución para responder de lo debido, más las costas y los daños y perjuicios derivados de la demora en la ejecución. Se trata de una regulación que trata de ponderar los intereses de ejecutante y ejecutado.

Los elementos más relevantes del arbitraje español son:

1. La regulación específica en un cuerpo jurídico propio, con competencia tanto en el ámbito interno como internacional.
2. El uso de referencia de la Ley Modelo y no su transcripción.
3. Criterio antiformalista que se ve reflejado en toda la sustanciación del arbitraje en comento.
4. Figura recurrente del juicio verbal para solucionar controversias accesorias en aras de celeridad.
5. Adopción arbitral de medidas cautelares.
6. Plazo para dictar laudo de 6 meses desde la aceptación de los árbitros.
7. Preferencia del Arbitraje de Derecho sobre el Arbitraje en equidad.

Finalmente, el Derecho comparado debe ser aplicado como un aprovechamiento positivo de instituciones y experiencias ajenas, que sean bien conocidas y comprendidas, de sus principios inspiradores, de sus raíces históricas y de los diversos presupuestos de su funcionamiento, de forma que puedan evidenciarse con claridad sus ventajas y desventajas fácticas y tras su análisis, puedan servir como guía para un cambio en nuestro sistema jurídico.

En la práctica, sin embargo, son conocidos los malos resultados de las reformas miméticas, basadas en el trasplante de instituciones o figuras procesales pertenecientes a modelos jurídicos diferentes. La identidad o similitud de denominaciones entre Tribunales o entre instrumentos procesales no constituye base razonable y suficiente para ese mimetismo. Y aún menos razonable resulta el impulso, de ordinario inconsciente, de sustituir en bloque la Justicia propia por la de otros países o áreas geográficas y culturales. Tal sustitución es, desde luego, imposible, pero la mera influencia de ese impulso resulta muy perturbadora para las reformas legales: se generan nuevos y más graves problemas, sin que apenas se propongan y se logren mejoras apreciables.

Por lo anterior, es que la inclusión del presente capítulo tuvo por objeto, reiteramos, ser una breve referencia a los alcances del arbitraje en otras naciones, concientes de la saturación judicial, que no es exclusiva de ningún Estado, han decidido comenzar a tomar las acciones necesarias para remediar la situación; en nuestro caso particular conviene retomar la experiencia española: hacer propio un ordenamiento extraño, ajeno, y llevarlo más lejos al incrementar su efectividad y difusión entre la población en general.

Capítulo 6. El Arbitraje Judicial: Una propuesta.

SÉ JUSTO ANTES DE SER GENEROSO, SÉ HUMANO ANTES DE SER JUSTO.
-Cecilia Bohl de Faber

Con todos los elementos y reflexiones vertidas hasta el momento, analizando al arbitraje desde una perspectiva puramente doctrinal, pasando por el campo civil, mercantil, así como de algunas instituciones nacionales, y brevemente en Derecho comparado, solo nos resta concluir la presente investigación con una propuesta formal, que se encuentre basada en las experiencias recopiladas a lo largo de la investigación y con miras a una eficiencia práctica real.

Por todo lo anterior, es que en el presente capítulo encontraremos elementos de todos los anteriores, sin embargo la opinión del autor, su criterio, se reflejará de manera mas determinante con el objeto de sostener la viabilidad del presente proyecto frente a otras propuestas, reconociendo desde luego sus desventajas pero al mismo tiempo posturas que procuren remediarlas.

Por último, al juzgador y postulante que pudiera leer estas líneas: refrendamos nuestra postura que el problema de la impartición de justicia en nuestro país es compartido: no es responsabilidad absoluta de los juzgadores ni de los postulantes. Es, como la gran mayoría de la problemática social de nuestro país, un problema muy complejo, que requiere de la participación y compromiso de todos los sectores en la vida jurídica del país para su gradual solución en primer término, antes de comenzar a sensibilizar a la población de la gravedad del problema y hacerle frente común. Hacer cada quien lo que le corresponda, y hacerlo con verdadera vocación de servicio, sea cual sea nuestra función en esta gran orquesta jurídica, es el primer paso para lograr el cambio y armonizar la función jurisdiccional. La presente propuesta busca en ello aportar algo a este concierto jurídico.

6.1 Situación del poder judicial en México: Saturación, Irresponsabilidad profesional y Falta de credibilidad

En la actualidad todos los ámbitos jurisdiccionales en nuestro país presentan una situación evidente de rezagos y capacidad operativa rebasada ante la carga de trabajo desproporcionada que día con día reciben, y que por mandato constitucional, deben resolver.

Este superávit conflictual se refleja con nitidez en la calidad de los fallos, la atención que reciben los justiciables y en los plazos en que se desarrolla el proceso, lo cual a su vez produce un impacto grave en el sentir de la población quien no considera que el acudir a proceso judicial sea una solución confiable y eficaz para resolver el litigio que afecta sus intereses.

Visto así, el problema principal de la justicia en México es la saturación que enfrentan diariamente nuestros funcionarios judiciales. Mucho se ha hablado de la mala preparación que reciben los juzgadores, de la corrupción de la cual presuntamente son partícipes y de su escasa o nula vocación. Sin embargo, las mismas voces critican de manera gratuita y superficial al no considerar todos los aspectos inherentes al trabajo del funcionario público, quien en realidad, se encuentra sujeto a una complicada espesura de reglamentos, circulares y ordenamientos que regulan su actuar, y con mas exactitud, sus resultados; inobservando en ello la directriz de independencia judicial elevada a garantía constitucional contenida en su artículo 17, párrafo tercero.

Para el doctor Ovalle Favela, la independencia judicial es: “el orden institucional que permite a los juzgadores emitir sus decisiones conforme a su propia certeza de los hechos, –obtenida con base en las pruebas practicadas en el proceso– y de acuerdo con el Derecho que estimen aplicable al caso concreto, sin tener que acatar o someterse a indicaciones o sugerencias provenientes de sus superiores jerárquicos ni de los otros poderes”.¹³⁵ Tal calidad es muy cuestionable en la actualidad.

En México los órganos judiciales (incluimos en nuestras afirmaciones al Ministerio Público, pues pese a su naturaleza administrativa, es también pieza clave en este rompecabezas jurídico-social) son presionados por los superiores jerárquicos a rendir, bajo algún plazo determinado, resultados que deben estar acordes con los lineamientos de tal superior; esto es, se condiciona, se afecta la independencia de los juzgadores al tener que resolver las controversias frente a determinados criterios.

Un ejemplo claro es el siguiente: Puede existir el caso de un juez cualquiera que, con auténtica vocación, observando finamente la legislación sigue de cerca la substanciación de los juicios que conoce, presidiendo de manera directa audiencias y desahogo de pruebas, cuestionando a las partes e incluso haciendo uso de las diligencias para mejor proveer, y emite su fallo con los mejores argumentos. Imagine entonces el tiempo que le ocasiona al juzgador realizar todas esas funciones. Al término de un mes habrá resuelto únicamente 30 expedientes, pero con resoluciones que no podrán ser modificadas o revocadas en Apelación ni en Juicio de Amparo. Parece un escenario ideal, pero en realidad no lo es.

No lo es, al menos, para el juzgador, quien tendrá que enfrentar alguna amonestación o sanción similar ante su superior por *baja productividad*, pues mientras él resolvió 30 asuntos, un homólogo ha resuelto 70; cifras que anotamos únicamente de manera ejemplificativa.

¹³⁵ OVALLE FAVELA, José. *Garantías Constitucionales del Proceso*. 2ª edición, Oxford, México 2006, p. 423

Desde luego, nuestro juzgador ideal, *magnus iudex* o *Hércules*¹³⁶ termina por convencerse que la productividad es mejor valorada y terminará haciendo lo que observamos en el foro en la actualidad: delegará la mayor parte de sus funciones al Secretario de Acuerdos, se recluirá en su cubículo la mayor parte del tiempo y, finalmente, para resolver no conocerá personas, cuyo patrimonio se encuentra en sus manos. Solo tendrá ante sí un gran legajo de papeles para resolver.

La misma noción se repite invariablemente, bajo diferentes matices y directrices por todo nuestro poder judicial, encontrado cuestionables justificaciones en los superiores jerárquicos, quienes ante el ejemplo referido pueden argumentar con simpleza que la productividad es el medio de control por el cual es posible cuantificar la actividad de un juzgador y por ende, su eficiencia para resolver litigios, razonamiento que nos parece endeble y que no encuentra eco en el artículo 17 constitucional, que si bien plantea acceso a la justicia *pronta y expedita*, el resolver sin valorar todos los elementos a que tiene acceso el juzgador, apresuradamente y con presiones externas no es justicia. El desechar juicios de Amparo por criterios risibles, por tener limitantes de otorgar Amparo a los quejosos; consignar a un probable responsable con frágiles o dudosos elementos, porque es exigido un número determinado al mes, no es justicia.

De esta forma, aún teniendo buenos juzgadores, con vocación que incluya su honorabilidad frente a la corrupción, con independencia plena, sus habilidades se verán mermadas ante los superiores administrativos de conformidad con los ejemplos expuestos y, quienes tengan mayor experiencia forense, podrían agregar varios mas; quedando justificado el superior jerárquico que tales medidas buscan abatir índices de saturación y exhortar al juzgador a resolver con mayor expeditéz, razonamientos que resultan completamente contrariados en nuestro foro. Los juzgadores son controlados por sus resultados, y no velan por el respeto de los intereses sociales que benefician a la colectividad consolidando de esta manera el Estado de Derecho y en ello, la democracia, como una forma de vida rectora, no solo de gobierno.

Por las razones esgrimidas, consideramos que la saturación es el problema principal de nuestros órganos jurisdiccionales. Una vez vencida ésta, podrían entonces atacarse con mayor facilidad la falta de preparación, de vocación y honorabilidad, pues tales funcionarios negativos quedarían evidenciados plenamente, al tener cargas racionales de trabajo, y pese a ello, resolver con negligencia, tardíamente o irracionalmente.

Todo lo anterior es aplicable en cuanto hace a los juzgadores, pero no dejaremos de mencionar la responsabilidad de abogados en su calidad de procuradores de los tribunales, quienes también deben asumir su correcto desempeño y por tanto, contribuir a la solución del problema en los siguientes términos.

¹³⁶ Según concepción de Ronald Dworkin respecto del juzgador ideal, en su obra *Los Derechos en Serio*.

Nosotros hemos denominado al papel incorrecto de los postulantes como *Irresponsabilidad Profesional*, frase que encontramos apropiada ante la inobservancia de los siguientes valores¹³⁷:

1. Seguridad
2. Respeto
3. Prudencia
4. No personalizar el asunto
5. **Nunca ir a juicio sin que sea necesario**

De entre todas las nociones señaladas encontramos el *nunca ir a juicio sin que sea necesario*, como un factor determinante que contribuye a la saturación judicial que hemos venido planteando, siendo evidente el número de asuntos que se tramitan únicamente para dilatar una situación jurídica, cuando resulta a todas luces inoperante la pretensión que se persigue en juicio; o bien derivado de una escasa cultura de conciliación, de la cual también haremos referencia como lineamiento rector de nuestra propuesta.

Asimismo, concurre a la reflexión del tema que nos ocupa, la temeridad de algunos postulantes quienes a sabiendas de lo anterior, enardecen a sus respectivos clientes con el objeto de continuar tramitando instancias ulteriores pese a que conozcan de antemano los resultados, conduciendo en ello al desprestigio de la actividad profesional y nula promoción de una cultura de legalidad, que finalmente desemboca en la falta de confianza generalizada hacia los mismos abogados y juzgadores.

La desconfianza generalizada de la población hacia el gremio jurídico es bien justificada y esta problemática se consolida ante el escenario actual de inseguridad, donde los índices de impunidad alcanzan cifras alarmantes y el poder judicial ya es objeto de diversas críticas respecto a su baja eficiencia; cerrando así el círculo en comento: la saturación de la cual adolece, repercute en el bienestar de todos los elementos, jurídicos o no, de nuestra sociedad.

El autor Fix-Fierro con relación a este discurso, que en realidad no es muy novedoso, señala los siguientes elementos derivados de la situación planteada:

- “El movimiento hacia la privatización de la justicia y de la resolución de controversias, como consecuencia de que las instituciones públicas son vistas como intrínsecamente ineficientes comienza a ser mas frecuente.
- La desaprobación moral del recurso a los tribunales, los que son vistos, en el mejor de los casos, como un mal necesario, más que un “servicio” normal que es capaz de satisfacer necesidades sociales legítimas
- La existencia de expectativas sociales nuevas e insatisfechas en relación con los tribunales. En otras palabras: los tribunales ya no sólo aplican y hacen

¹³⁷ De la charla introductoria del curso *Práctica Forense de Derecho Laboral y Seguridad Social*, Prof. Carlos Jiménez Torres, Octavo Semestre, Facultad de Derecho UNAM. Febrero 2007.

cumplir las leyes, sino que también paulatinamente se les ha reconocido la facultad de crear Derecho y la capacidad de formular e implementar políticas públicas, oponiéndose incluso a aquellas de los cuerpos legislativos y ejecutivos; siendo este fenómeno mas visible en países con derecho anglosajón, de la familia del *common law*.¹³⁸

La situación es ya crítica. Sea la postura que se quiera adoptar, o la propuesta en que se piense, el consenso es absoluto: Nuestro sistema de impartición de justicia requiere una reforma integral que le permita recobrar la confianza de la población, fortalecer sus instituciones y alcanzar el anhelado Estado de Derecho, con plenas oportunidades de defensa y certeza jurídica para todos los gobernados y con ello, afianzar la gobernabilidad del país en aras del progreso y el bienestar común.

6.2 La viabilidad del presente proyecto frente a otras alternativas

El caso de los juicios orales

Ante la problemática que hemos venido planteando, se abre un amplio abanico de posibilidades e ideas, algunas de las cuales, ya se han venido puesto en práctica como lo es el caso de los llamados *juicios orales*.

No cuestionamos la utilidad de la oralidad, la cual hemos considerado desde luego para nuestra proyección, pero si hemos de observar que los juicios orales como tales no han resultado ser una opción viable que hayan tenido el éxito esperado, en gran medida porque no resultaron ser una solución integral sino un traslado *mutatis mutandi* del *trial* anglosajón. De esta forma, no se previó el impacto que tendría en nuestro sistema jurídico y la manera en que tendrían que adecuarse los operadores jurídicos. Asimismo, los juzgadores que han conocido de apelación de tales procesos, han solicitado transcripción de todo lo actuado, dejando entonces inoperante la susodicha celeridad, eficiencia y progreso jurídico, por la naturaleza misma de la oralidad que no dejó constancias que sean materia de la segunda instancia.

Podemos señalar las principales desventajas del juicio oral en materia penal practicado en la actualidad en algunas entidades federativas del país como lo son Tabasco, Chihuahua y Nuevo León, las siguientes:¹³⁹

¹³⁸ FIX-FIERRO, Héctor. *Tribunales, justicia y eficiencia*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM 2006 p. 19

¹³⁹ Cfr. ROMERO TEQUEXTLE, Gregorio. *El Juicio Oral en materia penal*. Artículo en Revista Electrónica "Perfiles" Enero – Abril 2006. Universidad Juárez Autónoma de Tabasco http://www.ujat.mx/publicaciones/perfiles/ene_abril2006/Pag.55a70.pdf (consultada al día 24 de Septiembre de 2008)

- Su aplicación es muy difícil en procedimientos por delitos graves o que por su complejidad no es posible desahogar todas sus diligencias en una o dos audiencias.
- Por la multiplicidad y complejidad de las diligencias se confía en la seguridad de la escritura, poniendo en duda la memoria de la oralidad.
- El juicio escrito es más barato; requiere menos personal y menos instalaciones. El juicio oral requeriría de jueces y personal apropiado así como las instalaciones adecuadas.
- No será fácil apartarnos del juicio escrito, tenemos una tradición de muchos siglos. Será necesario formar nuevos jueces, nuevos agentes del Ministerio Público y nuevos abogados, capaces de comprender y operar correctamente el juicio oral, pues a falta de buenos actores judiciales, la eficacia del juicio será dudosa.
- El juicio oral podría caer en los sentimentalismos fomentados por el imputado y su defensa; o en los excesos oratorios y dramáticos de las partes.

Ahora bien, como quedó expresado, la oralidad también tiene ventajas muy provechosas, las cuales coincidiendo con el autor citado dentro de su perspectiva penalista son las siguientes:

- Permite reconstruir los hechos de manera más fiel y lógica.
- El juez percibe directamente a las partes y el desahogo de las pruebas, lo que le permite una mejor valoración de las pruebas.
- El juez realiza una individualización más humana de la pena.
- El juicio oral cumple una mejor función intimidatoria del Derecho Penal y por ende una mejor prevención general del delito.
- El juicio oral es un freno para los falsos denunciadores y testigos; y sin duda para los calumniadores.
- Promueve la superación profesional en las actividades jurisdiccionales, ministeriales y de defensa.
- Fomenta el civismo y la cultura ciudadana.

En su virtud, nuestra propuesta busca retomar todas las bondades del juicio oral, pero saneando en lo posible las eventuales desventajas que hemos señalado; únicamente hemos de diferir que consideramos más conveniente utilizar a las materias civil y mercantil como las más aptas para experimentar con esta clase de

nuevos métodos, pues el impacto social es menor que en la materia penal, la cual en nuestro sentir, hasta que el perfeccionamiento de estos métodos no sea satisfactorio, debe conservar sus ritualismos y formalidades acostumbrados.

Respecto al posible incremento de tribunales y nómina de juzgadores, tampoco nos parece una medida adecuada, pues únicamente se limita a repetir una fórmula desgastada, nuevos vasos que terminarán por derramar el agua en cuestión de tiempo.

Ante estas perspectivas, nosotros elegimos al arbitraje con las modificaciones que presentamos, como una manera idónea de contribuir a solucionar la problemática actual, pues huelga decirlo, el saneamiento absoluto del poder judicial no se logrará con una sola medida o reforma, sino con ayuda de éstas, del profesionalismo de sus integrantes y la excelencia de los postulantes.

Como apertura al debate, tenemos las ideas de Rodolfo Cruz Miramontes y Oscar Cruz Barney quienes estiman que las principales ventajas del arbitraje, en su sentido lato, como es conocido en la actualidad, son:

1. “Desde el punto de vista de la función del Estado de impartir justicia, el acudir masivamente al arbitraje tiene el impacto positivo de aliviar la inmensa carga de trabajo de los tribunales.
2. Desde un punto de vista social, el uso del arbitraje privado fortalece la cohesión de la sociedad civil al facultar a los individuos para decidir sus disputas de conformidad a las condiciones acordadas por ellos mismos.
3. Frente a los procedimientos judiciales estatales ofrece:
 - a) Celeridad. Dada la informalidad y flexibilidad del procedimiento arbitral en materia de plazos y etapas procesales, se puede hacer del arbitraje un procedimiento rápido que evite los inconvenientes del procedimiento jurisdiccional.
 - b) Economía. El acudir ante arbitraje puede reflejarse en menores erogaciones de las partes en materia de honorarios, si bien se deben cubrir los gastos del tribunal, los honorarios de los árbitros y los costos administrativos que en su caso correspondan a la institución que administre el arbitraje. Se debe siempre evaluar la conveniencia del arbitraje con base en el monto del asunto a resolver.
 - c) Especialización. La libre elección de los árbitros permite a las partes seleccionar a aquellos expertos y conocedores del tema objeto de la controversia, situación que no siempre se presenta en la jurisdicción estatal.
 - d) Confidencialidad. La documentación, pruebas, alegatos y laudo arbitral son por lo general confidenciales, lo que asegura una mayor seguridad para las partes, sobre todo tratándose de temas relacionados con la propiedad intelectual y los secretos industriales.

- e) Imparcialidad. El arbitraje es un mecanismo aceptable para todos los interesados, fundamentalmente en el arbitraje comercial internacional.
- f) Posibilidad de elegir al tribunal arbitral. Las partes pueden elegir al o a los árbitros que integrarán el tribunal arbitral, ya sea directamente o con la intervención de una institución que se encargue de la designación.
- g) Elección de la sede del arbitraje. La elección de la sede del arbitraje es una ventaja particular que ofrece la institución, ya que permite a las partes seleccionar un punto intermedio o mejor comunicado y con los elementos necesarios para mejor llevar a cabo el procedimiento arbitral.
- h) Elección del derecho aplicable. Las partes pueden acordar cuál será el derecho aplicable tanto al fondo del asunto como al procedimiento arbitral. Este punto se relaciona estrechamente con la nacionalidad de las partes, de los árbitros, la sede del arbitraje, el lugar de la celebración del contrato y el lugar donde surte sus efectos.
- i) Inmediación. En el arbitraje los árbitros tienen un mayor contacto tanto con las pruebas como con el proceso mismo.”¹⁴⁰

En este diálogo, es menester hacer una autocrítica a los argumentos que se expresen, los cuales en opinión de los mismos autores son los siguientes:

1. En la práctica, los arbitrajes resultan muy onerosos dados los altos honorarios que se debe cubrir para contar con árbitros que tengan la experiencia, conocimientos y calidad en su servicio.
2. Con cierta frecuencia, los árbitros designados por las partes no pueden sustraerse a situaciones de parcialidad, lo cual se explica quizá porque psicológicamente ellos se consideran a sí mismos mandatarios de las partes que los nombran.
3. La negociación del compromiso arbitral no deja de crear problemas en la práctica.

El autor Luis Miguel Díaz por su parte refiere: “La realidad social en la cual el arbitraje emerge como una opción a los tribunales judiciales se encuentra bien documentada. Estudios interdisciplinarios señalan que en cualquier país, el acceso a la impartición de justicia deja mucho que desear, ya que los tribunales judiciales del Estado, en general, tienen un tradicional rezago de trabajo y están afectados a trámites largos, costosos y complicados”¹⁴¹ Agrega, además, ventajas que no son consideradas por los autores citados:

¹⁴⁰ CRUZ MIRAMONTES, Rodolfo y CRUZ BARNEY, Oscar. *El arbitraje. Los diversos mecanismos de solución de controversias: análisis y práctica en México*. 1ª edición, Porrúa, 2004, p. 33

¹⁴¹ DÍAZ, Luis Miguel. *Arbitraje: Privatización de la Justicia*. 2ª edición, Editorial Themis, 1991 p.13

- Socialmente, el uso del arbitraje privado fortalece la cohesión de la sociedad civil al facultar a los individuos para decidir sus disputas de conformidad a las condiciones acordadas por ellos mismos.
- Humanización de la justicia, en vista de cada parte expresa su versión del diferendo legal sin cortapisas en un ambiente de informalidad y simplicidad.

La funcionalidad del arbitraje comercial es elocuentemente descrita por el doctor Briseño Sierra: “El arbitraje se realiza a puerta cerrada en la sede elegida por el árbitro, a donde no tiene acceso el público y en el cual puede hablarse con entera confianza, de una manera llana y sin protocolo especial. El arbitraje se desenvuelve como lo desean los interesados, verdaderamente en mangas de camisa, en un ambiente que el árbitro busca sea de cordialidad, pues ante todo se quiere mantener la relación comercial entre las partes, se expulsa todo motivo de acritud, se liman asperezas antes de ofrecer una fórmula, probablemente pensada por alguna de las partes y que será transaccional para permitir que ambas obtengan un beneficio y no solo se cargue a una de ellas todo el peso del perjuicio de una condena”¹⁴²

El mismo autor, considerando también en sano juicio las eventualidades del arbitraje comercial como tal, refiere:¹⁴³ “Entre las clásicas objeciones al arbitraje, se sigue diciendo que los árbitros en realidad no actúan como jueces, sino mas bien como defensores de las partes que les proponen; que falta idoneidad en los árbitros para juzgar rectamente; que los gastos son mayores en razón de la complejidad del procedimiento; o que los árbitros no están obligados a someterse a reglas de Derecho.”

De acuerdo a las posturas mencionadas, bien podemos señalar que resumen de manera precisa las nociones doctrinales que constantemente se afirman en obras, conferencias y otras ponencias; ahora procederemos a expresar porque consideramos inoperantes los argumentos esgrimidos en contra de acuerdo a nuestra propuesta que permitimos comenzar a presentar de esta manera:

- **Costos elevados del arbitraje.**

Dentro de nuestra propuesta, a usanza de las instituciones analizadas, el arbitraje resultará gratuito para las partes, sin que tengan que cubrir honorarios del mismo, de conformidad con el primer párrafo del artículo 17 constitucional, toda vez que buscamos incorporar nuestro modelo al poder judicial estatal.¹⁴⁴

¹⁴² BRISEÑO SIERRA, Humberto. *El Arbitraje Comercial. Doctrina y Legislación*, 2ª edición, Editorial Limusa, México 1999. p. 8. Nótese como el sentido final de la idea descrita permite entrever la posibilidad una conciliación y no un arbitraje en sentido estricto.

¹⁴³ BRISEÑO SIERRA, Humberto. *El arbitraje privado internacional*. Biblioteca Virtual Instituto de Investigaciones Jurídicas <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=918> (consultada el día 19 de Septiembre de 2008)

¹⁴⁴ Resulta llamativa al respecto la crítica de Couture, ante la falta de congruencia entre el principio de igualdad y el costo de la justicia: “el costo de la justicia, que la hace para uno de tan fácil y para otros de tan

- **Parcialidad de los árbitros.**

Como mencionamos en su oportunidad, cada parte elige un árbitro y por ende, resulta natural que el árbitro elegido por cada una simpatice con la causa del litigante que lo propone, a pesar de la existencia de un tercer árbitro que como presidente; además de los honorarios del abogado representante, también deben erogarse recursos para el árbitro, lo cual evidentemente supone una posición de grave desventaja pecuniaria para el justiciable, haciendo de verdadera elite el arbitraje tal y como lo conocemos comúnmente.

Ahora, de acuerdo a nuestro modelo, siendo congruentes con nuestra realidad, donde evidentemente resultaría más conveniente ventilar el proceso bajo el égida de un solo árbitro por costos al erario público, es que las partes no tendrían ninguna participación por lo que hace a la elección de árbitro, asegurando su imparcialidad a través de los medios judiciales previstos actualmente.

Quizás en ello se argumente una clara afectación a la naturaleza inherente del arbitraje, donde la voluntad de las partes es determinante para su acuerdo y sustanciación; sin embargo a nosotros nos parece exigua esta afectación y a cambio recibimos *imperium* estatal que es, en definitiva, nuestra mejor adquisición.

- **Difícil negociación del compromiso arbitral**

Superado ya el debate de la naturaleza jurídica del arbitraje, el cual debe ser siempre visto como un contrato, remitiéndonos a las consideraciones plasmadas en el primer capítulo, consideramos adecuado que aún cuando se integrase un arbitraje al poder judicial estatal, no pierda esta calidad contractual, convirtiéndolo incluso, en un contrato jurídico con ciertas solemnidades dada su naturaleza y sobre todo, la relevancia que tendría como componedor de controversias jurídicas ante la sociedad.

Así, la negociación del compromiso arbitral en realidad se convertiría, en nuestro caso, un compromiso judicial de arbitraje ya que deseamos incluir al respecto fases de mediación y conciliación como se verá mas adelante.

No terminamos el apartado sin aclarar entonces que este compromiso judicial de arbitraje sería propuesto por la autoridad, como un formato contractual explicando desde luego los alcances y efectos a los cuales las partes quedan sujetas, fomentando una certidumbre que desafortunadamente no siempre se obtiene de los postulantes respecto a los clientes, y al mismo tiempo, permitiendo

difícil obtención, atenta contra el precepto de que ante ella, como ante la ley, todos los hombres son iguales, sin mas distinción que la de sus talentos o virtudes”

modificar todos los aspectos que se estimen conveniente, por mutuo acuerdo de las partes.

- **No sometimiento arbitral a reglas de Derecho.**

En este caso entendemos que la afirmación va dirigida al arbitraje en equidad, pues contra el arbitraje de estricto derecho la aseveración no tiene razón de ser; en realidad en absoluto acato al numeral 14 de la constitución y de su interpretación a través de las formalidades esenciales del procedimiento el arbitraje de equidad se ajusta efectivamente a reglas de Derecho, sin embargo, es en la resolución donde se hace latente su calidad flexible de conciencia, situación que no debemos perder de vista acordes con las nuevas tendencias de argumentación y hermenéutica jurídica, las cuales revisten las resoluciones jurídicas, frías y técnicas con legitimación que va acorde con los principios y valores de una colectividad.

- **Confidencialidad (en arbitraje)**

A *contrario sensu*, siguiendo el orden de ideas expuesto, esta calidad que algunos autores toman por positiva al caso nosotros hemos de preferir la publicidad del proceso arbitral, de forma que la población tenga mayor contacto con la justicia, observando de manera directa la manera en que se sustancie la controversia, sin que existan momentos ocultos o irregularidades, lo cual también contribuye a la calidad del servicio judicial; esto siendo únicamente aplicable en cuanto al arbitraje en sentido estricto, pues por la naturaleza que implica la mediación y la conciliación, lo mejor es que éstas se desarrollen a puerta cerrada, de manera confidencial motivando a las partes a desenvolverse con mayor facilidad.

Hechas las observaciones anteriores, hemos denominado *arbitraje judicial* a nuestra proyección por las siguientes razones:

1. Es arbitraje, porque se permite la modificación de las reglas bajo las cuales se sustanciará la controversia.
2. Es arbitraje porque son las partes quienes deciden someterse a éste.
3. Es judicial porque el árbitro queda investido del *imperium* estatal.
4. Es judicial ya que se regula y administra por el Estado.
5. Es judicial porque no resulta oneroso para las partes.
6. Es judicial porque las partes no intervienen en la elección del árbitro.
7. Tiene un carácter especial porque dentro de su tramitación se contemplan las fases de mediación y conciliación, que pueden ser efectuadas por el mismo árbitro.

Con las directrices señaladas, procedemos a describir la propuesta de acuerdo a sus fases procesales de manera análoga al estudio de capítulos anteriores.

El compromiso judicial de arbitraje (compromiso arbitral)

Dentro de nuestra perspectiva, será menester para las partes en conflicto firmar un contrato con ciertas solemnidades¹⁴⁵ que a continuación se detallan, con el objeto de resolver su litigio y conocer los alcances, así como derechos y obligaciones a los cuales quedarán sujetos. Ha sido denominado así, pues como se ha adelantado, se considera muy pertinente incluir dentro de la sustanciación y previo al arbitraje, fases de mediación y conciliación las cuales manejadas adecuadamente pueden conducir a una solución pacífica y eficiente de los conflictos.

Así, las solemnidades que se sugieren para la firma de tal documento son:

- a) Que las partes comparezcan de manera personal en caso de personas físicas o representante legal debidamente acreditado tratándose de personas colectivas.
- b) Un funcionario adscrito al tribunal, que esté investido de fe pública con el objeto de elevar a documental pública el acto jurídico, les explicará de manera inequívoca y expresa que el someterse al proceso arbitral resulta irrevocable, además de sus generalidades, principalmente los alcances de la mediación, conciliación y arbitraje; ante tal efecto se hace la propuesta que la fase mediadora-conciliatoria resulte como requisito de procedibilidad para efectuar arbitraje.
- c) Las partes aceptarán las reglas previstas en ley o en su caso, solicitarán adecuación de cualquier plazo o señalamiento de mutuo acuerdo, con la asesoría del funcionario adscrito al tribunal.
- d) Acordados los lineamientos, las partes rendirán protesta legal para conducirse con honor a la verdad y de buena fe durante todo el proceso arbitral y firmarán tal contrato, el cual se expedirá por triplicado quedando en poder de cada parte un original y del tribunal arbitral el otro tanto.

Este contrato tiene por objeto:

1. Da base al proceso arbitral, lo fundamenta y lo legitima ya que ha sido voluntad de las partes someterse a éste, lo que incrementa la

¹⁴⁵ Según el maestro BEJARANO SÁNCHEZ, la solemnidad es “la necesidad que se impone a ciertos actos para celebrarse con determinados ritos que son condición de su existencia; es un elemento necesario para su creación” *Obligaciones Civiles* 5ª edición, Oxford, 2004, p. 65

posibilidad de cumplimiento sin necesidad de acudir a vías de apremio.

2. La protesta legal contenida en el contrato hace de advertencia formal a las partes, pues todo acto contrario a éste podrá ser sancionado por la legislación penal, como lo es el caso del tipo penal de fraude procesal.
3. Al comparecer las dos partes en conflicto y quedar enteradas fehacientemente de la relación jurídica que se impondrá a través del contrato de compromiso, se omite la fase de emplazamiento¹⁴⁶, y con ello toda la problemática y plazo que encierra su correcta diligenciación; pues ambas partes conocen el motivo de controversia y tras haber dado sus generales, sus domicilios para realizar notificaciones y otros actos procesales, queda enterada también la autoridad para tales efectos.

Tras la firma del contrato de compromiso judicial de arbitraje, el funcionario ante el cual se firmó (un secretario de Acuerdos, en sugerencia o cargo análogo) fijará plazo para que tenga lugar la primera audiencia, en la cual se desahogará la mediación y la conciliación con miras a sus respectivos objetivos.

6.3 La mediación arbitral: fijar puntos de controversia

La mediación no debe ser considerada simplemente como un medio sustituto de un poder judicial deficiente, sino como un sistema serio y probado, que debe ser estructurado y aplicado con profesionalidad y que constituya un medio eficaz para la solución no adversarial de cierto tipo de conflictos.

La conciliación judicial no goza de muy buena reputación, puesto que en la práctica, generalmente, no pasa de ser una formalidad ineficaz. Ello es totalmente cierto. Los abogados nos hemos cansado de concurrir a audiencias de conciliación convocadas por el juez pero luego encomendadas a un simple funcionario, en un ambiente deprimente y con un desarrollo totalmente desganado, generalmente limitado a preguntar a los abogados si había posibilidades de arreglar. Como puede imaginar el lector, en esas condiciones resulta imposible llegar a un acuerdo. Por el contrario, cuando las conciliaciones se realizan con seriedad, en ambientes dignos y en presencia del juez, el porcentaje de acuerdos es asombrosamente alto. Lo mismo sucederá seguramente con la mediación: el porcentaje de éxito estará en directa relación con la seriedad y profesionalidad con que se aplique.

La mediación es un proceso menos costoso, desde el punto de vista del dinero, del tiempo y la energía emocional. El filósofo francés Voltaire dijo que había estado en la ruina dos veces en su vida: una vez cuando perdió un juicio y otra vez

¹⁴⁶ *Supra* p. 20

cuando lo ganó. De manera similar, una frase atribuida a Abraham Lincoln reza: "Convence a tus vecinos de que negocien, todas las veces que te sea posible. Hazles notar cuán a menudo el ganador nominal es perdedor, en honorarios, gastos y energías"

Un autor estadounidense, Peter Lovenheim, citado por Elena Sparvieri¹⁴⁷, explica que el objetivo del juicio es la búsqueda de la verdad, pero que la búsqueda de la verdad y la solución del problema no son la misma cosa; lo que las personas en conflicto buscan no es necesariamente la verdad sino la solución al conflicto, lo mas rápidamente, justamente y menos costosamente posible. Sobre todo en casos en los que es conveniente conservar la relación, como en amistades, clientes, vecinos, familia. La búsqueda del error o culpa destruye rápidamente lo que puede haber quedado de la relación.

Continuando el orden de ideas, Sparvieri¹⁴⁸ refiere: "según los chinos, que hace muchísimo tiempo practican la mediación, al igual que los japoneses, un juicio engendra diez años de odio. Ciertamente son optimistas."

La mediación es congruente con la cultura oriental. El oriental no bloquea la energía del otro, como pasa en un juicio donde cada uno defiende su posición. Más bien, aprovecha la energía del otro para conseguir lo que quiere. Esta inclusión del otro en el proyecto, este tener en cuenta las necesidades del otro para satisfacer las propias, tiene que ver con el estilo de la negociación. Los orientales se sumergen en la experiencia para comprender, viven el proceso. Nosotros observamos, tomamos distancia para entender. Para los orientales pasar del sí al no y viceversa, no presenta ningún problema. Para los orientales esto es tan común como el día que se transforma en noche y la noche en el día. En cambio, para nosotros occidentales, decir que sí y luego que no, significa retractarnos, contradecirnos, y esto lo evitamos por miedo a quedar mal. Este es uno de los problemas con el que se enfrentan los mediadores. Como la negociación a veces es imposible sin este flujo, sin este cambio de percepción, el mediador es el que asume la culpa, el compromiso de la contradicción para que no se bloquee el proceso.

En este primer intercambio de ideas, donde el mediador deberá procurar mantener el orden entre las partes, aducirán los puntos en conflicto, relatando brevemente los antecedentes históricos y si lo desean, de acuerdo a la naturaleza de la figura autocompositiva, proponer un arreglo a su contraparte, sin que el mediador intervenga en tales propuestas, escuchando y guiando a las partes hacia un arreglo.

El mediador se pregunta por el problema a resolver y las necesidades humanas que hay que satisfacer por medio de soluciones mas flexibles y eficaces.

¹⁴⁷ Cfr. SPARVIERI, Elena. *Principios y Técnicas de Mediación*. 1ª edición, Editorial Biblos, Buenos Aires 1995, p. 15

¹⁴⁸ *Ídem*

Así, las partes asumen el control, se comprometen con su situación vital, establecen una relación cooperativa con el objeto de solucionar el conflicto que les atañe.

La tarea del mediador es la de asistir a las partes en el proceso de negociación, no tiene ningún poder en la toma de decisiones, que depende exclusivamente de las partes, pero su relevancia se describe en las siguientes ideas:¹⁴⁹

- Abre canales de comunicación, o facilita la comunicación si las partes dialogan entre sí.
- Es el legitimador que ayuda a las partes a reconocer el derecho de otros a negociar.
- Facilita el procedimiento ofreciendo una planificación y dirigiendo la negociación.
- Explora el problema de manera que los involucrados en la disputa lo examinen desde distintos puntos de vista; los asiste en la definición de puntos e intereses básicos y de opciones de negociación mutuamente satisfactorias.
- Trabaja con criterio de realidad de modo que los acuerdos firmados sean razonables y efectivos. Para ello debe cuestionar y desafiar a las partes que demuestran tener objetivos extremos y poco realistas.

Los autores Gaibros y Wilde proponen que el mediador en ejercicio de sus funciones observe las siguientes recomendaciones:

- a) “Establecer una relación que facilite el proceso de mediación, controlando el desarrollo, tratando de aflojar la tensión.
- b) Buscar que las partes se escuchen para que se entiendan, creando esperanza.
- c) No permitir el despliegue de agresividad entre las partes, ni amenazas.
- d) Describir los conflictos, no para profundizarlos, ni para intervenir como terapeuta, sino para objetivarlos; reformulando las demandas de las partes de modo de acortar diferencias.
- e) No juzgar ni presionar
- f) Instar a la cooperación, dando esperanzas de solución con optimismo.
- g) Elogiar las actitudes positivas, cambiando reproches por requerimientos.
- h) Alguna vez, podrá relatar anécdotas o cuentos para sensibilizar a las partes; o poner otros casos como ejemplos.
- i) Prepararlos para un futuro acuerdo que puedan cumplir y aceptar las consecuencias de sus decisiones.”¹⁵⁰

Por tanto, se sugiere que la mediación se desarrolle bajo las siguientes etapas:¹⁵¹ (las cuales resumen de forma precisa las etapas planteadas por la

¹⁴⁹ *Ibidem*, p. 20

¹⁵⁰ GAIBROS, Luis y WILDE, Zulema. *¿Que es la Mediación?* 2ª edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994 p. 57

Ley de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia para el Distrito Federal en su artículo 30)

1. Creación de confianza y estructura
2. Planteamiento de hechos y definición de problemas
3. Creación de opciones y alternativas
4. Negociación
5. Desarrollo de un plan
6. Revisión legal
7. Puesta en práctica y seguimiento

En caso de obtener algún arreglo, el mediador lo certificará y tras dar su visto bueno por no tener contenido contrario a Derecho o la moral, se aprobará, y una vez firmado por las partes, tendrá fuerza de cosa juzgada.

La misma Sparvieri reconoce: “el proceso jurisdiccional sigue siendo recomendable, entonces, cuando se desea establecer un precedente legal o cuando se trata de probar una verdad y hacerla pública, como lo son casos novedosos o cuya relevancia sea trascendente en el desarrollo social de una comunidad.”¹⁵²

La mediación por las líneas escritas puede no parecer útil y sí una pérdida de tiempo, ya que al parecer carece de cierto grado de injerencia judicial y permite que las partes deliberen con total libertad, lo cual bien pueden lograr sin necesidad de apersonarse ante un órgano jurisdiccional. Sin embargo, también debe considerarse que al caso se ofrece un espacio idóneo para el acercamiento, y que hay innumerables detalles que como juzgador o como postulante se desconocen de las partes y que éstas no descubren en fases posteriores, por lo que este primer acercamiento promueve soluciones que solo las partes pueden ofrecer al conocer íntimamente la controversia y sus circunstancias específicas. Para ilustrar con mayor facilidad lo escrito, echamos mano del siguiente ejemplo:

“El caso de la naranja”

Dos personas pelean por una naranja. Finalmente se decide (se sentencia) que la naranja se va a partir en dos, y se entrega media naranja a cada una. La primera recibe su media naranja, la exprime y toma el jugo, tirando la cáscara exprimida; la segunda pela la naranja y raya la cáscara para hacer un pastel tirando la pulpa.

Analizando este caso vemos que la resolución del conflicto, negociado a partir de las posiciones (la naranja), no derivó en una solución sabia, porque de haberse conocido los intereses de

¹⁵¹ *Ídem*

¹⁵² SPARVIERI, Elena. *Op. Cit.* p. 102

cada una (el jugo y la cáscara), ambas habrían recibido el doble.”¹⁵³

Con esa idea en mente, y elevando el nivel del ejemplo anterior, buscando ejemplificarlo con un caso mas adecuado a nuestra realidad, obtenemos el siguiente:

César es taxista desde hace varios años, y como puede suponerse, conoce la ciudad y de mecánica perfectamente. Julio es comerciante, y buscando invertir algunos de sus ahorros, compra una flotilla de taxis, contratando a César en ello.

Sin embargo, pasa algún tiempo sin que César entregue a Julio las cantidades acordadas, y con ello éste decide exigir sus derechos por vía civil en cuanto al incumplimiento de contrato.

César al ser emplazado se comunica con Julio inmediatamente, pues por su contexto, no desea perder el taxi y no ha podido pagar por cuestiones personales. Julio reconoce la capacidad de César, pero como comerciante, no puede condonar con sencillez los adeudos.

Deciden entonces suspender la instancia jurisdiccional (como en la actualidad se realiza ante el Centro de Justicia Alternativa del Distrito Federal) y al iniciar las charlas de mediación, César se percata que Julio necesita un mecánico para darle mantenimiento a la flotilla, y que él puede pagar lo debido con ese servicio.

Así, Julio aprovecha la experiencia de César, éste no pierde su empleo y ambos resultan beneficiados.

Redondeando las ideas anteriores, José Antonio Rodríguez Márquez refiere las ventajas y desventajas de la mediación en los siguientes términos:

1. “Permite a las partes definir lo que es satisfactorio para ellas, trascendiendo los aspectos limitados y cerrados en disputa para enfocarse en las circunstancias subyacentes que contribuyeron al conflicto.
2. Las partes están en posibilidad de tratar aquellos aspectos hostiles y ventilar su enojo de formas que no podrían ser posibles en un proceso de adversarios.
3. El mediador puede asistir a las partes para que revelen aquellos fines ocultos y el bagaje emocional que no podría emerger mediante reglas procesales y desahogo de pruebas.

¹⁵³ *Ídem*

4. Ayuda a las partes a reajustar sus perspectivas del conflicto y a visualizar sus preocupaciones de una manera mas amplia que los simples aspectos legales en un sistema jurídico.
5. Las partes en disputa tienen considerablemente mayor autonomía que la que tendrían en un proceso adjudicatorio en el que un juez o árbitro impondrán una decisión. En la mediación, los disputantes controlan el resultado del proceso y éste generalmente resulta en un mayor grado de cumplimiento del convenio que resulte.
6. La percepción de lo justo, lo adecuado (*fairness*) no se identifica fácilmente con el resultado.
7. En aquellos casos en los que una de las partes tiene un mayor poder de negociación, ya sea por tener una personalidad persuasiva, conocimiento del Derecho, mejor manejo de los hechos o poder emocional o económico, el resultado puede ser injusto para la otra parte.”¹⁵⁴

6.4 La conciliación arbitral: sanear los puntos de controversia

Agotada la mediación, es momento de que el tercero (sugiriendo sea la misma persona que fungió como mediador) intervenga de manera activa en la discusión, ahora aportando soluciones que las partes no han vislumbrado por no ser peritos en Derecho, y que, habiendo escuchado sus intereses y hasta cierto punto su idiosincrasia, sean lógicas y satisfagan a ambas. La diferencia entre mediación y conciliación en la práctica es tan sutil, que por ello se desahogan en la misma audiencia, pues no tiene objeto separarlas.

Nosotros hacemos este énfasis en la conciliación, pues a pesar que suele estar incorporada a los códigos procesales como una facultad del juez, en la práctica pocas veces se lleva a cabo por falta de una capacitación adecuada. Así, realmente se le tiene por letra muerta, ignorando todas las bondades y utilidades que implica, muy similares a las de la mediación.

La importancia de la conciliación radica, a juicio del autor Gil Echeverri, “que ha sido una herramienta de control social y pacificación de la comunidad reconocida por casi todas las culturas en todos los tiempos”¹⁵⁵ Siguiendo las ideas del autor en comentario, La Ley de las Doce Tablas, por ejemplo, otorgaba fuerza obligatoria a lo que convinieran las partes al ir a juicio. En el régimen judicial de la antigua China, la conciliación era considerada como el principal recurso para resolver las desavenencias, tal como lo planteaba Confucio al sostener que la resolución óptima de las discrepancias se lograba mediante la persuasión moral y el acuerdo, pero no bajo coacción.

¹⁵⁴ RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, José Antonio. *La Mediación*. Capítulo 10, libro *Arbitraje Médico: Fundamentos Teóricos y Análisis*. 1ª edición, Editorial Trillas, 2002. p. 102

¹⁵⁵ GIL ECHEVERRI, Jorge Hernán. *La Conciliación extrajudicial y la amigable composición*. Editorial Temis, Bogotá 2003, p. 3

El maestro Briseño Sierra al respecto refiere, a manera de consejo para un conciliador: “Primera: no desanimarse si la situación parece irreconciliable. Al fin y al cabo, si las partes no estuvieran amenazando a gritos, no requerirían acudir ante él. El primer paso importante es establecer alguna afinidad con ambas partes y no romper la comunicación durante el periodo inicial con amonestaciones airadas. Segundo: Tratar de que los enfurecidos opositores descarguen parte de su cólera contra algún objetivo abstracto e impersonal. Para amortiguar los efectos de una disputa seria, puede acudirse a las sutilezas del significado de las palabras, a las ineludibles presiones económicas o aún al efecto que las condiciones climáticas tienen en nuestro ánimo. Tercera: Hallar un punto de interés común que conduzca a ambas partes a una discusión positiva. Puede ser completamente ajeno al problema planteado, mas basta que se haga decir, a ambos, por ejemplo: Sí, hay algo de cierto en eso, para que aumenten considerablemente las posibilidades de llegar a una solución armónica.”¹⁵⁶

La conciliación es el momento oportuno en que el conciliador debe realizar un dictamen para cuantificar líquidamente el monto del litigio,¹⁵⁷ resultando en un instrumento valiosísimo para negociar de manera mas eficiente un acuerdo, ya que por el carácter mercantil y civil que deseamos imprimirle a la propuesta, los arreglos pecuniarios pueden resultar muy satisfactorios ante la visión de acudir a instancias contenciosas, y las pérdidas que ello ocasiona.

De esta forma, el conciliador debe intervenir de forma tan activa como le sea posible y finalmente, si el esfuerzo resulta infructuoso, el asunto avanza hacia el proceso arbitral; aquí cabe mencionar que en esta y en la anterior fase no debe intervenir abogado alguno, pues el contacto autoridad – partes como se viene relatando es indispensable.

Al igual que en la mediación, al alcanzar un acuerdo se le dotará de fundamento legal y tras la firma de las partes tendrá calidad de cosa juzgada, dando un plazo razonable para su cumplimentación, y en caso contrario, el tribunal arbitral actúe sin mayor traba como autoridad ejecutora en el menor plazo posible.

Las estrategias para procurar llevar una conciliación exitosa son muy similares a las estudiadas en materia de mediación; sin embargo dada la capacidad que tiene el conciliador para proponer soluciones concretas, buen podría decirse que actúa como un amigable componedor dentro de lo que cabe, por lo que es recomendable que el conciliador evalúe criterios de equidad y de valor al momento de plantear el arreglo para las partes.

Sin caer en confusiones, recordemos que el conciliador no puede imponer la solución a las partes, pero hacemos el comentario anterior porque también

¹⁵⁶ Se tomó el fragmento de la introducción del libro *El Arbitraje en el Derecho Privado* de Humberto Briseño Sierra, Imprenta Universitaria, México 1963

¹⁵⁷ De forma similar al dictamen rendido en la PROFECO, *Supra* p. 98

consideramos éste el momento oportuno para que las partes tengan acceso a través de una persona versada en Derecho a otras soluciones, con un matiz de equidad diferente, con las cuales probablemente sus intereses sean compatibles, donde la equidad queda reflejada como la Justicia del caso concreto.

Ante este tenor al igual que el arbitraje practicado en CONAMED, estimamos muy conveniente que la fase conciliatoria no quede cerrada de forma definitiva al pasar al arbitraje, aunque desde luego, el árbitro adoptará su función como tal y si bien puede promover de alguna forma este arreglo ulterior, su misión primordial debe ser eminentemente la del juzgador.

6.5 El proceso arbitral: resolver la controversia. La importancia de la oralidad, la inmediatez, la publicidad y carga racional de trabajo.

Ante los resultados infructuosos de la mediación y la conciliación, se procede a dar inicio a la fase arbitral en una segunda audiencia que se celebrará en día diferente; ante ello el conciliador con la información que ha sido recopilada deberá ser capaz de dilucidar con toda exactitud los intereses en conflicto y los medios de convicción mas propicios para demostrar las afirmaciones que cada parte haya hecho valer, los cuales hará saber a las partes con el objeto de que sean presentados para su desahogo en la audiencia arbitral.

En esta fase considerando el desgaste normal humano, y por las cualidades distintas que debe poseer cada funcionario, el árbitro debe ser persona distinta de las fases anteriores, con una experiencia considerable en el área en el que se desahogará el arbitraje.

El doctrinario Briseño Sierra refleja en buena medida nuestro sentir con las siguientes palabras: "Quizás en ningún otro procedimiento como el arbitraje se halla conservado con tanta fidelidad la audiencia en la exposición verbal y libre y sin formulismos anacrónicos; es suficiente para exponer el caso, precisarlo dentro de la llaneza con que las partes suelen hablar entre sí. Esta manifestación técnica es un privilegio del arbitraje, porque ha podido existir sin el aparato de una burocracia que demanda documentación y acreditación en cada acto. En el arbitraje la comunicación es directa, lo que produce la inmediata adquisición de las pretensiones y de los medios utilizados para confirmar su validez y eficacia. La situación personal dentro del local elegido como sede del arbitraje propicia la instantánea percepción de intenciones y el rápido conocimiento de la voluntad de las partes; pero además, facilita interrogatorios, aclaraciones, revisiones de cosas y documentos, y sirve como el mejor de los marcos para que las partes presenten conclusiones y los árbitros valoren elementos y razonamientos que les son expuestos. En una audiencia tan despojada de la tramoya y la escenografía de un proceso judicial, el fluir lógico de las actuaciones se apoya en la firme dirección de

los árbitros y en el más natural apego a la *sindéresis* que se traduce en una verdadera actividad en mangas de camisa.”¹⁵⁸

Considerando los elementos estudiados en capítulos anteriores, sobre todo el ánimo simplista que presenta el arbitraje español, además de los principios procesales a que hicimos referencia en el primer capítulo, los cuales resultan insustituibles como lo es la imparcialidad del juzgador, en el arbitraje presente preponderamos los siguientes, que si bien ya se encuentran previstos dentro de las directrices actuales del proceso, en la práctica difícilmente se observan: la oralidad, la inmediatez y la publicidad. La carga racional de trabajo como se mencionó no se trata de un *principio*, sino de una auténtica *necesidad* en razón de los argumentos que ya han sido vertidos con anterioridad.

Oralidad

Siguiendo de cerca de la doctrina procesal contemporánea, la cual paulatinamente se refleja en el ámbito forense, los procedimientos judiciales en la mayoría de los países son el resultado de la combinación de etapas procesales tanto escritas como orales. Sin embargo, la necesidad de modernizar la administración de justicia y de reducir la dilación en lo posible ha llevado a los reformadores a examinar la posibilidad de alterar el equilibrio existente entre las etapas orales y las escritas, según sea el caso, con el propósito de acortar el proceso y reducir los tiempos de tramitación.

La oralidad no debe entenderse en sinonimia con un juicio oral; en este caso debemos considerarla como una *forma* en que se sustancia una controversia, a través de métodos no ritualistas o informales, en los cuales la escritura toma un rol menos importante delegándose a los funcionarios judiciales y no a las partes como se verá.

La oralidad entonces no incluye únicamente la palabra hablada; también se conforma de los factores y principios afines que la facilitan y la promueven como lo son un recinto adecuado y la inmediatez a que también hacemos referencia; finalmente tales principios se conjugan de forma armoniosa, ya que al existir uno de ellos trae consigo a los demás de forma positiva. Por ejemplo, verdadera inmediatez provoca que la oralidad se haga presente de manera natural, produciendo celeridad y economía procesal. Al respecto Podetti señala: “Los principios procesales deben aplicarse con criterio despierto y actual, estructurando las instituciones procesales que de ellos resulten e interpretándolos en un sentido armónico con las necesidades de la justicia en relación al tiempo y pueblo donde hay que aplicarse”¹⁵⁹

¹⁵⁸ BRISEÑO SIERRA, Humberto. *Op. Cit.* p. 17

¹⁵⁹ Citado por DABADIE, María Rosa y GIGANTI, Amado *Op. Cit.* p. 12

Inmediación

Significa que el árbitro estará presente en todas las diligencias que se desahogan en la audiencia que constituya el proceso; por consiguiente entre el árbitro y las partes no hay intermediarios; el árbitro las escucha directamente, siendo testigo de reacciones, comentarios y actitudes. Éste escucha, ve, siente e interviene de forma inmediata en tiempo real ante las partes, por ello tiene la gran ventaja de valorar lo que se dice y cómo se dice; puede verificar la voz, los gestos, las manifestaciones externas del que confiesa o declara; puede interrogar sobre lo que no parezca claro, solventar sus dudas sobre el dictamen, escuchando la explicación de los métodos y técnicas utilizadas para la elaboración de su dictamen, y cualquier otro elemento relevante para conocer la verdad histórica de los hechos.

El árbitro *vive* el proceso, por ello percibe la verdad, formula sus razonamientos y alcanza una convicción, no de lo que está escrito, que se vuelve frío y rebuscado, sino de la recreación histórica de los hechos incrementando en ella la eficiencia de su fallo, tanto en el aspecto jurídico como social al legitimarse tras un proceso público como se detalla.

Publicidad

Si bien la mediación y la conciliación por la atmósfera de privacidad y confianza que deben crear es más conveniente mantenerlas lejos de los ojos de la población en general, no debe ser el caso de un proceso arbitral judicial.

Publicidad viene de público. Público es aquello que pertenece al pueblo. Todo lugar donde el pueblo tiene libre acceso, se dice que es público, luego entonces, que un proceso tenga la característica de la publicidad, significa que los actos que lo constituyen, deberán desarrollarse en lugares públicos, donde las personas que así lo desean, tengan libre acceso y puedan con su presencia, ser parte en el ejercicio del Derecho, en un país que se precie de vivir un auténtico Estado de Derecho.

El principio de publicidad tiene por objeto que, en presencia de los demás, en respeto e igualdad de derechos, se genere confianza y se tenga mayor probabilidad de alcanzar la verdad y la justicia, además que hace de los presentes partícipes tácitos de esta importante función jurisdiccional, además que permite a estudiantes y otros interesados conocer de manera más exacta las actuaciones judiciales, con lo cual también se promovería una cultura jurídica.

La resolución definitiva debe conocerse en público como se detallará, pues el público conoce directamente las razones que sustentan el fallo del árbitro. Los actos de éste, de las partes y auxiliares, pasan bajo el escrutinio de los miembros de la comunidad, quienes con sus manifestaciones y su crítica, fortalecen las instituciones de justicia o derrumban el pedestal del juez: se mejora su legitimación.

Relacionando la idea de publicidad con la de legitimación, Fix Fierro afirma: “La legitimidad puede considerarse como un requisito de la efectividad judicial, porque las expectativas sociales dirigidas hacia el sistema judicial actúan como incentivo para un mejor desempeño, cumplidas otras condiciones, tal como la existencia de recursos adecuados”¹⁶⁰

El titular actual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM puntualiza: “La efectividad es un requisito de la legitimidad. Esto es así porque las sociedades contemporáneas se fundan en un tipo de legitimidad que puede denominarse “funcional”: es legítimo lo que es eficaz, y es eficaz lo que promueve y asegura el desarrollo técnico-económico en unas condiciones ambientales y en una coyuntura dadas, ya que ello es, en última instancia, condición para la vigencia cualesquiera de otros valores. Lejos de ser una valor ajeno en relación con el Derecho y la función judicial, la eficiencia se ha convertido, sencillamente, en una parte inseparable de la estructura de expectativas que dirigimos hacia el sistema jurídico”

Cargas racionales de trabajo: limitación de competencia.

Todo lo anterior sería imposible de realizar en un contexto de tribunales saturados, pues como hemos desentrañado en nuestro sentir, la saturación es el origen de la problemática judicial. Por ello, aún cuando a primeras luces en un escenario optimista la propuesta tenga buen funcionamiento, al comenzar a enfrentar controversias en un número elevado, como el que actualmente se observa, terminaría desbordándose y nuevamente caeríamos al punto inicial.

Ante ello, mientras que la cultura de mediación y conciliación no se propague en el país lo cual evidentemente lograría sostener a largo plazo la no saturación de tribunales y árbitros, es conveniente que en nuestro proyecto se limite el número de asuntos que cada árbitro tenga capacidad de resolver a través de un control competencial sobre determinados asuntos, proponiendo aquellos de menor cuantía como un campo fértil para el desarrollo de la propuesta.

Lo anterior porque la indisposición de un árbitro judicial para conocer de asuntos en virtud de dificultad operativa, traería consigo la grave violación de negación de justicia, situación que evidentemente resulta más perjudicial que el problema de saturación; el acceso a la justicia entonces no debe restringirse, pero sus fórmulas por las cuales los justiciables diriman sus controversias conforme a Derecho deben actualizarse y procurar adecuarse a las necesidades de la sociedad.

Los tribunales –ya sea considerando al arbitraje o no– serán instituciones socialmente eficientes cuando las ganancias que derivan de la facilitación de las

¹⁶⁰ FIX-FIERRO, Héctor. *Op. Cit.* p. 38

relaciones de intercambio no sean anuladas por los costos, públicos y privados, asociados con la operación de los tribunales en su conjunto. Mientras la cultura de conciliación no se propague, y para los individuos valga la pena litigar en mayor medida, los costos sociales globales pueden ser mayores que los beneficios.

Limitando la competencia a menor cuantía se favorece la no saturación del hipotético tribunal arbitral, además que el desformalizar procedimientos de tal cuantía asiste en buena medida a los estratos económicamente mas débiles para que tengan verdadero acceso a la justicia “pronta y expedita”, y que el texto constitucional deje de ser sólo una buena intención, como también lo refleja la siguiente tesis:

Registro No. 177921

Localización:

Novena Época

Instancia: Primera Sala

**JUSTICIA PRONTA A QUE SE REFIERE EL ARTÍCULO 17
CONSTITUCIONAL. OBLIGACIÓN DEL LEGISLADOR PARA
GARANTIZARLA.**

El mandato contenido en el segundo párrafo del artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos está encaminado a asegurar que las autoridades encargadas de administrar justicia, lo hagan de manera pronta, completa e imparcial. Por lo que respecta a los actos legislativos, la justicia pronta se garantiza cuando el legislador establece en las leyes plazos generales, razonables y objetivos, a los cuales tienen que sujetarse tanto la autoridad como las partes en los procesos jurisdiccionales, entendiéndose por: a) generales, que sean comunes a los mismos procedimientos y a todos los sujetos que se sitúen en la misma categoría de parte; b) razonables, que sean plazos prudentes para el adecuado actuar de la autoridad y el ejercicio del derecho de defensa de las partes, y c) objetivos, que se delimiten en la ley correspondiente a efecto de impedir que quede al arbitrio de las partes o de la autoridad extender los tiempos para el ejercicio de sus derechos y obligaciones procedimentales.

Fases del Proceso Arbitral Judicial

De acuerdo con los elementos que deben servir de égida a nuestro arbitraje judicial, describimos de manera genérica las fases procesales que lo integran de la siguiente forma, haciendo notar que se trata de un proceso sumario, simplista y cuyas actuaciones deben desahogarse de manera pública, cualquier persona puede estar presente en la sustanciación del proceso arbitral, siempre y cuando, desde luego, observe el orden y respeto necesarios para ello:

- **Postulativa.** De acuerdo a los antecedentes de mediación y conciliación, la litis ha quedado planteada, a través de un informe que rinda el conciliador,

por lo que al término de la fallida audiencia conciliatoria el conciliador sugiera en primer término los elementos probatorios idóneos a efecto de que cada parte acredite su respectiva afirmación; siendo también el momento oportuno de consultar a un abogado si se desea, toda vez que inicia una fase contenciosa y en el caso la asesoría de un perito en Derecho resulta útil.

- **Probatoria.** Las partes en la audiencia procederán a desahogar las pruebas que hayan sido sugeridas por el conciliador en primer término, y podrán proponer otras cuya admisión quedará sujeta a juicio del árbitro, quien podrá desechar tales pedimentos.

La prueba es el alma del proceso sin duda alguna y por ello es el árbitro quien debe mantener todo el tiempo la batuta en el periodo probatorio; las diligencias para mejor proveer no deben quedar excluidas, ya que su relevancia es determinante para alcanzar un fallo justo.

La relevancia de las diligencias para mejor proveer

Con las diligencias para mejor proveer se persigue la aclaración de un precepto de la controversia. “La facultad contenida en el artículo 279 del CPCDF, que resulta acorde con las tendencias modernas en materia probatoria, no excluye en definitiva las reglas de la carga de la prueba, pero sí intenta evitar que el conocimiento del juzgador sobre los hechos controvertidos se base exclusivamente en las pruebas propuestas por las partes”¹⁶¹

Buzaid, citado por Ovalle Favela, refiere: “Esta facultad se confiere al juzgador no para suplir las deficiencias de las partes, sino para formar su propio convencimiento: De acuerdo con la estructura dialéctica del proceso moderno, compete a las partes la carga de alegar y probar los hechos; corresponde al juez, en tanto, ordenar de oficio las providencias necesarias para formar su convicción”¹⁶²

Como en las instituciones de arbitraje público estudiadas, es indispensable que el árbitro tenga un pensamiento despejado y verdadero interés de arribar a la verdad histórica de los hechos. Eduardo J. Couture por su parte, entre otras cosas afirma:

“El poder de dirección que se atribuye al juez en las diligencias para mejor proveer no es un poder discrecional, sino un poder ordenador que debe ejercerse de acuerdo con la ley. Solo a falta de una solución específica, el juez dirige el juicio de acuerdo con los principios generales rectores del proceso. Éste está dirigido por el principio de autoridad del juzgador, que es un representante del Poder Público, que también parte en el juicio. El juicio

¹⁶¹ OVALLE FAVELA, José. *Op. Cit.* p. 142

¹⁶² *Ídem*

civil no es una relación jurídica de dos particulares ante un juez impasible, que se limita a esperar el fin de la lucha, como en el duelo clásico, para proclamar vencedor al que hubiera triunfado según las reglas del combate. Conviene insistir, una vez más, en que el Estado tiene al igual que las partes, un interés propio en el litigio; solo que mientras éstas persiguen un interés privado, el Estado persigue que la jurisdicción se cumpla en los términos previstos en la Constitución. Los jueces tienen atributos de autoridad y de intervención que, en general, tienen todos los gobernantes y agentes del servicio público. Si un ciudadano no puede despojar a otro de sus bienes en presencia de la autoridad sin que ésta lo reduzca a prisión, no se concibe en virtud de qué razonamiento un juez debe presenciar impasible cómo un litigante deshonesto arruina, burla, y defrauda a un litigante honesto, sin poner en juego un mínimo de su autoridad para evitar ese despojo que se consuma ante él”¹⁶³

Sin embargo, en permanente atención al principio procesal de igualdad, es que el juzgador debe procurar que tales diligencias no tiendan a beneficiar a una de las partes; aspecto difícil de regular, particular en el cual el maestro Reyes Zapata expresa de forma atinada: “No se pueden establecer de antemano pautas precisas, pues las circunstancias siempre variarán en cada caso concreto; sin embargo, habrá casos en que sea patente la contravención a ese principio de igualdad.”

Por ejemplo, una de las partes en el juicio, a quien correspondía la carga de la prueba, tiene la plena disposición del medio probatorio, así como todas las facilidades para poder aportar tal medio de convicción en el juicio, incluyendo un buen asesoramiento legal, etcétera, de manera que sea evidente que, si la prueba no se allegó al proceso, no fue porque el litigante no lo hubiera podido hacer, sino más bien porque *no lo quiso realizar*. Si en estas circunstancias el juzgador hiciera uso de su poder para la recepción del elemento de convicción, es claro que estaría dando un trato desigual a las partes, porque respecto a una de ellas incluso se estaría sustituyendo en su voluntad.

En cambio, podría haber casos en donde una de las partes, teniendo la necesidad de la prueba se enfrenta a factores que hacen difícil la aportación de ese medio de convicción. En ese caso, si el juzgador se percata de que el litigante ha puesto todo su empeño para hacer llegar el medio de convicción, que además es indispensable para el esclarecimiento de un hecho controvertido, con miras a un fallo justo, pero existe dificultad en superar los obstáculos de hecho o Derecho, con los cuales se ha enfrentado el oferente del medio de convicción, debe considerarse que la intervención del juzgador

¹⁶³ COUTURE, Eduardo. *Op. Cit.* p. 91

para contar con ese elemento probatorio indispensable, no afectaría la igualdad de las partes.¹⁶⁴

Tomando a las diligencias para mejor proveer como égida de la actividad probatoria desplegada por el árbitro, también hemos de considerar a la libre convicción para la valoración, bajo la responsabilidad de sustentar su criterio en las reglas de la lógica y principios jurídicos.

El caso de las notificaciones

Hasta aquí hemos considerado que el proceso arbitral se desarrolle en una sola audiencia, estimando que las partes presentarán las pruebas solicitadas, se desahogarán en audiencia, se oirán los alegatos de forma verbal y finalmente se citará para laudo definitivo.

Sin embargo, es imposible soslayar los supuestos en que los elementos de prueba que requieran recabarse, o bien que el árbitro decida practicar, requieren mayor tiempo y en ello, dar a conocer a las partes las resoluciones que puedan afectar sus intereses a efecto de que manifiesten lo que a su Derecho convenga. El arbitraje en este tenor también ha representado una oportunidad de adopción de sistemas de notificación no tradicionales, permitiendo a las partes pactar cualquier medio que acredite su debida entrega.

- **Conclusiva.** A diferencia del proceso judicial tradicional, donde los alegatos no son considerados como una expresión seria, una vez que haya sido desahogada el ultimo elemento de convicción, las partes formularán libremente alegatos de manera verbal o forma breve por escrito si así lo desean, expresiones que invariablemente deben ser consideradas al momento de emitir el laudo, pues como toda carga procesal, su correcta expresión repercute en la operación mental del juzgador, sobre todo si consideramos en la especie las nuevas tendencias procesales que dan una importancia muy relevante a la argumentación, a esa capacidad siempre latente pero poco explorada y estudiada de los abogados de *dar buenas razones* que sostengan de manera lógica y legítima, pero sobre todo jurídica, una postura determinada.

Al formularse los alegatos de manera oral se refuerza la tendencia hacia la celeridad, pues se propone que terminado el discurso de cada parte, se haga constancia de los puntos medulares de tal ponencia que dan base a una posible impugnación, o bien, sirvan al árbitro como útil referencia en el caso que derivado de la complejidad del asunto, pueda fallar de manera apropiada tomándolos en consideración, tomando extractos de ellos incluso para conformar el laudo final.

¹⁶⁴ REYES ZAPATA, Mauro. *Apuntes de Cátedra personales*. Derecho Procesal Civil I, Quinto Semestre, Facultad de Derecho, UNAM.

- **Resolutiva.** Una vez formulados alegatos, se citará por última vez a las partes para escuchar el laudo y fijar fecha para que la parte vencida notifique su cumplimiento, recordando dentro de nuestra hipótesis que el laudo provendrá de autoridad judicial y por tanto, no requiere ningún procedimiento de homologación para que sea plenamente exigible con apoyo de vías de apremio si fuere necesario.

Instancia Única y uso excepcional del Amparo

Finalmente consideramos idóneo que el juicio arbitral no admitiera ninguna clase de apelación, y admitiera acción de garantías por cuestiones excepcionales; las partes deberán estar concientes de esta calidad a la firma del contrato de arbitraje judicial de referencia.

Esta postura tiene como objeto ratificar la necesidad de un proceso ágil, que no permita dilaciones innecesarias, que por su naturaleza y por las características que hemos descrito, no tienen ninguna necesidad de presentarse, pues al pasar por dos fases no adversariales, primero, las partes han superado esa calidad de rivales, demostrando un grado de civilidad alto que de acuerdo a las estadísticas que mas adelante se exponen, suelen tener un grado de eficiencia relevante en la actualidad.

Como se comentó en su momento, el objeto del arbitraje, como última etapa de este compromiso judicial de arbitraje tiene como finalidad resolver *en definitivo* la controversia planteada: que las partes, cansadas o desanimadas, tengan la certeza que la controversia planteada tendrá solución de forma pronta y expedita acorde con la garantía consagrada en el artículo 17 constitucional. Siguiendo este orden de ideas, las partes ven al arbitraje como una *necesidad, una ayuda especializada* y no como una autoridad impuesta, incrementando la posibilidad de que las partes se conduzcan con probidad y buena fe, y no haya necesidad de aplicar medidas de apremio para lograr la ejecución del laudo, el cual de cualquier forma quedará investido de las mismas, para garantizar su eficiencia.

En buena medida puede equiparse todo el proceso descrito a un juicio de cuantía menor, pero con todas las modificaciones que han sido propuestas, consideramos que la controversia puede sustanciarse de manera más ágil, y existe desde luego mayor posibilidad de lograr un arreglo, lo cual desde algunas perspectivas, puede ser lo mas conveniente tanto para las partes como para el Estado.

Las litis interlocutorias en su caso, serían resueltas de manera sumaria, mediante una breve audiencia donde el promovente indicaría con exactitud el hecho o acto que le depara perjuicio y ante lo cual, el árbitro otorga un plazo para la presentación de los medios de convicción conducentes para acreditar tales supuestos, procediendo en efecto devolutivo, es decir, sin que su presentación tenga que posponer la resolución definitiva, y de acuerdo a las características del incidente, favorecer su fallo en el laudo, conjuntamente con la litis principal.

Por lo que hace al Amparo, se considera oportuna su procedencia en vía Directa, fincando responsabilidad al árbitro como lo prevé la legislación italiana¹⁶⁵ ya que la no saturación y la independencia que se buscan en el presente proyecto también deben observar, invariablemente, el sometimiento de las actuaciones arbitrales al imperio del Derecho; de forma que la acción de garantías además de subsanar los vicios del proceso arbitral que se propone, sirve de antecedente para determinar si el árbitro incurrió en responsabilidad disciplinaria, civil o penal. Lo anterior resulta indispensable, pues en palabras de Couture, “sin un efectivo régimen de responsabilidad judicial, todo el sistema de derecho corre riesgo. El poder decidir sobre el honor, la fortuna y la libertad de un semejante constituye la suprema potestad en el orden humano. Del despotismo de los otros poderes del Estado queda siempre un recurso ante el Poder Judicial; en tanto que del despotismo del Poder Judicial no queda recurso alguno. Cuando se afirma que el Poder Judicial es la ciudadela de los derechos individuales, sólo se afirma la existencia de una penúltima instancia. La última la constituye la independencia, la autoridad, y sobre todo, la responsabilidad de los jueces.”¹⁶⁶

6.6. *El Centro de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal*

El presente apartado tiene como objeto ilustrar un avance muy significativo en la actualidad por lo que hace a la mediación en materia local, pues el referido centro basa sus actuaciones bajo tal figura autocompositiva, alcanzando niveles muy altos de eficiencia.

Ante esta perspectiva, parece que el arbitraje que ha quedado expuesto no tiene razón de ser, o bien, que la presente propuesta no tiene cabida actual, toda vez que las figuras que se contemplan ya se practican en la actualidad.

La razón por la cual no compartimos tal criterio es el siguiente: Si bien la mediación ya se encuentra regulada, tiene su instituto presentando en ello buenos resultados, y la conciliación realizada por los organismos estudiados también ha generado un impacto positivo, consideramos que aún resulta imperioso generar una tríada mediación – conciliación – arbitraje, toda vez que esta última figura heterocompositiva tiene la capacidad de *imponer* una decisión, y en ello, buscar resolver la controversia de manera definitiva en un solo proceso.

En efecto, se busca entonces combinar las bondades de la mediación, la conciliación y la definitividad de un arbitraje en un solo proceso, donde las partes estén confiadas que el tiempo y recursos invertidos siempre se verán recompensados en una solución justa, cuyo cumplimiento sea exigible coactivamente si fuere el caso.

¹⁶⁵ *Supra* p. 107

¹⁶⁶ Eduardo J. Couture, citado por Ovalle en su obra *Garantías Constitucionales del Proceso*, *Op Cit.* p. 427

En el caso de la presente ley, únicamente se encuentra regulada la primera porción del proyecto que hemos venido comentado: la mediación, sin embargo con notables diferencias con éste, las cuales ilustramos en el siguiente cuadro:

Cuadro 6.1 Diferencias entre Ley de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia para el Distrito Federal y el presente proyecto (en fase de mediación)

| <i>Ley de Justicia Alternativa</i> | <i>Propuesta presente</i> |
|---|--|
| Prevé aplicación en materia civil, mercantil, familiar, penal y en justicia para adolescentes. (art. 5) | Únicamente materias civil y mercantil |
| Interrupción del término de prescripción y caducidad de la instancia hasta por un máximo de dos meses (art. 7) | Interrupción de la prescripción durante todo el plazo en que se sustancie el proceso arbitral. La caducidad de la instancia tendría un carácter principal al integrarse al propio proceso y no accesorio como se plantea en la mediación actual, considerando los lineamientos del artículo 137 bis del CPCDF, pero disminuyendo el plazo de 120 días a 14 días hábiles. |
| Los mediadores deben excusarse cuando exista alguna circunstancia que pueda afectar su imparcialidad, o bien, cuando reconozcan que la limitación de sus capacidades puede afectar el procedimiento (art. 19, fracción IX). Los mediados podrán recusar al mediador designado al actualizar alguna hipótesis señalada en el numeral citado. | El compromiso de arbitraje judicial estipularía también tal obligación a los servidores que intervengan en las fases del proceso propuesto; al hacer más evidente la responsabilidad que pesa sobre los servidores públicos, se fortalece la confianza de las partes hacia el proceso arbitral. |
| Existencia de <i>orientador</i> , un funcionario que tiene por objeto promocionar el uso de la mediación y valorar si la controversia planteada es susceptible de ser mediada. (art. 24) | Las funciones del orientador son realizadas por el funcionario ante el cual se firma el compromiso de arbitraje judicial. |

Después del estudio de la ley de la materia, observamos que son previstas en buena medida las cuestiones en materia de mediación que hemos escrito, sin embargo, también de manera natural aparecen cuestionamientos que no encuentran respuesta en el mismo texto de la ley. Para tales efectos, agradecemos la atención de la Lic. Angélica Díaz Garay, quien muy amablemente respondió a tales cuestionamientos personales, y además nos permitió realizar una visita guiada al Centro de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.

1. *Cual es el tiempo aproximado en que se programa la cita de mediación a partir de que ha sido notificada la otra parte?*

En la misma semana, según la agenda disponible, haciendo notar que de acuerdo a la disponibilidad de la otra parte este plazo puede reducirse; asimismo se menciona que el programa no tiene una carga de trabajo que supere las capacidades operativas del mismo.

2. *Cual es la duración aproximada de la mediación?*

Cada sesión conlleva un mínimo de dos horas, por lo que los asuntos por cuestiones de agenda se difieren al concluir las dos horas, encontrando solución en la mayoría de los casos en dos y tres sesiones; son excepcionales los casos que han rebasado las siete sesiones, pues suelen presentar aspectos que requieren de la intervención de otro mediador de otra materia.

3. *Cómo se cumplimenta el convenio que ha sido incumplido?*

A través del juicio ejecutivo civil y mercantil según corresponda; en materia penal es procedente el juicio civil toda vez que el objeto de su mediación es el resarcimiento del daño.

4. *Es obligatorio agotar el procedimiento de Re-mediación antes de ejercitar la vía ejecutiva?*

Cabe aclarar en primer término que la re-mediación tiene origen ante el incumplimiento del pacto y tiene por objeto renegociar los términos del convenio para lograr su cumplimiento; si bien tiene una noción pacífica, insistente, nosotros no la consideramos del todo conveniente respecto de nuestra propuesta, sustrayéndola por completo de la misma.

En cuanto a la situación actual, no es necesario agotar la re-mediación antes de acudir a una vía ejecutiva si se estima mas conveniente. Asimismo se hace mención que la re-mediación no abre un nuevo expediente, sino que se actúa en el mismo a manera de antecedente.

Ahora bien, como se hace notar, en el Centro de Justicia Alternativa se resalta la función del mediador, en sentido estricto quien en ningún momento puede ofrecer una solución, lo cual en nuestro sentir no es del todo correcto, pues insistimos en que éste tercero debe pasar a ser conciliador al ofrecer soluciones que las partes, por su desconocimiento natural del Derecho, no han podido vislumbrar, o bien, como quedó apuntado, ofrecer soluciones basadas en la equidad a manera de amigable componedor. Las ideas que la Lic. Díaz Garay expone para sostener la calidad del mediador en sentido estricto son las siguientes:

“El mediador no propone soluciones porque no es su asunto; quienes se están comprometiendo son las partes, en un clima de autoresponsabilidad, estimulando en ello un alto grado de eficacia, siendo su propia voluntad la garantía del cumplimiento del convenio que alcancen. El mediador no juzga, no propone; solo conduce, es un agente de la realidad, cuidando que las partes negocien sobre derechos disponibles, pero sin interferir con la esfera de la voluntad de aquellas. Siempre que las partes solicitan una opinión el mediador invita a la reflexión, sin que determine alguna postura sobre la controversia.”

Tratándose de un método novedoso, también ha sido conveniente tener una diligencia explicativa como lo es el caso de la CONAMED, y en nuestra propuesta, al momento de celebrar el contrato de compromiso judicial de arbitraje; en la especie este rol lo tiene un orientador, quien determina la calidad de la controversia e informa a las partes interesados los alcances de la mediación, y en caso de cubrir las expectativas del público en general, se accede a la misma.

*Algunas Cifras*¹⁶⁷

Para concluir el presente apartado, hacemos notar las cifras actualizadas del estado que guarda el Centro de Justicia Alternativa, apreciando un índice de eficiencia alto, pero que aún dista de los niveles óptimos que debe tener para que el impacto positivo sea visible de manera determinante en la carga de trabajo de los tribunales judiciales actuales, y con mayor importancia, revele un cambio de educación cívica y jurídica en la población, ante lo cual la Lic. Díaz Garay sentencia: “El objeto de la mediación no es *cuantitativa*, sino *cualitativa*, pues el desahogo de los tribunales sí se contempla, pero a largo plazo”

¹⁶⁷ <http://www.tsjdf.gob.mx/justiciaalternativa/index.html> (consultada al día 20 de Septiembre de 2008)

CENTRO DE JUSTICIA ALTERNATIVA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL DISTRITO
FEDERAL

EN MEDIACIÓN CIVIL Y COMERCIAL

DEL 1 DE SEPTIEMBRE DEL 2006 AL 30 DE JUNIO DEL 2008

| | |
|---|-------------|
| NÚMERO DE EXPEDIENTES | 1305 |
| ASUNTOS ASIGNADOS. | 168 |
| ASUNTOS EN TRABAJO ACTUAL DE MEDIACIÓN. | 13 |
| ASUNTOS QUE NO INICIARON MEDIACIÓN. | 41 |
| ASUNTOS CERRADOS Y QUE <u>SÍ ENTRARON A SESIONES DE MEDIACIÓN.</u> | 114 |
| ASUNTOS CONCLUIDOS CON ACUERDOS Y/O CONVENIO. | 83 |
| ASUNTOS CERRADOS <u>POR DESINTERÉS DE LOS MEDIADOS A CONCLUIR PROCESO CON CONVENIO.</u> | 31 |
| ASUNTOS EN REMEDIACION | 3 |
| ASUNTOS DE REMEDIACION CONCLUIDOS CON ACUERDOS Y/O CONVENIO. | 1 |
| ASUNTOS CERRADOS <u>POR DESINTERÉS DE LOS MEDIADOS A CONCLUIR PROCESO DE REMEDIACIÓN.</u> | 1 |
| TOTAL DE CONVENIOS DE MEDIACIÓN Y REMEDIACION | 84 |
| SESIONES DE MEDIACIÓN REALIZADAS. | 281 |
| HORAS DE MEDIACIÓN EFECTUADAS. | 594 |
| PORCENTAJE DE MEDIACIONES CERRADAS CON CONVENIO Y/O ACUERDOS. | 73% |
| PORCENTAJE DE MEDIACIONES CERRADAS POR DESINTERÉS DE LOS MEDIADOS A CONCLUIR PROCESO CON ACUERDOS Y/O CONVENIO. | 27% |

Capítulo 7. Conclusiones

HAY QUE DESPLEGAR MÁS ENERGÍA EN LOS ASUNTOS ADMINISTRATIVOS QUE EN LA GUERRA
- Napoleón Bonaparte

Las conclusiones a las cuales hemos llegado tras la investigación realizada son las siguientes:

1. Los métodos de justicia alternativa son una opción viable, práctica y eficiente para aliviar la saturación de los tribunales judiciales.

Ni la naturaleza del litigio civil o mercantil, ni las situaciones personales y familiares que son también materia de los procesos civiles justifican un período de años hasta el logro de una resolución eficaz, con capacidad de producir transformaciones reales en las vidas de quienes han necesitado acudir a los tribunales actuales.

La efectividad de la tutela judicial civil debe suponer un acercamiento de la Justicia al justiciable, considerando no solo al proceso en sentido estricto, ya que debe buscarse estructurar procesalmente el trabajo jurisdiccional de modo que cada asunto haya de ser mejor seguido y conocido por el tribunal, tanto en su planteamiento inicial, como en la determinación de lo verdaderamente controvertido y en la práctica y valoración de la prueba, con oralidad, publicidad e intermediación. Así, la realidad del proceso disolverá la imagen de una Justicia lejana, aparentemente situada al final de trámites excesivos y dilatados, en los que resulta difícil percibir el interés y el esfuerzo de los Juzgados y Tribunales y de quienes los integran.

Justicia alternativa significa soluciones más eficaces reflejadas en mejores fallos, que constituyan referencias sólidas para el futuro y contribuyan así a evitar litigios y a reforzar la igualdad ante la ley, sin merma de la libertad enjuiciadora y de la evolución o el cambio jurisprudencial necesario.

Reconocemos que sostener la infraestructura de los tribunales es muy costoso, y sus recursos no pueden ampliarse indefinidamente. Dadas las crecientes cargas de trabajo, los tribunales están sometidos a la presión de tener que racionalizar y hacer más eficiente el uso de sus recursos, pues de otro modo, el precio de acceder a los ellos se incrementará bajo la forma de juicios más largos.

En nuestra especie, el arbitraje con tales modificaciones se presenta como una oportunidad de iniciar un cambio, procurando apegarse en lo posible a

nuestro contexto actual, a las posibilidades administrativo-jurídicas de nuestro poder judicial y a la aún limitante idiosincrasia de la población.

El Estado que no puede ofrecer seguridad acaba no ofreciendo nada. La nueva cultura de mediación-conciliación-arbitraje comienza a vislumbrarse como una auténtica urgencia que debe auxiliar al tradicional sistema judicial y al Estado mismo en el cumplimiento de sus funciones principales: impartir justicia y brindar seguridad a los gobernados.

2. Para el debido funcionamiento y óptima eficiencia de los métodos de justicia alternativa, se requiere fomentar una revolución jurídico – cultural en todos los operadores jurídicos.

Un objetivo primordial al respecto es concienciar a jueces y abogados del hecho que, ante la presente situación, ya no debe limitarse la función conciliatoria a una “audiencia de conciliación”, que realiza un empleado judicial que no tiene la menor idea de lo que está haciendo y que sólo se concreta a preguntar si hay alguna posibilidad de arreglo en el litigio planteado; todo ello, desde luego, con la ausencia del juez, quien por problemas de tiempo y funcionales no puede atender el proceso.

La conciliación bien puede integrarse en los centros de mediación existentes, pues si bien es cierto que las partes que acuden a éstos han logrado dar un paso enorme de civilidad y cultura jurídica al procurar llegar a un arreglo sin caer en el proceso, también es necesario que ese esfuerzo se vea recompensado por la autoridad con funcionarios capacitados que ofrezcan en término ulterior, soluciones a la controversia planteada por las partes; esto es, procurar finiquitar el asunto en esa instancia propagando la legitimación de tales métodos no adversariales.

Al respecto bien cabe hacer la siguiente reflexión: los abogados no deben temer a la mediación, creyendo como algunos, que mermará sus fuentes de trabajo. El abogado no sólo sirve para litigar: la mediación puede implicar para él un amplio campo de actuación, como posible mediador, como asesor de las partes. Para ello, como para todas las demás cosas, hay que capacitarse; convirtiendo esta función en una nueva especialidad profesional que le proporcione una dimensión más amplia al licenciado en Derecho.

3. La demostración en el terreno práctico de su eficacia, y la promoción como valor cívico de tales métodos, tendrán un peso determinante para su aceptación general como una opción verdadera de acceso a la justicia.

Debe entonces promoverse como valor fundamental de la sociedad, que negociar las diferencias a través de los métodos alternativos no significa una posición o signo de debilidad entre los interesados, antes bien, tanto los mediados como el sistema de justicia, ganan tiempo, energía y bienestar, recurriendo a métodos no adversariales y en su caso al arbitraje propuesto.

Haciendo alusión a Bobbio, el ordenamiento jurídico de nuestra época no sólo debe tener la finalidad de sancionar las conductas antijurídicas, sino cada vez más alentar y promover el cumplimiento de las normas, a través de lo que ha calificado como función “promocional del Derecho”.

Se debe también erradicar ese temor a lo desconocido o ese desprecio por cosas que no sean estrictamente jurídicas. La filosofía de la justicia, del Derecho mismo va mucho más allá de conocer la norma escrita, sus debilidades y lagunas. Quien piense lo contrario, es cuestionable que pueda ser llamado abogado.

4. Síntesis de las ventajas del presente modelo.

Procurando contribuir en algo a los ideales expuestos, la propuesta planteada tuvo como directrices las siguientes:

- a) Resolver en única instancia una controversia determinada.
- b) Suprimir la fase de emplazamiento con todas las bondades que ello evoca.
- c) Ampliar las facultades del árbitro a las del juzgador convencional al quedar investido de *imperium*.
- d) Suprimir los honorarios de árbitros pagados por las partes.
- e) Favorecer el incremento de una cultura legalista y cívica.
- f) Cristalización de los principios de oralidad, intermediación y publicidad, vitales para el acercamiento de la justicia a los gobernados.
- g) Reducir plazos para la impartición de justicia.
- h) Mayor actividad del árbitro como juzgador.

5. La actitud ociosa de un ejército es su más seguro camino hacia la derrota.

Haciendo alusión por segunda ocasión al general francés, la noción expuesta es muy clara y resume todo el sentido de la presente investigación: nuestra actitud apática y desinteresada, sea cual sea nuestro rol en la sociedad, gremio jurídico o ámbito personal, es nuestra puerta a la ruina y decadencia. El sentido de esta tesis fue precisamente ese: proponer una idea ante la problemática actual, esperando que haya despertado algún interés en el lector. Las críticas, siempre bienvenidas sin duda servirán para fortalecer las ideas expuestas, mejorarlas, y tal vez en algún momento, verse reflejadas en la realidad.

Es el momento de actuar. La reforma judicial que se proponga ante la problemática planteada, evidente a los ojos de todos, debe procurar adecuarse a la realidad del país, a sus circunstancias e ideales, en el menor tiempo posible. En caso contrario, un cambio inapropiado a la actividad jurisdiccional o su omisión, traerá consigo, irremediablemente, un deterioro mas pronunciado en todos los ámbitos de impartición de justicia en nuestro país. Lograr el escenario favorable que todos anhelamos es tarea conjunta de la sociedad, presentándose el cambio primero desde el interior de los órganos jurisdiccionales. Ya lo dijo el doctor Guerrero Martínez: *Lo único que tienes asegurado, es el fracaso.*

8. Fuentes de Consulta

Bibliográficas y Hemerográficas

1. ACOSTA ROMERO, Miguel. *Nuevo derecho bancario, panorama del sistema financiero mexicano*. Porrúa, 8ª edición, 2000
2. ALCALA ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Proceso, Autocomposición y Autodefensa*. México, Textos Universitarios, UNAM, 1974 tomo I
3. ARELLANO GARCÍA, Carlos. *Derecho Procesal Civil*, Porrúa, 3ª edición, 1993
4. ARNÁIZ AMIGO, Aurora. *Estructura del Estado*, Miguel Angel Porrúa, 3ª edición, 1997
5. BRISEÑO SIERRA, Humberto. *El Arbitraje Comercial*. 2ª edición Editorial Limusa, México, 1999.
6. BURGOA, Ignacio. *Las garantías individuales*. Porrúa, 37ª edición, 2004
7. CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Derecho Procesal Civil*, Editorial Uthea, 1944 tomo II
8. CORDÓN MORENO, Faustino. *El Arbitraje de Derecho Privado*. Editorial Thomson-Civitas, España 2005
9. COUTURE, J. Eduardo. *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*, Depalma, 3ª edición Buenos Aires 1974
10. CRUZ BARNEY, Oscar Y CRUZ MIRAMONTES, Rodolfo. *El arbitraje. Los diversos mecanismos de solución de controversias: análisis y práctica en México*. Porrúa, 1ª edición, 2004
11. CHOCRÓN GIRALDEZ, Ana María. *Los principios procesales en el Arbitraje*. Bosch, Barcelona Segunda Edición, 2000
12. DABADIE, María Rosa y GIGANTI, Amado en artículo *La Celeridad Arbitral ante el Ritualismo Judicial*. Revista La Ley, 8 de Mayo de 2000, Buenos Aires, Argentina
13. DE BUEN, Néstor. *Derecho Procesal del Trabajo*. Porrúa, 13ª edición 2006.
14. DE PINA, Rafael. *Derecho Civil Mexicano*, Porrúa, 6ª edición, 1986, tomo IV
15. DEL CASTILLO DEL VALLE, Alberto. *Guía para un examen de práctica forense de Amparo*. Ediciones Jurídicas Alma, 1ª edición, 2007.
16. DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría General del Proceso* Editorial Universidad, Buenos Aires 2ª edición 1997
17. DÍAZ, Luis Miguel. *Arbitraje: Privatización de la Justicia*. Editorial Themis, Segunda Edición, 1991
18. ENRIQUE PALACIO, Lino. *Manual de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot 10ª edición, 1970
19. FIX-FIERRO, Héctor. *Tribunales, justicia y eficiencia*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM 2006
20. GAIBROS, Luis Y WILDE, Zulema. *Que es la Mediación?* Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Segunda Edición 1994 p. 57
21. GIL ECHEVERRI, Jorge Hernán. *La Conciliación extrajudicial y la amigable composición*. Editorial Temis, Bogotá 2003
22. GÓMEZ-LARA, Cipriano. *Derecho Procesal Civil*, Oxford, 7ª edición, 2004
23. GUASP, Jaime. *Derecho Procesal Civil*, Civitas, 6ª edición Madrid 2002, tomo I

24. MÁRQUEZ ALGARA, María Guadalupe. *Mediación y Administración de Justicia*. Primera Edición, Universidad Autónoma de Aguascalientes, México 2004
25. OVALLE FAVELA, José. *Comentarios a la Ley Federal de Protección al Consumidor, Doctrina y Jurisprudencia*, Mc Graw Hill, primera edición
26. OVALLE FAVELA, José. *Derecho Procesal Civil*, Oxford, 9ª edición, 2003
27. OVALLE FAVELA, José. *Teoría General del Proceso*, Oxford, 6ª edición, México, 2005
28. OVALLE FAVELA, José. *Garantías Constitucionales del Proceso*. Oxford, segunda edición, México 2006.
29. REYES ZAPATA, Mauro Miguel. *Apuntes personales de Derecho Procesal Civil I*, Quinto Semestre, Facultad de Derecho, UNAM.
30. RODRÍGUEZ GONZÁLEZ-VALADEZ, Carlos. *México ante el arbitraje comercial internacional*. Porrúa, 1ª edición, 1999
31. RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, José Antonio. *La Mediación*. Capítulo 10, libro *Arbitraje Médico: Fundamentos Teóricos y Análisis*.
32. ROJINA VILLEGAS, Rafael. *Derecho Civil Mexicano*, volumen V Obligaciones tomo I, Porrúa, México 2003
33. ROUSEEAU, Jean-Jacques. *El Contrato Social*. Biblioteca EDAF, 16ª edición 1992
34. SILVA, Jorge Alberto. *Arbitraje Comercial en México*. México, Oxford 2001
35. SIQUEIROS, José Luis. *El arbitraje en los negocios internacionales de naturaleza privada*. México, Miguel Ángel Porrúa, Primera Edición.
36. SPARVIERI, Elena. *Principios y Técnicas de Mediación*. Editorial Biblos, Buenos Aires 1995, 1ª edición
37. STORME, Marcel Y GÓMEZ-LARA, Cipriano. *XII Congreso Mundial de Derecho Procesal. Volumen II El arbitraje*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1ª edición, 2005
38. SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. *Manual del Justiciable, Elementos de Teoría General del Proceso*. Poder Judicial de la Federación, 2005, 4ª reimpresión
39. TORRES ESTRADA, Alejandro. *El Proceso Ordinario Civil*, Oxford, 2ª edición
40. URIBARRI CARPINTERO, Gonzalo. *El Arbitraje en México*. Oxford, 1ª edición, 2000

Electrónicas

1. <http://www.rae.es/> (*Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*)
2. <http://www.df.gob.mx/leyes/normatividad.html?materia=1&apartado=1&disp=1658> (*Ley de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal*)
3. <http://www2.scjn.gob.mx/ius2006> (números de tesis indicados en notas)
4. <http://www.condusef.gob.mx>

5. <http://www.profeco.gob.mx>
6. <http://www.conamed.gob.mx>
7. http://www.studiocelentano.it/codici/cpc/codicedpc004_2.htm (*Codice di Procedura Civile*)
8. <http://procuradores-alicante.com/LEC-2000.htm> (Ley de Enjuiciamiento Civil)
9. http://www.ujat.mx/publicaciones/perfiles/ene_abril2006/Pag.55a70.pdf (*El Juicio Oral en materia penal*. Artículo en Revista Electrónica "Perfiles" Enero – Abril 2006. Universidad Juárez Autónoma de Tabasco)
10. <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=918> (*El arbitraje privado internacional*. Biblioteca Virtual Instituto de Investigaciones Jurídicas)

Conferencias

1. FIX-ZAMUDIO, Héctor. Conferencia Magistral *Los juicios orales en México*. Aula Magna Jacinto Pallares, Facultad de Derecho, UNAM. 22 de Mayo del año 2007.
2. SCHLOSSER, Peter. Congreso Internacional Juicios Orales y Debido Proceso Legal. 29 de Agosto del año 2007, conferencia magistral, *Oralidad e Inmediación en el Proceso Civil* Universidad de München, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.

Entrevistas

1. *Lic. Raúl Moctezuma Carrillo*, Director Jurídico de la Dirección de Conciliación de la CONAMED, el día 13 de Agosto del año 2008, en las Instalaciones de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico.
2. *Lic. Martha Carrillo Alduenda*, Subdirectora del Programa Concilianet, el día 25 de Junio del año 2008, en las Instalaciones de la Procuraduría Federal del Consumidor.
3. *Lic. Angélica Díaz Garay*, mediadora en el área civil del Centro de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, el día 17 de Septiembre del año 2008 en tales instalaciones.